

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; João Vítor Penna e Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-835-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Belém-PA, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas.

É com imensa satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do Grupo de Trabalho “Direito das Famílias e Sucessões”, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, de interesse teórico e prático, tais como a inadequação das terminologias tradicionais do Direito de Família, como a ideia de família substituta; a violência doméstica e a perda do poder familiar; a análise histórica dos institutos do Direito de Família, especialmente sua relação com as concepções religiosas; a responsabilidade civil pela ruptura do casamento e por atos de alienação parental; a alienação parental sob a perspectiva crítica de gênero; o direito ao casamento de pessoa com deficiência; a garantia do direito à reprodução humana assistida e o debate acerca da desburocratização dos processos de adoção no Brasil.

Dentre estes temas destacamos também a profícua discussão acerca da filiação socioafetiva, tema de diversos trabalhos do Grupo, no qual foi abordado a sua importância social e a perspectiva da promoção de valores fundamentais, como a dignidade humana, e a análise dos impactos da possibilidade do reconhecimento extrajudicial da socioafetividade diante dos critérios trazidos pelos Provimentos nos 63 e 83 do CNJ.

Quanto ao Direito Sucessório, foram apresentados textos também muito interessantes e que geraram inúmeras discussões, como por exemplo: os impactos da inconstitucionalidade do art. 1790 do atual Código Civil acerca da sucessão dos companheiros septuagenários; as inconstitucionalidades na diferenciação entre a ordem de vocação sucessória dos irmãos e sobrinhos bilaterais e unilaterais; a importância e o papel do planejamento sucessório e por último, a validade da instituição de cláusula compromissória de mediação em testamento.

Frisamos, ainda, a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho como marca da discussão. Foram recebidos trabalhos de diversas regiões do país, com participantes de mais diversos estratos acadêmicos, como especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos em um diálogo aberto e participativo.

Por fim, destacamos a profundidade dos trabalhos apresentados como forma de demonstrar a necessidade de reflexão constante acerca do fenômeno da família – nas suas dimensões existenciais e patrimoniais, em vida e após a morte – e no reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Prof. Doutora Valéria Silva Galdino Cardin – UEM e UNICESUMAR

Prof. Mestre João Vitor Penna – FACI/WYDEN

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO MORAL NA RUPTURA DA RELAÇÃO CONJUGAL POR ADULTÉRIO NO MUNDO MODERNO

THE PRINCIPLE OF AFFECTIVENESS AND THE POSSIBILITY OF MORAL INDEMNITY IN THE BREAK OF THE ADULT CONJUGAL RELATIONSHIP IN THE MODERN WORLD

**Cátia Rejane Mainardi Liczbinski ¹
Luciano Pineli Chaveiro**

Resumo

O artigo irá analisar os divergentes entendimentos judiciais e doutrinários sobre a possibilidade de indenização moral na ruptura da relação conjugal por adultério em relação ao Princípio da Afetividade e deveres conjugais. Ocorre que o adultério não é mais considerado crime, desde o advento lei nº11.106/05. Serão ainda apresentadas decisões que defendem a possibilidade de indenização em caso de infidelidade, ou quebra cláusula de fidelidade recíproca. É um tema relevante em razão das alterações sociais e culturais do Mundo Moderno. O método utilizado é o Dedutivo.

Palavras-chave: Adultério, Dano moral, Princípio da afetividade, Relação conjugal

Abstract/Resumen/Résumé

The article will analyze the divergent judicial and doctrinal understandings about the possibility of moral indemnity in the rupture of the marital relationship by adultery in relation to the Affection Principle and marital duties. It turns out that adultery is no longer considered a crime since the advent of law No. 11,106 / 05. Will also be presented decisions defending the possibility of indemnity in case of infidelity, or breach reciprocal loyalty clause. It is a relevant theme because of the social and cultural changes of the Modern World. The method used is the deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adultery, Moral damage, Affectivity principle, Marital relationship

¹ Doutora em Ciências Sociais pela Unisinos. Mestre, Especialista, Advogada. Professora Curso Direito e Pós-Graduação Uniasselvi, FGV. Pesquisadora. Coordenadora Projetos de Pesquisa. Parecerista Revistas Científicas e eventos. Escritora.

INTRODUÇÃO

O artigo apresenta um tema ainda polêmico na Sociedade Moderna relacionado ao amor, ou melhor à falta de amor e deveres na relação conjugal. Analisa a possibilidade de indenização moral na ruptura da relação conjugal por adultério, tendo em vista que após o advento lei nº 11.106/05 o adultério não é mais considerado crime pelo Código Penal, e portanto não há mais a possibilidade de penalizar o cônjuge traidor - perante o Código Penal - no caso de haver a violação dos deveres conjugais, todavia, atualmente, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de haver a possibilidade de indenizar o cônjuge traidor, não mais perante o Código Penal, mas sim pelo Código Civil, em virtude de haver uma quebra de cláusula contratual, quebra dos deveres conjugais.

Para conseguir entender o posicionamento dos doutrinadores e juristas, será exposto brevemente, a evolução histórica do casamento, desde a época em que a mulher era tratada como propriedade do homem no casamento, sem haver distinção entre filhos uma vez que a monogamia era natural por parte do homem.

Após procura dispor em relação ao conceito e a definição de família e do casamento, as suas características e como a Constituição Federal Brasileira protege este ente jurídico.

Dispõe ainda sobre as entidades familiares existentes tanto as explícitas em Código, como as de entendimento doutrinário, para que possa-se entender os deveres conjugais do casamento dentro de cada entidade familiar, e por conseguinte, as consequências da violação dos deveres conjugais e as consequências no caso da violação dos deveres conjugais, será facilmente compreendido como o ordenamento jurídico age para com a ruptura da relação conjugal por adultério, e o dano moral.

