



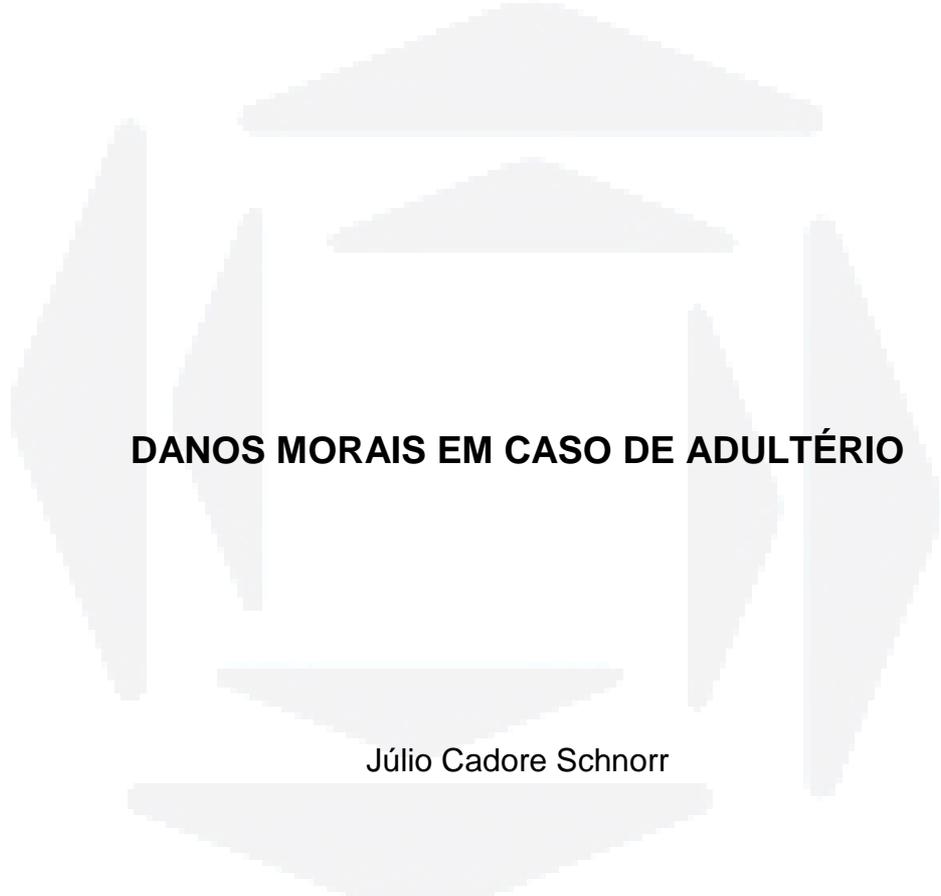
CURSO DE DIREITO

DANOS MORAIS EM CASO DE ADULTÉRIO

Júlio Cadore Schnorr

Lajeado, novembro de 2009

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO



DANOS MORAIS EM CASO DE ADULTÉRIO

Júlio Cadore Schnorr

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II - Monografia, como exigência parcial na obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Marta Luisa Piccinini

Lajeado, novembro de 2009

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Julio e Elisete, por me oportunizarem cursar a faculdade e apoiarem, desde o início, as minhas decisões enriquecendo-as com sábios conselhos e total segurança nesta minha caminhada de longos sete anos. Reconheço também os valores e as virtudes a mim transmitidos, que me tornaram uma pessoa de caráter e que, com certeza, guiarão meus passos pela vida toda.

Às minhas irmãs, Josiane e Jaqueline que, com paciência e tolerância nos momentos de estresse, colaboraram para que eu tivesse um ótimo ambiente de trabalho e, além de me auxiliarem na descontração, foram grandes parceiras de filmes e folias.

Aos meus amigos e colegas, que compartilharam das minhas angústias com os trabalhos e foram parceiros incondicionais durante todo o período da faculdade. Com certeza, nossas façanhas serão lembradas e relembradas muitas e muitas vezes.

Um agradecimento especial à minha orientadora, professora Marta Luisa Piccinini, que acolheu meu tema, e com muito profissionalismo me auxiliou de forma imprescindível na estruturação deste trabalho, depositando total confiança no meu potencial.

Agradeço, também, à colega e amiga Catiane Schardong, que me auxiliou na adequação deste trabalho dentro das normas da ABNT.

Por fim, agradeço a todas as pessoas que, de alguma forma, tiveram contato ou alguma proximidade do meu curso e colaboraram para que este momento de grande e especial conquista para mim, se tornasse realidade.