Embora para alguns possa parecer ultrapassado, tem-se a discussão e decisões referente a possibilidade ou não de indenização moral na ruptura da relação conjugal por adultério, agora, não perante o Código Penal, mas agora perante o Código Civil, tendo em vista ser uma quebra de cláusula contratual, porquanto o casamento é nada menos que um contrato como qualquer outro contrato, bem como, ser uma quebra dos deveres conjugais, tal como dispõe o art. 1566 do Código Civil.

Após compreender se há ou não possibilidade de indenização moral na ruptura da relação conjugal por adultério, para que reste claro e evidente, será demonstrado os entendimentos jurisdicionais atuais, de vários tribunais dos estados Brasileiros. O método utilizado é o Dedutivo.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988, O CASAMENTO E INSTITUIÇÕES FAMILIARES

Pelo prisma jurídico, a família é o conceito que mais sofreu alterações nos últimos anos no Direito Brasileiro, tendo em vista a influência de inúmeras perspectivas, avanços e transformações sobre os valores sociais do casamento e da entidade familiar.

Tradicionalmente, o que se pressupunha, é que o casamento era o ato principal e ponto chave inicial para a formação da entidade familiar. Deste pressuposto, parte-se para as entidades familiares como a união estável, família monoparental, família anaparental além das diversas outras famílias existentes atualmente na sociedade, a ponto de requerer a proteção jurídica respectiva, assim como as demais entidades tradicionais.

O Código Civil de 1916, tinha o conceito de família nos arts. 233 a 242, padronizado nos entendimentos e preceitos religiosos, bem como, a proteção jurídica da família era tratada como um instituto fechado, deixando a mercê e sem proteção, aqueles que não se encaixavam neste padrão, como por exemplo os filhos ilegítimos, aos quais tinham tratamentos diferenciados e não podiam ter seus direitos resguardados.

O casamento então, era ponto chave e padrão para a formação da família legítima, ao qual o pai (inspirado no *pater poder* romano), era o chefe da família e autoridade máxima com relação aos demais membros legais da família, tendo este o direito de representar unilateralmente a família, tal como trazia o art. 233 do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916) em seus incisos:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

A mulher tinha a função de cuidar dos filhos e da casa, e o dever de obediência ao marido, não podendo por exemplo exercer profissão sem a autorização deste, tal como trazia o Art. 242 no seu inciso VII.

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido:

I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher

II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens.

III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.

- IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.
- V. Aceitar tutela, curatela ou outro múnus público.
- VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.
- VII. Exercer profissão.**
- VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.
- IX. Aceitar mandato. (grifou-se)

O Código Civil de 1916 foi sofrendo inúmeras alterações através de leis e constituições, para melhor se adequar a realidade da sociedade, até ser definitivamente substituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil vigente.

Toda a evolução histórica do casamento, foi de uma importância, adotando-se os princípios, costumes e agora incluindo-se as jurisprudências e entendimentos doutrinários, para compor os nossos códigos vigentes, em especial, o Código Civil.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, não foi a responsável por trazer a mudança na concepção de família, na verdade, a lei pátria apenas codificou os valores já sedimentados conforme fora reconhecimento a evolução da sociedade.

Sendo assim, conforme já fora mencionado nos tópicos acima, a família foi evoluindo constantemente, chegando a serem reconhecidas pela Constituição Federal Brasileira 1988 reconhece três tipos de entidades familiares, quais sejam: casamento, previsto nos §§1º e 2º do art. 226 da Constituição Federal Brasileira, união estável prevista no §3º do art. 226 da Constituição Federal Brasileira e a família monoparental, prevista no §4º do art. 226.

Com base neste entendimento, Clóvis Beviláqua (2002, p. 10) sustenta que:

É importante observar, alterada pelo legislador, nos seus mais de 80 anos de vigência, atendendo as exigências do tempo, por leis que deram significativa melhora para a figura e posição da mulher casada (Lei nº 4.121/62), instituiu o divórcio (Emenda nº 09/77 e Lei nº 6.515/77), culminando a Constituição da República do Brasil, promulgada em 1988 que trouxe inovações com relação à conceituação e à proteção jurídica da família, imprimindo mudanças nas relações íntimas, com a evolução dos costumes, mas, ainda assim, era preciso incluir num só diploma todas as matérias pertinentes à vida privada.

É de suma importância ressaltar que a doutrina e a jurisprudência ainda reconhecem outros tipos de entidades familiares, todavia, a Constituição Federal Brasileira apresenta apenas estas entidades.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Neste sentido, pode-se ter a base para o tema, no que diz respeito os deveres, obrigações, dentro do casamento, assim como será apresentado melhor forma sobre o assunto.

2.1 O Princípio da Afetividade no Casamento Brasileiro e os Deveres Conjugais

Conforme exposto anteriormente, o princípio basilar para a caracterização das entidades familiares e a proteção jurisdicional do Estado, é o da afetividade. Com base no Princípio da Afetividade, os laços afetivos passaram a ser vistos com mais dignidades, não só com relação ao casamento, mas como também com relação a filiação, não permitindo mais a distinção entre filhos biológicos e adotivos.

O Princípio da Afetividade abriu a possibilidade de a Constituição Federal ter o entendimento mais amplo para outras entidades familiares não previstas expressamente até determinado momento. Sabe-se que a o vínculo familiar baseado na afetividade é que gera uma entidade familiar, ao qual o Estado irá proteger com amparo do direito de família, sabendo eu o amor é elemento de ligação entre as pessoas, de forma pública, contínua, duradoura, firmada por laços de afeto.

Com base no Princípio da Afetividade a Constituição Federal prevê, em seu art. 226 a inclusão de qualquer entidade familiar que preencha os requisitos essenciais, quais sejam, a ostensividade, a estabilidade e, é claro, a afetividade para exercer o direito de sua proteção.

Com base neste entendimento, Rodrigo da Cunha (2011, p.194) dispõem que:

Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. É o 'afeto que conjuga'. E assim, o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.

É de suma importância ressaltar que o afeto e o Princípio da Afetividade, tem como objetivo, a garantia da felicidade bem com dispõe o entendimento de Maria Berenice Dias (2006, p. 61), portanto os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.

Pode-se dizer que a eficácia do afeto com o Princípio da Afetividade como princípio basilar para a constituição do casamento, é baseada pelo Princípio da Dignidade Humana, que está disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal. Muito embora nossa carta magna não fale

expressamente sobre o afeto, ao analisar minuciosamente encontramos alguns pilares que sustentam o princípio da afetividade, repita-se, na Constituição Federal.

Primeiramente, pode-se observar a existência do Princípio da Afetividade o §6º do art. 227 CF, que dispõem sobre a igualdade de tratamento para com os filhos consanguíneos, adotivos ou havidos de outra união/relação. Ou seja, o direito de afeto para com os filhos, deve ser igual, não havendo distinção afetiva para com os mesmos.

Para que o Princípio da Afetividade tenha a tutela do Estado, o §5º do art. 227 CF informa que a adoção será assistida pelo poder público para que se estabeleça, para a criança adotada os mesmos direitos para com os outros membros da família. Aqui, observa-se novamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana enlaçado e cumulado com o princípio da afetividade de forma tácita, na nossa magna carta.

Ainda pode-se encontrar o Princípio da Afetividade nos Códigos que tratam o casamento, a adoção e a criança (direito civil, ECA -estatuto da criança e do adolescente). Outro fato que aponta a presença da afetividade na esfera civil, na responsabilidade civil e direito de família é no que tange a possibilidade de reparação por danos em caso de abandono afetivo conforme julgado STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Na presente decisão, a ministra informou ser uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico e afeto, razão pela qual o dano moral estaria presente. Ainda a Ministra utilizou em seu julgado, com relação ao abandono afetivo, uma frase que vem se propagando o meio jurídico, qual seja “amar é faculdade, cuidar é dever”.

As entidades familiares que não possui expressa disposição na Constituição Federal e ainda assim é protegida pelo poder estatal, mostram-se de forma tácita tendo como pilar, o Princípio da Afetividade, ao qual, é a base para a constituição de uma entidade familiar

2.2 O Deveres Conjugais no Casamento Brasileiro

Na antiguidade o casamento, por ter forte influência do Cristianismo, obtinha uma superioridade masculina, onde o marido era o chefe da família e sua esposa era sua subalterna e deveria obedecê-lo.

Estes fatos culturais foram modificando gradativamente, conforme o código civil de 1916, e foi perdendo sua eficácia, bem como a criação de leis de suma importância que foram esmorecendo estes preceitos, assim como o Estatuto da Mulher Casada (lei nº 4.121/1962), a lei do divórcio (lei nº 6.515/77) até chegar nos códigos vigentes na atualidade, como a carta

federal de 5 de outubro de 1988 (Constituição Federal de 1988, carta magna) o Código Civil de 2002 (lei nº 10.406.2/2002) e a Emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010.

Esses Códigos concebem hoje um conjunto direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges no casamento, extinguindo a posição do homem como chefe da família, cabendo a todos que pretendem constituir uma família assumem mutuamente a condição de companheiros, chefes do lar e obedecerem igualmente aos deveres matrimoniais.

Quando um dos cônjuges falta com qualquer um dos deveres pessoais do casamento comete um ato de violação dos deveres matrimoniais. No presente código civil (2002) mais especificamente no art. 1566, dispõe sobre os deveres que os cônjuges, deveres de quem tem a pretensão de constituir uma família, deve ter, vejamos:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - Fidelidade recíproca;
II - Vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV – Sustento, guarda e educação dos filhos;
V - Respeito e consideração mútuos.

Cada um dos incisos do presente artigo supracitado, é norteado com conceitos que devem ser respeitados na comunhão, no casamento, na união. Destaca-se o dever da fidelidade que descumprido pode ensejar dano moral.

2.2.1 A Fidelidade Recíproca

O primeiro dever exposto no art. 1566 Código Civil, é o de fidelidade é o mais infamante nas causas separatórias, bem como dispõe Frank Pittman (1994, p.6):

O adultério é contra a lei ou contra a vontade de Deus, mas a infidelidade é contra o casamento, exatamente porque rompe os acordos conjugais que variam de casal para casal, de cultura para cultura e da própria condição social dos conviventes, mas que representam, sempre, alianças formadas com o objetivo de dar paulatina estabilidade ao casamento e que a maior ameaça da infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, gerando suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição.

No que tange a Infidelidade, é de suma importância entendermos o conceito de origem da palavra, ao qual, vem do latim com seu prefixo *in* que significa a negação e por raiz o prefixo *fides*, ou seja fé, que por conseguinte é a ausência, negação de fé, Infiel portanto, é aquele que não partilha da mesma fé do seu companheiro e que quebra com a com confiança.

Há entendimento de que o adultério e a infidelidade são sinônimos, porquanto o adultério era uma tipificação penal e a infidelidade uma quebra dos deveres civis. Neste ínterim, deve-se observar que até o ano de 2005, no código penal vigente, o adultério era visto como

crime, havendo responsabilidade criminal para quem cometia adultério, imputando-lhe pena de detenção de quinze dias a seis meses.

Ocorre que, muito embora não seja mais considerado crime, hoje é reconhecido como uma quebra de deveres matrimoniais, amparado pelo código civil, havendo a possibilidade de ressarcimento por danos, tal como prevê o art. 186 do código civil *in verbis* “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Repita-se, afirma Frank Pittman (1994, p.6), que:

O adultério é contra a lei ou contra a vontade de Deus, mas a infidelidade é contra o casamento, exatamente porque rompe os acordos conjugais que variam de casal para casal, de cultura para cultura e da própria condição social dos conviventes, mas que representam, sempre, alianças formadas com o objetivo de dar paulatina estabilidade ao casamento e que a maior ameaça da infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, gerando suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição.