*“A verdade alivia mais do que machuca. E
estará sempre acima de qualquer falsidade
como o óleo sobre a água”.*

Miguel de Cervantes

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar os casos de reparação dos danos morais decorrentes do adultério. Em se tratando, primeiramente, de identificar o instituto da responsabilidade civil, abordará a sua evolução e desenvolvimento, suas características e pressupostos, bem como as diferenças entre a responsabilidade civil e penal, entre a responsabilidade contratual e extracontratual e entre a responsabilidade objetiva e subjetiva. Além de tratar da reparação do dano. Por conseguinte, será efetuada a mesma referência com relação ao instituto do casamento, sua natureza jurídica, características, princípios e espécies, além de discutir a união estável. E, para finalizar, tratar do assunto específico de danos morais em caso de adultério, analisar o extinto crime de adultério, o pensamento ético e religioso sobre o tema, a violação dos deveres do casamento e a possibilidade de reparação por danos morais decorrente de sua transgressão, bem como a demonstração de casos concretos decididos pelos tribunais de nosso país. Será esta uma pesquisa realizada pelo método dedutivo, partindo do geral para o específico, baseada exclusivamente numa investigação bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Danos Morais. Adultério. Responsabilidade Civil. Casamento.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
2.1 Evolução e desenvolvimento da responsabilidade civil.....	10
2.2 Responsabilidade penal e responsabilidade civil.....	13
2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	17
2.4 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	19
2.5 Responsabilidade e reparação do dano.....	22
2.6 Pressupostos da responsabilidade civil.....	25
3 O INSTITUTO DO CASAMENTO.....	27
3.1 Conceito de casamento.....	27
3.2 Natureza jurídica do casamento.....	29
3.3 Características do casamento.....	31
3.4 Princípios do direito matrimonial.....	33
3.5 Espécies.....	34
3.5.1 Civil.....	34
3.5.2 Religioso com efeitos civis.....	35
3.5.3 Por procuração.....	35
3.5.4 Nuncupativo ou in extremis.....	36
3.5.5 Putativo.....	37
3.5.6 Consular.....	38

3.5.7 De estrangeiros.....	38
3.6 A união estável.....	39
4 DANOS MORAIS EM CASO DE ADULTÉRIO.....	42
4.1 O extinto crime de adultério.....	42
4.2 O adultério e o pensamento religioso.....	44
4.3 Violação dos deveres do casamento.....	45
4.4 O dano moral e a possibilidade de reparação.....	48
4.5 Entendimento dos tribunais.....	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.106/05, desde o dia 29 de março de 2005, o adultério deixou de ser considerado um crime, conforme previa o art. 240 do Código Penal Brasileiro, no entanto, mesmo não se tratando mais um crime, o adultério continua sendo motivo de várias demandas nos tribunais de nosso país, visto que várias ações na justiça surgem com o pedido de reparação por danos morais, pelas vítimas de adultério.

No entanto, o assunto ainda é recente e a jurisprudência, além da doutrina, ainda não adotaram uma opinião uniforme a respeito do tema, tornando-o assim, um assunto polêmico.

A opção pelo tema decorreu justamente da verificação da polêmica do mesmo na mídia, tendo o assunto abordado em matérias, e como decorrência, grande número de artigos publicados na internet, com relação a casos concretos ou através de opiniões das mas divergentes possíveis.

O trabalho que segue, tratará, da análise sumária dos institutos que envolvem a matéria, com a finalidade de, ao final, tecer considerações acerca da possibilidade de reparação dos danos morais em caso de adultério.

O trabalho, inicialmente, fará uma abordagem sobre o instituto da responsabilidade civil, sua evolução e desenvolvimento, os seus pressupostos, as diferenças entre a responsabilidade penal e civil, entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, e ainda, visa a

reparação do dano.

O terceiro capítulo trata do instituto do casamento, seu conceito, sua natureza jurídica, características e princípios que envolvem o direito matrimonial, deveres atribuídos aos cônjuges, bem como suas espécies. Ao final, a caracterização do advento da união estável equiparada ao casamento.

Para finalizar, serão tratados os casos de danos morais em decorrência de adultério, a (im) possibilidade de reparação, com uma breve abordagem sobre o extinto crime de adultério, o pensamento religioso sobre o assunto, a violação dos deveres do casamento, bem como a possibilidade de reparação por danos morais, finalizando com a demonstração do entendimento jurisprudencial nos casos concretos.