Portanto, a partir do momento que o casamento é celebrado e válido, ou no caso da união estável, quando há o interesse em constituir uma família, ficam os cônjuges com o dever de ser fiel ao seu parceiro, ou seja, não haverá de ter relações conjugais com outras pessoas ou intenção de construir outra comunhão de vida enquanto se comprometeu para seu cônjuge ou companheiro.

2.2.2 O Respeito e Consideração Mútua

Muito embora, de uma maneira óbvia, estes sejam um dos pilares da comunhão plena de vida, até a vigência do código civil de 2002 não existia no rol dos deveres conjugais o respeito e a mútua assistência.

Sobre este dever, Rolf Madaleno (2013, p.190), aduz que:

O dever de mútuo respeito como um postulado relacionado à dignidade da pessoa humana e não apenas um dever dos cônjuges, mas, antes, princípio ético de presença obrigatória em todas as relações pessoais, não sendo diferente no casamento, que tem sua própria pauta de conduta em razão das idiosincrasias de cada unidade conjugal, cuja variação advém dos diferentes níveis de educação, formação cultural, religiosa, do ambiente em que circundam as relações, sabendo-se que certos comportamentos, dizeres e atitudes podem ressoar ofensivos para uns enquanto para outros casais soam naturais, e sem qualquer conotação pejorativa e de agressão moral.

Portanto, o respeito e consideração mútua, além de ser um de dever matrimonial, nada mais é que um postulado à dignidade da pessoa humana. Ocorre que, no casamento, conforme brilhantemente abordado pelo doutrinador Rolf Madaleno, no casamento, esse dever tem suas

propriedades em cada relação de forma diferente em razão das idiossincrasias de cada indivíduo e de cada unidade conjugal, bem como suas respectivas religiões, culturas e a forma que se relacionam entre si, alguns comportamentos, atitudes e dizeres podem soar ofensivos para determinados casais, e para outros totalmente normais, naturais, sem agressões morais.

Diante destas peculiaridades, não há a possibilidade de culpabilidade para ensejar o divórcio em caso de não cumprimento deste dever, porquanto, conforme mencionado, é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que deve ser imposto a todos os seres.

Pode-se assim dizer que esse dever tem suas peculiaridades próprias dentro de cada união, devendo sempre ser respeitado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inerente a todos os seres, tanto dentro de uma união ou não.

Analisados os deveres conjugais aos quais são normas de comportamento matrimonial devendo ser respeitados de forma recíproca. Quando é quebrado um destes deveres enseja a violação dos deveres matrimoniais, podendo implicar em responsabilidade civil, danos e até mesmo em divórcio

2.3 A Responsabilidade Civil em Decorrência da Violação dos Deveres Conjugais

Prima facie, no que tange a violação dos deveres conjugais, é de suma importância ressaltar que são deveres indispensáveis pelos cônjuges, nem por vontade própria, nem por pacto antenupcial, eis que são deveres inerentes de um casamento ou união saudável.

O Código Civil dispõe em seu art. 927, que aquele que causar dano a outrem será obrigado a repará-lo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Esse dispositivo é de suma importância, porquanto serve para auxiliar no desenrolar das relações humanas, eis que, no momento em que as pessoas se sentem prejudicadas por decorrência de dano causado por outrem, e este dispositivo serve para que o causador do dano o repare.

O entendimento do doutrinador Sílvio de Sávio Venosa mantém que “em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar”. O dano moral consiste numa lesão de direitos morais, na sua integridade, honra, personalidade, diferentemente do dano material que é diretamente em patrimônio definido por um valor fixo. O doutrinador Yussef Said Cahali define o dano moral da seguinte maneira:

Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial. (CAHALI, 2011, p. 28)

O dano moral está interligado a dor, angústia, a tristeza, o sofrimento, mas de uma maneira personalíssima, porquanto, cada ser humano sente e reage ao dano de forma diferente, com base em seus sentimentos.

Agora, no que tange a responsabilidade civil advinda da violação dos deveres conjugais, é de suma importância ressaltar que este gera a possibilidade de divórcio sem que se fale em ser litigioso.

Ademais, o entendimento sobre a possibilidade de indenização moral em caso de violação dos deveres conjugais, são inúmeros, pois, os que entendem ser passível de indenização, argumentam que a quebra do dever conjugal viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e a relativização dos deveres matrimoniais não deveria ser admitida, porquanto, em não havendo a proteção jurisdicional do estado, haveria a vingança privada do ofendido.

Ainda neste íterim, os doutrinadores que veem a possibilidade de indenização moral em caso de descumprimento/violação dos deveres conjugais, entendem que a aplicação deva ser aplicada amplamente nas relações amorosas com o simples descumprimento de qualquer um dos deveres do referido art. 1566 do código civil, que trata dos deveres conjugais.

A infidelidade conjugal, além de aviltar contra a instituição família, tanto no seu aspecto legal quanto no aspecto emocional, denota flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o cônjuge ultrajado vê seu projeto de vida dilacerado. Em decorrência de tal ato, o consorte traído é humilhado, injuriado e sofre frustração que, por vezes, se constitui em uma agressão moral de maior intensidade que uma lesão física. (TORRES, 2009,p.99)

Salienta-se que há entendimento doutrinário divergente, mas que entende que a quebra do deveres conjugais tem como forma de resolução a simples dissolução da união, embasada no art. 1573 do código civil, porquanto são institutos que devem ser resolvidos dentro do direito de família. Dispõe o art. 1573 Código Civil:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - Adulterio;

II - Tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - Abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - Condenação por crime infamante;

VI - Conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Portanto, em contrapartida ao entendimento de que há possibilidade de reparação de danos em caso de quebra de um dos deveres conjugais, há entendimentos de que a quebra de qualquer um dos deveres conjugais implicam na impossibilidade de comunhão de vida, e enseja a dissolução da união por meio da separação e divórcio e desrespeita o Princípio da Afetividade.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO PARA COM A RUPTURA DA RELAÇÃO CONJUGAL POR ADULTÉRIO E O DANO MORAL

Para alguns doutrinadores, a simples traição, quebra do dever de fidelidade recíproca ou adultério pode não ensejar a indenização moral, todavia, não é o que entende a Maria Celina Bodin de Moraes e outros doutrinadores que aduzem que o ilícito praticado em face de outrem gera o obrigação de indenizar, independentemente de ser cônjuge ou não, afirmando que “evidentemente, qualquer ilícito praticado – como o cárcere privado, a violência física ou moral [...] – por uma pessoa em relação à outra, sendo ou não sendo cônjuge, acarretará dano moral a ser indenizado”.