Este trabalho monográfico, de compilação teórica, foi realizado através do método dedutivo. Segundo Mezzaroba e Monteiro (2004, p. 65), trata-se de um método que “parte de argumentos gerais para argumentos particulares”, e neste trabalho é baseado no estudo da doutrina, jurisprudência, legislação, artigos e sites especializados.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Este capítulo apresenta uma abordagem geral sobre o Instituto da Responsabilidade Civil, tratando de suas principais características como a evolução e o desenvolvimento e suas diversas formas, dentre elas, a responsabilidade penal, a responsabilidade contratual e extracontratual, a objetiva e a subjetiva e a reparação do dano.

2.1 Evolução e desenvolvimento da responsabilidade civil

A ordem jurídica tem como objetivo tutelar as condutas do homem, regando de forma positiva sua vida, de forma a tornar as coisas justas, e assim, criar sanções para quem não se portar de acordo com o ideal para com o próximo.

O instituto da responsabilidade civil, em síntese, aplica-se quando uma pessoa, em qualquer situação, deve arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio jurídico danoso. Dessa forma, qualquer atividade humana, sendo considerada “ato ilícito”, gera o dever de indenizar, conforme prevê o art. 927 do Código Civil Brasileiro.

De acordo com Cavalieri Filho (2007), o dever jurídico do homem é a sua conduta externa imposta pelo Direito Positivo para atender as exigências sociais, essa norma criada não é apenas um simples conselho, advertência ou recomendação, mas sim uma ordem dirigida aos indivíduos, com reais obrigações. Esses deveres podem ser positivos, de dar ou fazer, ou negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa.

O autor ainda ressalta que há uma distinção entre obrigação e responsabilidade:

“*Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 2).

Assim sendo, todo o indivíduo que pertence a uma determinada sociedade está sujeito, ou seja, torna-se obrigado a obedecer às suas normas, a partir do momento em que ele deixa de observá-las, tendo de arcar com suas conseqüências, pois é responsável pelos seus atos.

Segundo Aguiar Dias (2006), responsabilidade exprime a ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência. A responsabilidade tem repercussão obrigacional na atividade do homem, e como estas atividades são inúmeras, podemos concluir também que são inúmeras as espécies de responsabilidade.

A necessidade por normas que coordenem as atividades do homem é antiga e vem evoluindo com o passar dos anos e, de acordo com as novas necessidades que a modernidade nos traz, assim como evoluímos surgem também novos problemas a serem regrados, e conseqüentemente novas modalidades de responsabilidade civil.

Pereira (2001) nos dá uma noção mais histórica da responsabilidade civil, dizendo que há vestígios sobre o tema nos mais antigos monumentos legislativos encontrados, como por exemplo, no Código de Hamurabi, em que aparece uma idéia de punir o dano, impondo contra o causador um sofrimento igual. Porém, não obstante todas as fontes antigas de direito a que temos acesso, é no direito Romano que temos nossa maior influência, afinal é a partir dele que foram criados os sistemas que nesses dois mil anos regeram as civilizações cristãs.

Segundo o autor, a maior fonte Romana em termos de conceitos sobre Responsabilidade Civil, é com a *Lex Aquilia*, que não tem data certa, sabendo-se

apenas que vem dos tempos da República. Foi um marco tão significativo que é a ela que se atribui o surgimento do elemento “culpa”, como determinante na reparação do dano.

Pereira (2001) cita ainda a Lei de Talião como fonte da responsabilidade civil, nela prevalecia a premissa da equivalência, punindo o mal com o mal, buscava-se a composição entre a vítima e ofensor de forma extrema. Então, quebrado o braço da vítima, o mesmo se dava com o causador do dano.

Pode-se ver assim que a intenção de responsabilizar o indivíduo por seus atos é antiga e vem evoluindo de acordo com as novas necessidades apresentadas ao homem.

De acordo com Aguiar Dias (2006), o tempo, o progresso e o desenvolvimento de novas atividades requer o acompanhamento de regras que estejam à altura do seu tempo. Nem sempre os legisladores podem fazê-lo, pois as normas também têm de apresentar uma certa estabilidade, porém, dentro do possível, essas normas têm de estar de acordo com as novas exigências da prática, mantendo o sentido de justiça.

Assim, os legisladores têm a missão de acompanhar o progresso da sociedade e ver o surgimento de novas modalidades de responsabilidade civil, tentando adequar as normas velhas ou criando novas a fim de manter a ordem entre os homens, neste caso, deixando claro quem é o responsável por reparar tal dano em caso de não cumprimento de uma obrigação.

Nas palavras de Stoco (2004), um termo para definir responsabilidade pode ser tirado da própria origem da palavra, que vem do latim: *responde*, ou seja, responder por alguma coisa, ou por um dano causado a outrem, reparar seus atos danosos.

O autor ainda ressalta que esta imposição feita ao homem para que responda por seus atos é reflexo da própria sociedade em que vive, bem como a noção de justiça que existe dentro do grupo.

Segundo Cavalieri Filho (2007), a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, nascendo assim o direito de indenizar, buscando fazer com que o lesado volte

à mesma situação em que se encontrava antes de ocorrer este ato ilícito, ou pelo menos, o mais próximo possível.

Nem sempre é possível reparar totalmente o dano causado, porém essa é a missão do legislador, fazer com que o responsável repare o dano da forma mais justa possível, sofrendo as devidas sanções. A indenização mede-se pela extensão do dano, conforme prega o art. 944 do Código Civil.

Stoco (2004), conclui que responsabilidade é, portanto, o resultado da ação praticada pelo homem diante das obrigações a que está exposto, se as observa não se fala em responsabilidade, pois está agindo de acordo com o convencionado. Então, o que realmente interessa é o momento em que o homem não cumpre com suas obrigações na sociedade, tornando possível buscar sua responsabilização perante o não-cumprimento de determinada norma.

Para Pereira (2001), a responsabilidade civil trata da relação entre uma reparação abstrata de dano e um sujeito passivo que nasce com a relação jurídica, é a reparação do dano por parte de um causador, ou responsável. Não importando se há no caso como fundamento a culpa ou não, importando apenas a existência de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, surgindo assim a responsabilidade civil.

Já Stoco (2004), conclui que a responsabilidade civil é a obrigação de um sujeito jurídico ou físico, de reparar um dano causado a outrem, sendo este dano causado pela violação de uma norma jurídica existente ou em uma conduta implícita imposta pela sociedade.

2.2 Responsabilidade penal e responsabilidade civil

Temos ainda em nosso ordenamento jurídico, além da responsabilidade civil, a responsabilidade penal, elas se diferenciam, porém, podem também coincidir em um mesmo caso.

Em uma definição de Salomão (2009), a responsabilidade penal está relacionada aos crimes mais graves e cuida da sociedade como um todo, e no caso

de responsabilidade penal, ocorrerá a aplicação de uma pena pessoal e intransferível ao causador do fato, o que se objetiva neste caso é a reparação da ordem social e punição. Já na responsabilidade civil, o dano ocorre com a transgressão de um direito tutelado, sem que tenha ocorrido um crime e que será remediado com a reparação do dano ou recomposição do estado em que a vítima se encontrava antes do fato.

Aguiar Dias (2006), define a responsabilidade penal como sendo a contravenção de uma norma pronunciada pelo órgão jurisdicional estatal, em que o sujeito se enquadra na posição de imputabilidade pela lei genericamente requerida, sendo assim, obrigado a sofrer com as consequências de um fato como seu autor, esta imputabilidade quando afirmada em acusação concreta, é a imputação, declarada como efetiva e real e constitui a responsabilidade.

Para o autor, a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal está justamente na distinção entre o direito civil e o direito penal. Na responsabilidade civil não se cogita, como na penal, em verificar se o agente causador do dano ameaçou a ordem social.

Outro renomado autor, Cavalieri Filho (2007), afirma que a ilicitude penal e a ilicitude civil se diferenciam no ponto em que a penal diz respeito ao interesse Público, ou seja, quando a ilicitude fere uma norma de Direito Público, se fala em responsabilidade penal, de outro lado, fala-se em responsabilidade civil quando a ilicitude viola uma norma de Direito Privado. O que separa as ilicitudes penais e civis são critérios de convenção e de oportunidade, adotados conforme as necessidades da sociedade e do Estado e sendo ainda adequadas ao tempo e ao espaço.

Segundo Stoco (2004), a responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, caracterizada pela violação de uma norma penal, a lei estabelece as situações em que é cabível a responsabilidade penal, elencando os atos prejudiciais à paz social, embora atinja muitas vezes só um indivíduo, e as devidas punições aos sujeitos que não observarem as regras de conduta, sabendo esse que será inquietado e terá problemas em caso de praticar certos atos, sofrendo a devida ação repressora.

Nisso se distingue da responsabilidade civil, pois a norma apenas diz respeito ao Direito Privado, e somente o agente causador será punido em caso de interesse do lesado. Essa punição será em forma de reparação de dano, bem diferente de uma punição por responsabilidade penal em que o autor do fato pode até ser preso e no caso da responsabilidade civil vai se buscar uma reparação da forma mais justa possível, apenas para que o lesado volte à mesma situação em que estava antes do dano, se isto for possível.