Ainda neste íterim, aduz Maria Alice Costa Hofmeister (2007, p.285) que “é cabível a indenização por dano moral entre cônjuges. Não resta dúvida de que o ato ilícito praticado por um cônjuge contra outro é passível de reparação civil, não há que diferenciar o ilícito em razão do agente”.

Ocorre que, devido às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, será analisado o adultério segundo o ordenamento jurídico, os danos passíveis de indenização ou reparação perante o ordenamento cível, e a responsabilidade civil e seus pressupostos para com o cônjuge adúltero.

3.1 O Adultério antes do Advento da Lei n.11.106/05

A lei nº 11.106/05 que entrou em vigor na data de 29 de março de 2005, fez inúmeras alterações no código penal brasileiro, dentre uma dessas alterações foi a alteração do adultério, que deixou de ser crime, tendo em vista a discussão de que este não é um ato que atinge o interesse social, mas sim, um interesse particular que é protegido em outra seara do ordenamento jurídico, qual seja, a seara cível e da família.

Portanto, antes do advento lei nº 11.106/05 os juristas penais entendiam que o adultério se concretizava e se consumava com o ato sexual com outra pessoa que não seu parceiro, cônjuge, esposo, ou seja, com a traição, deslealdade, infidelidade.

A pena aplicada para os casos de adultério, segundo o revogado art. 240 do código penal, era de detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, vejamos o dispositivos ora revogado:

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses.

§ 1º - Incorre na mesma pena o corréu.

§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:

I - Pelo cônjuge desquitado;

II - Pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - Se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II - Se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317, do Código Civil.

Ainda neste íterim, entende José Náufel (2000. p. 77), que o adultério pode ser definido como “a quebra intencional da fidelidade conjugal, consistindo em ter a pessoa casada, tanto o homem como a mulher, relações sexuais com pessoa de sexo oposto que não seu cônjuge”, ou ainda com base na citação de Paulo José da Costa Junior apud Galdino Siqueira que trata o adultério como “a profanação do leito nupcial, a violação da fé conjugal”.

Há de se ressaltar que antes da publicação no diário oficial na data de 29 de março de 2005, muitas eram as discussões acerca do tema, tendo em vista que, eram raros os casos de quem alguém era efetivamente condenado e detento pelo crime de adultério.

Ocorre na verdade que, para alguns doutrinadores, a alegação do adultério era para fundamentar a os pedidos de divórcio, razão pela qual, estes mesmos doutrinadores entendem hoje que o adultério, ou melhor dizendo com base na atualidade, a violação dos deveres conjugais ou a quebra de fidelidade conjugal, tem como solução a dissolução da união.

Todavia, o que não deixa de reconhecer é que, tanto antes como depois da lei nº 11.106/05, a infidelidade -*adultério*- sempre foi e continuará sendo uma violação grave dos deveres matrimoniais, bem como, o fato de que atinge a moral e o princípio da dignidade da pessoa humana, da pessoa que fora traída.

A problemática consiste no pós advento lei que revogou o adultério, ou seja, atualmente, com base nas divergências doutrinárias, os mecanismos utilizados para coibir que as pessoas gerem danos a outrem dentro de uma relação por meio do adultério é a indenização moral, por se tratar de fato tutelado pela esfera cível e familiar, e não mais no direito penal.

Ainda no Código Civil, no bojo do art.944 dispõem que, o dano moral deve ser indenizado com base na extensão do dano causado, ou seja, o magistrado analisará o dano sofrido e sua extensão, e se o valor pedido pela parte é condizente: “Art. 944. A indenização

mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”

Portanto, o dano moral é um assunto muito discutido ainda no meio jurídico, tendo a necessidade de que seja comprovado pela vítima o dano causado, para que a indenização seja deferida pelo magistrado, quando houver pedido.

4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO MORAL NA RUPTURA DA RELAÇÃO CONJUGAL POR ADULTÉRIO NO MUNDO MODERNO

O adultério deixou de ser tipificado como crime desde o ano de 2005, com o advento lei nº11.106/05. O entendimento para essa reforma, se deu porquanto o crime é considerado um dano a um bem jurídico, podendo ser praticado por qualquer pessoa, todavia, o adultério atinge única e exclusivamente a moral, sem atingir um bem jurídico. O adultério, ou a traição, atinge a moral de forma privada/pessoal da pessoa atingida, e não um bem jurídico ou que seja de interesse social/público.

Muito embora não seja mais previsto de forma penal o adultério, ou seja, muito embora não seja mais considerado crime, a Magna Carta prevê que quando for violado a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, deve haver indenização por danos morais, vejamos o art. 5º inciso X da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nesse sentido, com base na lei nº 11.106/05 o adultério não é mais considerado crime, portanto não existe mais a penalidade com base no código penal, conforme era previsto com a detenção do cônjuge traidor de quinze dias a seis meses. Já o entendimento perante a constituição federal, a penalidade pela esfera civil é com a diminuição de seu patrimônio, ou seja, para uma melhor eficácia, deve ser aplicado uma multa de indenização pelo abalo moral cometido pelo cônjuge traidor em face ao cônjuge traído, violando principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como visto no artigo supramencionado, qual seja, o art. 5º inciso X da CF.

4.1 Posições Doutrinárias

Nesse íterim o entendimento doutrinário é de que, quando do casamento ou da união, em havendo traição/infidelidade e demonstrado que houve um abalo moral na ruptura da relação, há o direito de indenizar.