Apesar de distintas, muitas vezes a responsabilidade penal e a responsabilidade civil vão aparecer juntas em um mesmo caso, como por exemplo num acidente de trânsito em que o culpado dirigia bêbado e acaba por matar o outro condutor, neste caso ele irá sofrer as devidas sanções penais que serão mais graves, como a possível prisão, ação que será ajuizada pelo ente público, devido ao interesse de que isto não aconteça com outras pessoas da sociedade, e buscará a condenação por uma pena já fixada por lei. Além disso, terá também de reparar os danos materiais e morais causados à vítima e à sua família, ação esta que será privada, ajuizada pela família da vítima, buscando cobrar o que acharem de seu direito.

Em uma conclusão de Aguiar Dias (2006), quando a responsabilidade civil e a responsabilidade penal coincidem, proporcionando as respectivas ações, uma é exercida pelo poder público, ou seja, é do interesse da sociedade, e busca a punição do culpado, e outra é exercida pela vítima, buscando a reparação do dano.

O renomado estudioso Stoco (2004), ainda acrescenta que o Direito Penal tem como função proteger a sociedade, combatendo a criminalidade, buscando o equilíbrio e pacificação entre as pessoas, objetiva a repressão e prevenção dos crimes resguardando a sociedade como um todo, e protegendo a vida, integridade física, moral e econômica do indivíduo. Já o Direito Civil busca proteger as relações entre os indivíduos, tendo como princípios norteadores a ética, a moral e os bons costumes.

O Código Civil de 2002 faz menção ao tema no art. 935:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Quando acontece um caso em que estão presentes ambas as responsabilidades, civil e penal, a civil sofre com grande influência da penal, tanto para condenar como para absolver o sujeito a quem foi imputada a responsabilidade, como pode-se observar em diversas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A sentença penal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar. Em sendo objetiva a responsabilidade civil do transportador (art. 14, §3º, I e II, do CDC), ela somente pode ser afastada ou mitigada quando demonstrada a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, ou, ainda, se verificadas as hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou fato imputável a terceiro, sendo que aqui não se verifica quaisquer dessas excludentes, razão pela qual impõe-se reconhecer o dever do réu de indenizar. É de ser mantido o quantum indenizatório estabelecido a título de danos morais e pensão mensal, por se mostrar razoável e adequado à espécie, além do que se encontra dentro dos parâmetros adotados por esta Câmara para casos semelhantes ao sub judice. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70028122968, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 19/08/2009);

EMENTA: REONSABILIDADE CIVIL. HOMICIDIO. MANDATO. CONSIDERANDO QUE O REU, LEVADO A JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JURI TEVE ACOLHIDA A TESE DA 'NEGATIVA DE AUTORIA', ERA CASO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO INICIAL. A DECLARACAO DO RECONHECIMENTO DE FALTA DE AUTORIA DO DELITO CONDUZEM A ABSOLVICAO DA ACAO INDENIZATORIA POR DANOS DECORRENTES DO ILICITO PENAL. REQUERIMENTO DOS AUTORES E CONCORDANCIA DO MINISTERIO PUBLICO PARA EXTINCAO DA DEMANDA. AO JUIZO NAO E DADO QUESTIONAMENTO PESSOAL E IMPARCIAL PARA PRETENDER O DESENVOLVIMENTO DA DEMANDA SEM QUE AS PARTES TENHAM INTERESSE NO FEITO. AGRAVO PROVIDO. ACAO EXTINTA. (Agravo de Instrumento Nº 70003293495, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 29/11/2001).

Para Cavalieri Filho (2007), a maior gravidade do ilícito penal, e o interesse público diante da punição dessa ilicitude, é justamente o motivo pelo qual a sentença condenatória penal faz coisa julgada no cível. O ilícito cível, de menor gravidade não faz necessária a severidade de uma pena criminal, bastando apenas a reparação do dano, que é de interesse privado do lesado.

Stoco (2004), acrescenta que segundo o entendimento clássico da doutrina e da jurisprudência, quando ocorrer a absolvição do autor do fato na esfera cível, deve-se observar a interdependência das jurisdições, assim a decisão só terá influência no cível no que diz respeito à materialidade e autoria, que é comum às

duas jurisdições. Além disso, é preciso ressaltar, segundo o autor, que a ação penal suspende o prazo prescricional da ação cível.

2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

Venosa (2007), nos ensina que a questão nessa matéria é justamente verificar se o ato danoso ocorreu de uma obrigação preexistente, firmada por um contrato, ou apenas de um negócio jurídico unilateral, extracontratual. Muitas vezes fica difícil verificar a existência ou não de um contrato, pois as responsabilidades contratuais e extracontratuais se interpenetram e ontologicamente não têm distinção, pois quem não observa a um dever de conduta está obrigado independentemente de contrato a ressarcir o dano.

Segundo Stoco (2004) o Código Civil de 2002 distinguiu responsabilidade contratual ao disciplinar os defeitos do negócio jurídico em seus artigos 166 e 184, e extracontratual ao conceituar o ato ilícito em seu artigo 186.

Veja o que dizem os supracitados artigos do Código Civi de 2002:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Rui Stoco (2004) complementa que, embora diferenciadas, deve-se ter em mente que a responsabilidade contratual e a extracontratual seguem os mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade é una.

De acordo com outro renomado autor, Pereira (2001), o comportamento dos indivíduos não é apenas pautado em lei, mas também em outras manifestações ou situações que obrigam da mesma forma o homem para com o próximo. A responsabilidade pode partir da violação de regras criadas pelo Estado, através dos órgãos competentes, com direitos previamente estabelecidos, pode partir da violação da vontade de um indivíduo, ou ainda da violação de um contrato previamente estabelecido.

Diniz (2005), nos ensina ainda que o descumprimento de um contrato pode em alguns casos gerar além de danos materiais, danos morais, se provado que o agente deu causa a quebra do contrato de forma culposa ou dolosa, dependendo das circunstâncias de cada caso. O dano moral neste caso é considerado indireto, já que ocorre por lesão a um interesse patrimonial, trazendo contrariedade e inquietude ao credor, principalmente se o objeto do contrato tiver valor estimativo.

Para Cavalieri Filho (2007), quem viola um dever jurídico, fica obrigado a indenizar, esse dever pode ter como fonte uma relação jurídica preexistente, ou seja, um contrato entre as partes, ou ter como fonte um direito preestabelecido por Lei, ou ainda, um preceito geral de Direito.

O autor ainda complementa que em nosso sistema jurídico a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque, mas sim há uma verdadeira junção entre estes dois tipos de responsabilidade, sendo que as regras previstas no Código Civil para a responsabilidade contratual, mais especificamente os artigos 393, 402 e 403, são as mesmas usadas para a responsabilidade extracontratual.

Outro renomado autor: Aguiar Dias (2006), define a responsabilidade contratual como sendo aquela oriunda de um contrato válido firmado entre o responsável e a vítima, ou seja, é composta por três elementos: a existência de um contrato; sua validade; e a estipulação do contrato entre as partes que se tornarão vítima e responsável.

Sobre a responsabilidade extracontratual, Aguiar Dias (2006), caracteriza dizendo que ela se assenta no princípio da culpa, e obedece a princípios fundamentais, que estão condensados nos artigos 186 e 188 do Código Civil de 2002, assim, devem ser consideradas as noções de ato ilícito, limites do ato ilícito, e a reparabilidade do dano.

Nas palavras de Cavalieri Filho:

“Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima exista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto”. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 15).

Pereira (2001), sobressalta que a maior diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual está no campo das provas, pois na extracontratual a vítima tem de demonstrar a existência de todos os elementos para caracterizar a culpa, enquanto que na contratual a culpa já fica estabelecida pela quebra do contrato, na hipótese em que um dos contratantes desvia daquilo que foi previamente pactuado.

Em uma conclusão, Venosa (2007) ressalta que apesar de a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual possuírem princípios diferentes, não existe na realidade uma diferença entre elas, devendo-se concluir por uma visão unitária da responsabilidade civil. O fundamental é ficar firme de que o instituto da responsabilidade em geral compreende todas as regras com base nas quais o autor de um dano fica obrigado a indenizar.

2.4 responsabilidade objetiva e subjetiva

A responsabilidade objetiva e a subjetiva se diferenciam, segundo Diniz (2005), no ponto em que a responsabilidade objetiva baseia o seu dever de reparação no risco, enquanto que a responsabilidade subjetiva baseia o seu dever de reparação na culpa.

Aguiar Dias (2006) complementa dizendo que no sistema da responsabilidade subjetiva, não ocorrendo culpa ou ela sendo artificialmente criada, não se fala em responsabilidade, ao passo que no sistema da responsabilidade objetiva, responde-se sem culpa.