São inúmeros os doutrinadores que têm o entendimento favorável para a indenização moral quando houver a quebra dos deveres conjugais, incluindo-se dentre eles o dever de fidelidade mútua, todavia, o dever de indenizar deve ser voltado para o cônjuge traidor, e não para o terceiro envolvido, e desde que demonstrado os requisitos que configuram o dano moral.

Portanto, no caso de conduta desonrosa, necessário se torna que o autor, ou autora, reúna estes três requisitos:

- a) imputação ao réu, ou ré, de fatos determinados;
- b) que esses fatos sejam desonrosos;
- c) que eles tenham tornado insuportável a vida em comum. Desde que comprovada a existência de dano, moral e/ou material, decorrente da **violação ao dever de fidelidade**, cabe a aplicação dos princípios da responsabilidade civil. (grifou-se)
{MONTEIRO}

O entendimento doutrinário se faz em duas linhas de pensamento, uma em que é preciso que a conduta do cônjuge traidor cause ao outro cônjuge uma situação de sofrimento excessivo, e não a simples frustração ou mero dissabor, ou seja, deve o cônjuge traído demonstrar que houve exposições vexatórias e humilhantes que abalaram sua honra, moral, integridade, podendo ser alvo de piadas e insinuações que o ridicularizou perante a sociedade, tal como entende o doutrinador Yussef Said Cahali, o atentado ao bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar uma certa magnitude ou expressividade para ser reconhecido como dano moral, não bastando um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência em sociedade. (2011, p.53)

A segunda linha de pensamento doutrinário é de que o simples fato de haver a traição/infidelidade já é suficiente para ensejar a indenização moral, assim como aduz em suas palavras, o douto Desembargador Antonio Marcelo Cunzolo Rimola do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em determinada apelação cível que tramitou sob o nº 453.776-4/4-00 entende que o simples fato de ter ocorrido o dano moral, já incide o dever de indenizar, sem a necessária demonstração de um prejuízo, uma vez que o abalo, conforme o próprio nome diz, é na moral, ou seja, a honra, ou o ideal:

Como se **trata de dano moral**, desnecessária a demonstração efetiva do prejuízo (**como se, aliás, precisasse**), vez que o sentimento de vergonha, o sofrimento, a insegurança, o desequilíbrio emocional e os reflexos advindos desse estado complexo a que a pessoa é submetida, nem sempre se reflete nos negócios; em se tratando de comerciante, um protesto provoca abalo em seu crédito, que pode ser apurado pela interrupção dos negócios até então realizados a prazo. O mesmo não se aplica à

apelada, que **foi atingida em sua honra**, seu patrimônio **ideal**, sem maiores reflexos em negócios ou quaisquer outras espécies de atividades. (grifou-se).

O entendimento doutrinário e jurisprudencial ainda, é no sentido de que o casamento é um contrato jurídico como qualquer outro, e portanto, merece ser cumprido de acordo com os deveres neles impostos.

O casamento, como qualquer outro contrato, contém cláusulas, dentre essas cláusula, existe a cláusula de fidelidade, e, muito embora expressa no código civil no bojo do art.1566, ainda pode o cônjuge impor uma cláusula no pacto antenupcial, chamada “cláusula de fidelidade”, onde o rompimento da cláusula de fidelidade- tanto o expresso no art. 1566 Código Civil quanto no pacto antenupcial- deve ser reparado o dano, sem a necessária demonstração de publicidade do caso, ou abalo moral gigantesco. De acordo com Rui Stoco em suas palavras:

O adultério é a traição da confiança de todos: do marido, mulher e filhos, parentes e amigos. É a ofensa às instituições e até mesmo ao dogma religioso. É o menoscabo, escárnio, vilipêndio ao companheiro, com o desfazimento da *afettio societatis*. Ofende a honra objetiva da pessoa, de sorte a causar mágoa, tristeza, frustração e angústia. Não se exige que esse comportamento se exteriorize e chegue ao conhecimento externo; que ganhe publicidade. **O só comportamento já causa mal à pessoa, ofendendo a sua dignidade, ferindo o seu amor próprio.** Caracteriza, portanto, ofensa grave e, para alguns, insuportável. Então, se a ofensa moral está ínsita - *in re ipsa* - **mostra-se exagerado e desarrazoado impor que, para que se o reconheça a obrigação de o cônjuge infiel reparar, se exija que essa infidelidade ganhe publicidade e se converta em despudorada exibição pública.** (grifou-se) (2007, p. 809)

Venosa defende à corrente que precisa ser demonstrado o abalo moral com base o art. 186, todavia, o mesmo explica que a corrente majoritária não é a sua linha de pensamento, uma vez que, a linha de pensamento doutrinário, majoritária, é no sentido de que o simples fato de haver a infidelidade, já gera o direito a indenização, porquanto o casamento é um contrato como qualquer outro contrato jurídico, vejamos:

Em julho de 2016, o deputado Rômulo Gouveia do partido PSD/PB, apresentou o projeto de Lei nº 5.716/2016 para realizar o acréscimo do dispositivo à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, passando a vigorar o art. 927-A da seguinte maneira *in verbis* “Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge.”

Destaca-se que o projeto de lei que o deputado Rômulo Gouveia quer implementar para a emenda ao artigo 927 do Códex Civil, ainda está aguardando designação do relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

No presente momento, o art. 927 do Código Civil dispõe sobre o direito de indenização moral:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Portanto, há divergência doutrinária e jurisprudencial com base nos dispositivos de lei vigente até a presente data, uma vez que, perante a infidelidade/adultério não é mais considerado crime, todavia, perante o código civil e família o entendimento é o sentido de haver possibilidade de indenizar o cônjuge traído por danos morais, uma vez que há quebra de contrato jurídico e quebra de um dever matrimonial.