Neste sentido podemos observar as decisões do Tribunal do Rio Grande do Sul com relação à responsabilidade objetiva e subjetiva:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE BAGAGEM. DEVOLUÇÃO APÓS TRÊS DIAS. BAGAGEM VIOLADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA, BEM COMO FACE À COERÊNCIA DOS OBJETOS TRAZIDOS E A RAZOABILIDADE DOS VALORES APRESENTADOS. "A recorrente, pela natureza da atividade que exerce, responde objetivamente pelos danos que causar. A responsabilidade objetiva decorre da obrigação de eficiência dos serviços, sendo que o art. 37, §6º, da Constituição Federal estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos. Além disso, a relação é de consumo, incidindo na espécie o art. 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, em face da prestação defeituosa do serviço. Desta forma, não tendo logrado êxito em comprovar a ocorrência de excludente de responsabilidade, deve a ré/recorrente ressarcir os danos absorvidos pela autora. Danos morais configurados, uma vez que é relevante o dissabor experimentado com o extravio de bagagens, com toda sorte de utensílios pessoais. Quantum indenizatório fixado no valor de R\$ 1.000,00, pois, ainda que com atraso, as malas foram entregues ao autor. Tendo em vista o princípio da boa-fé, entendo como comprovados os prejuízos materiais sofridos pelo autor, eis que foram minuciosamente discriminados na peça inicial (fl. 05, totalizando R\$ 1.048), guardando coerência com objetos trazidos de uma viagem ao exterior. Portanto, entendo que o autor logrou comprovar o fato constitutivo do seu direito, como preceitua o art. 333, I, do CPC. Sentença reformada. Recurso provido. (Recurso Cível Nº 71002236503, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 17/09/2009);

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. ÓBITO DE AGENTE PENITENCIÁRIO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO, QUANDO DA CONDUÇÃO DE PRESIDIÁRIOS. RECURSO DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À VIÚVA E AOS DOIS FILHOS DO FALECIDO QUE SE MANTÉM, TENDO EM VISTA A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE EXSURGE DA PROVA COLIGIDA AOS AUTOS. PENSIONAMENTO AOS AUTORES QUE SE MANTÉM, TENDO EM VISTA O CASO CONCRETO, MORMENTE EM SE TRATANDO DE VERBAS DE ORIGENS E JUSTIFICATIVAS DISTINTAS. PRECEDENTES. RECURSO DOS AUTORES. O TERMO A QUO DOS JUROS MORATÓRIOS É A DATA DO JULGAMENTO, EM SE TRATANDO DE DANOS MORAIS. PRECEDENTES DO COLEGIADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS BEM ARBITRADA NA SENTENÇA (R\$ 150.000,00), COM DESTAQUE PARA O FATO DE TER O DE CUJUS DEIXADO A VIÚVA E DOIS FILHOS, OS QUAIS DEPENDIAM DO MESMO. RECURSOS DE APELAÇÃO DESPROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Cível

Nº 70027369917, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 16/09/2009).

Segundo Venosa (2007), a noção de culpa presumida, criada sob o prisma do dever genérico de não prejudicar, é que fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, que pode ser vista várias vezes na Lei quando é desconsiderada a culpabilidade, embora não possa ser confundida responsabilidade objetiva com culpa presumida.

De acordo com Venosa (2007), assim foi criada a teoria do risco, que sustenta que o sujeito responsável pelos riscos ou perigos criados na sua busca por benefícios e vantagens, mesmo que tente evitar o dano, é enquadrado na hipótese da responsabilidade objetiva.

Já com relação à teoria da responsabilidade subjetiva, define Pereira (2001, p. 30): “a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o *comportamento culposos* do agente, ou simplesmente a sua *culpa*, abrangendo no seu contexto a *culpa propriamente dita* e o *dolo do agente*”.

O autor ainda destaca que nesta teoria o que se sobressai com relação aos conceitos e considerações é a figura do *ato ilícito*, com todas as suas características próprias, sua estrutura, requisitos, efeitos e elementos.

Outro renomado estudioso Cavalieri Filho (2007), nos ensina que é importante lembrar que quando se fala em culpa na teoria da responsabilidade subjetiva, está sendo usado o sentido amplo, *latu sensu*, da palavra, para indicar tanto a culpa *stricto sensu*, como o dolo. É essa culpa que é usada como principal pressuposto da responsabilidade civil objetiva.

Cavalieri Filho (2007) complementa dizendo que com a evolução das sociedades, foi ficando complicado em muitos casos, de se provar justamente essa culpa necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva, daí o surgimento da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco, sem culpa, que acabou sendo adotada pela Lei.

Portanto, o que se pode concluir é que a responsabilidade subjetiva nasceu primeiro, e condena um sujeito responsável com base na sua culpa, já a responsabilidade objetiva é posterior, decorrente das necessidades geradas pela evolução do homem, e condena um sujeito responsável com base no risco que assume na execução de determinada atividade.