4.2 Posições da Jurisprudência Brasileira

Conforme anteriormente informado, existem duas correntes doutrinárias de entendimento: uma em que é necessário a demonstração de abalo moral a ponto de causar uma grande mágoa, tristeza, frustração e angústia e que se exteriorize e chegue ao conhecimento externo ganhando publicidade para haver a possibilidade de indenização. A segunda linha de entendimento é de que, o simples abalo moral por causa de infidelidade, traição, quebra de cláusula de fidelidade, desrespeito ao Princípio da Afetividade, adultério, para haver a possibilidade de indenização.

Corroborando com os entendimentos em relação a segunda linha doutrinária de pensamento supramencionado, as decisões recentes de nossos mais renomados tribunais são no seguinte sentido, de que havendo a traição/adultério já enseja o dever de indenizar:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ADULTÉRIO OU TRAIÇÃO. POSSIBILIDADE

O que se busca com a indenização dos danos morais não é apenas a valoração, em moeda, da angústia ou da dor sentida pelo cônjuge traído, mas proporcionar-lhe uma situação positiva e, em contrapartida, frear os atos ilícitos do infrator, desestimulando-o a reincidir em tal prática. Apelação conhecida, mas improvida. (TJ/GO – 1ª C. Cív., Ap. Cív. nº 56957-0/188, Rel. Des. Vitor Barboza Lenza, DJ 23.05.2001)

Ainda neste sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, é o entendimento de que:

EMENTA

CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - VIOLAÇÃO AOS DEVERES MATRIMONIAIS - OMISSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - VIOLAÇÃO DA HONRA SUBJETIVA - DANOS MATERIAIS - INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. NÃO SOMENTE A INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE FIDELIDADE, MAS TAMBÉM O PERÍODO EM QUE O AUTOR PERMANECEU ACREDITANDO SER O PAI BIOLÓGICO DA MENOR, EM

RAZÃO DA OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA, JUSTIFICAM O DANO MORAL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO. OS DANOS MATERIAIS EXIGEM A DEMONSTRAÇÃO EFETIVA DOS PREJUÍZOS SUPORTADOS EM DECORRÊNCIA DE UMA CONDUTA ILÍCITA PRATICADA COM DOLO OU CULPA. (TJDF - Apelação Cível: APL 322602020078070001 DF 0032260-20.2007.807.0001; Relator(a): LÉCIO RESENDE; Julgamento: 16/12/2009; Órgão Julgador: 1ª Turma Cível; Publicação: 25/01/2010, DJ-e Pág. 42)

Há tribunais de justiça cujo a maioria das decisões são de maneira mais favoráveis no que tange o pedido de compensação do dano moral, tal como o Tribunal de Justiça de Goiás, conforme pode-se observar a ementa da apelação cível nº 133775-5/188 (200804299794), *in verbis*:

EMENTA
APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ADULTÉRIO OU TRAIÇÃO. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. POSSIBILIDADE. QUANTUM ARBITRADO. CONDIÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES.

I- O que se busca com a indenização dos danos morais não é apenas a valoração, em moeda, da angústia ou da dor sentida pelo cônjuge traído, mas proporcionar-lhe uma situação positiva e, em contrapartida, frear os atos ilícitos do infrator, desestimulando-o a reincidir em tal prática.

II- O valor da indenização não deve ser alterado quando o juiz, ao fixá-lo, já levou em conta a condição econômica dos envolvidos e a repercussão na vida sócio afetiva da vítima, restando, assim, bem aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.”

É de suma importância ressaltar que, o entendimento doutrinário sempre deve ser em desfavor do cônjuge traidor, jamais havendo a possibilidade de indenizar o terceiro comumente chamado de “amante”, uma vez que, assim como qualquer outro contrato jurídico, o dano deve ser em face de quem se obriga a cumprir as cláusula, e não perante os terceiro envolvidos, que não tem o dever de fidelidade, tal como o entendimento da apelação do Tribunal de Justiça de São Paulo:

EMENTA
INDENIZAÇÃO
Danos morais - Adultério -Condenação da indigitada parceira do ex-marido da autora - Descabimento - Parte estranha à relação matrimonial - Ato que, ademais, embora incontroverso, não enseja necessariamente a ocorrência de dano moral -Ausência de prova nesse sentido Inconformismo da ré que merece acolhimento, para afastar o decreto de procedência da demanda.
- Quantum fixado a título de danos morais - Inconformismo da autora que é de ser analisado, ante a ausência de recurso por parte do requerido, seu ex-marido - Verba estipulada em valor equivalente a 15 salários mínimos - Adequação, à luz dos elementos coligidos aos autos - Recurso da autora desprovido, provido o da ré. (TJSP - Apelação: APL 994050660620 SP; Resumo: Indenização; Relator(a): De Santi Ribeiro; Julgamento: 23/03/2010; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Publicação: 31/03/2010.)

É de suma importância salientar ainda que, o cônjuge traído não pode perdoar o cônjuge traidor, pois conseqüentemente criará óbice à indenização. Não haverá dor a ser reparada pecuniariamente em caso de houver uma reconciliação, tal como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no recurso de apelação, vejamos:

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA.

1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.

2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, § único, do (art. 1.518 do), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. Recurso especial não conhecido. (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1122547 MG 2009/0025174-6; Resumo: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Adultério. Ação Ajuizada Pelo Marido Traído em Face do Cúmplice da Ex-esposa. Ato Ilícito. Inexistência. Ausência de Violação de Norma Posta; Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Julgamento: 10/11/2009; Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA; Publicação: DJe 27/11/2009.)

Ainda neste ínterim, a primeira linha de raciocínio em que é necessário a demonstração da caracterização de uma extrema situação vexatória, que leva a publicidade, e o abalo à integridade moral de forma imensa, e que esses fatos atentam contra o Princípio da Afetividade que requer zelo, cautela, cuidado, carinho para com o outro. Esse é o entendimento do Tribunal de justiça do Paraná:

EMENTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECLARAÇÕES CALUNIOSAS INVERÍDICAS. **REPORTAGEM NO NOTICIÁRIO DA TELEVISÃO. ADULTÉRIO. SITUAÇÃO VEXATÓRIA CARACTERIZADA. OFENSA A INTEGRIDADE MORAL.** FIXAÇÃO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO ARBITRADO CORRETAMENTE. HONORÁRIOS DA AUTORA E DA RÉ, APLICADOS CORRETAMENTE, CONSOANTE DISPÕE O ARTIGO 20, § 3º, DO CPC. HONORÁRIOS DO AUTOR. SENTENÇA MANTIDA. AUSÊNCIA DE RECURSO ESPECÍFICO, PARA A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 20, § 4º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. RECURSO PRINCIPAL IMPROVIDO - MAIORIA - RECURSO ADESIVO DESPROVIDO, DECISÃO UNÂNIME.

"Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da sua experiência e do bom senso, atendendo à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso". (RSTJ 97/281). (TJPR - Apelação Cível: AC 1235649 PR 0123564-9; Resumo: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Ação Julgada Parcialmente Procedente. Declarações

Caluniosas Inverídicas. Reportagem no Noticiário da Televisão. Adulterio. Situação Vexatória
Caracterizada. Ofensa a Integridade Moral. Fixação "quantum" Indenizatório Arbitrado Corretamente; Relator(a): Paulo Roberto Hapner; Julgamento: 28/08/2002; Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível; Publicação: 6271.

Portanto, as linhas de entendimento jurisprudenciais são: a primeira no sentido de que há a possibilidade de indenização moral na ruptura da relação conjugal por adultério, desde que comprovado o abalo sofrido tenha sofrido uma extensão anormal, uma situação vexatória imensa e que tenha tomado publicidade, ou a ponto de desestruturar moralmente o cônjuge que fora traído, que viola o Princípio da Afetividade, do respeito na relação. A segunda no sentido que, existindo a traição, a quebra de cláusula contratual de fidelidade, a quebra do dever conjugal, há a possibilidade de indenização moral, não sendo necessário a demonstração da publicidade e extensão imensa do dano.

CONCLUSÃO

O artigo apresentou um tema polêmico para uma sociedade considerada “Moderna”. As relações sociais alteram-se, bem como os costumes. De uma percepção tradicional, histórica, nas relações conjugais a mulher foi por muito tempo considerada como propriedade do marido.

Atualmente, no casamento, não há distinção nos deveres familiares, tanto os homens quanto as mulheres têm a obrigação de manter a família e os filhos, a mulher conquistou mais direitos perante a sociedade, e passou a ser parceira do seu cônjuge.

No que tange o conceito de família, houve uma extensão, para se adequar a atualidade, principalmente pelo fato de o casamento homoafetivo ter todos os direitos de qualquer outra união, bem como, a possibilidade de haver inúmeros tipos de entidades familiares, e destas entidades, por conseguinte, ter obrigações e deveres Conjugais.

Estudou-se, no presente trabalho, que, quando há a quebra dos deveres conjugais disposto no art. 1566 do Código Civil, há a possibilidade de ensejar o divórcio, bem como, há outras consequências, tais como, a possibilidade de indenização moral, quando houver a violação da fidelidade recíproca.

Neste sentido, havendo a violação da fidelidade, tem-se o ferimento do Princípio da Afetividade para alguns Tribunais no sentido de não ocorrer o respeito, o zelo e cuidado com o outro da relação. Constatou-se que o dano moral, é o que enseja o direito de indenizar, devendo o cônjuge traidor, reparar o dano causado ao cônjuge fiel.

Concluiu-se portanto, que com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial, é no sentido de que, há a possibilidade de indenização moral na ruptura da relação conjugal por adultério, tanto assim é verdade que inclusive há duas linhas de pensamentos sobre este tema.

A primeira linha de entendimento que fora estudado é no sentido de que há a possibilidade de indenização, desde que comprovado o dano de forma extensiva, de forma pública, que cause sofrimento, angústia, e um abalo moral sem que seja a simples insatisfação pela ruptura do relacionamento.

A segunda linha de entendimento que fora estudado, é no sentido de que não há a necessidade de demonstrar um sofrimento imenso causado pelo adultério, bastando simplesmente a demonstração de um dano moral, tendo em vista que o casamento é nada além do que um contrato, como outro contrato civil qualquer, contendo partes lícitas e objeto jurídico, e por haver uma cláusula de fidelidade recíproca, imposta pelo art. 1566 do Código Civil, em havendo uma violação desses deveres, há a possibilidade de indenizar o dano, uma vez que o próprio Código Civil dispõem do dever de reparar o dano, aquele causar a outrem.

Portanto, há a divergência jurídica e doutrinária, uma vez que não há mais dispositivo em lei, dispondo do direito de indenização ou penalidades quando haver a violação dos deveres conjugais, todavia, o entendimento doutrinário divergente dos dispositivos de lei em vigor, uma vez que, conforme visto, há a possibilidade de indenização moral na ruptura da relação conjugal por adultério, muito embora o adultério ter sido extinto após o advento lei nº 11.106/05.

O amor não é um tema apresentado nas decisões, mas o afeto e o respeito para com o outro sim, nesse sentido o Princípio da Afetividade é violado quando ocorre a traição, embora este tema é muito polêmico ainda, pois trata-se de uma questão antropológica e costumes, mas merece reflexões.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 8. ed. São Paulo: RT, 1995. t. 1.
- CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 2.
- COSTA, Carlos Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família, vol. 6**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, vol. III.** 9ª ed. Niterói: Ímpetus, 2012.
- LAGO, Lúcia Stella Ramos do. **Separação de fato entre cônjuges, efeitos pessoais.** São Paulo: Saraiva, 1989.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a constituição da república, vol III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- MADALENO, Rolf. **A infidelidade e o mito causal da separação.**
- MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões.** Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- OLTRAMARI, Fernanda e OLTRAMARI, Vitor Hugo. **In As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família.**
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume V – direito de família.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões – 2. ed.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, vol. 6,** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro.** In: TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. **Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade.** Revista IOB de Direito de Família, v. 11, n. 55, ago./set. 2009.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil, vol. 6,** 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.