Nos dias de hoje vigoram as duas responsabilidades, objetiva e subjetiva, conforme prevê o Código Civil em seu art. 927:

“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”.

Porém, como regra é usada a responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927.

Na teoria do risco, adotada pelo Código Civil, ensina Venosa (2007, p. 9): “leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados”.

2.5 Responsabilidade e reparação do dano

A reparação do dano é necessária para que se mantenha o equilíbrio dentro de uma sociedade, passando aos indivíduos maior segurança, que foi comprometida pela vida moderna, assim nos ensina Aguiar Dias (2006).

Acrescenta ainda o autor (2006, p. 25) que: “Para realizar a finalidade primordial de restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível os efeitos do dano sofrido, tem-se o direito empenhado extremamente em todos os tempos”.

Numa visão de Stoco (2004), não existe responsabilidade sem prejuízo, ou seja, dano. Este dano é elemento indispensável à responsabilização do agente, independentemente de ter sido gerado por ato ilícito, ou quebra contratual, ou ainda

em se tratando de responsabilidade subjetiva ou objetiva, o que realmente importa é identificar o responsável pelo dano e buscar a reparação.

Nesta parte se difere do Direito Penal, pois no âmbito Penal nem sempre é necessário que tenha ocorrido um dano para se estabelecer a punibilidade do agente.

Como diz o art. 944 do Código Civil de 2002: “A indenização mede-se pela extensão do dano”, ou seja, a reparação do dano deve se estender aos prejuízos causados e o lucro que a vítima deixou de obter durante o período do prejuízo, porém deve-se tomar cuidado para que a reparação do dano não se converta em fonte de enriquecimento da vítima, nem causa de ruína de quem deve reparar. Também não pode ser muito insignificante a ponto de não satisfazer o ofendido. Afinal, a função da reparação é punir o causador, para que não cometa novamente o dano, e compensar o lesado, a fim de que não continue prejudicado. (STOCO, 2004).

Venosa (2007) reforça esse ponto dizendo que o juiz, ao julgar, deve levar em consideração também as condições financeiras das partes, em todos os casos o bom senso deve reger as decisões.

Portando, em alguns casos, o juiz terá a missão de fazer um verdadeiro equilíbrio entre as condições da vítima e do responsável, a fim de não lesar significativamente uma das partes.

Assim podemos observar no entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARACAO DE DANO. CONFIGURACAO. INSCRICAO NO SPC. DANO MORAL. INOCORRENCIA DE INJURIA E CALUNIA. AINDA QUE A CONDUTA CULPOSA POR PARTE DA RE RESTE SOBEJAMENTE PROVADA, PELAS COBRANCAS INDEVIDAS QUE FAZIA E INJUSTA INSCRICAO NO SPC, NAO SE TRATA DE INJURIA OU CALUNIA, POIS NAO FOI A AUTORA HUMILHADA, OFENDIDA, RIDICULARIZADA, OU IMPUTADO A ELA, FALSAMENTE, FATO DEFINIDO COMO CRIME, POR ISSO INAPLICAVEL O DISPOSTO NO ARTIGO 1.547, DO CODIGO CIVIL. PARA FIXAR-SE O VALOR DA INDENIZACAO, DEVE-SE LEVAR EM CONTA AS CIRCUNSTANCIAS DO CASO, A GRAVIDADE DA LESAO, AS CONDICOES ECONOMICAS DA PARTE LESADA, SEU CONCEITO SOCIAL E A PROFISSAO EXERCIDA; CONDICOES FINANCEIRAS DO OFENSOR, SEU POTENCIAL ECONOMICO, SEM, CONTUDO, DEIXAR DE APRECIAR O OBJETIVO DA REPARACAO CIVIL, QUE E

ATENUACAO DO DANO SOFRIDO E O SANCIONAMENTO DO OFENSOR, A FIM DE QUE NAO VOLTE A PRATICAR ATOS LESIVOS SEMELHANTES CONTRA OUTREM. APELO DO REU PARCIALMENTE PROVIDO. IMPROVIDO O DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 598181741, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Bencke, Julgado em 08/10/1998).

De acordo com Pereira (2001), a primeira regra para a reparação do dano é para que seja em espécie, mediante a entrega de uma coisa, prestação de um fato, ou desfazer algo que não deveria ter feito. Dependendo da natureza do dano, esta reparação em espécie nem sempre é possível, ou por vezes se torna até inviável, como por exemplo, no caso de a vítima perder um membro do corpo, como um braço, ou ainda no caso de ser destruído um objeto insubstituível como um quadro de Da Vinci.

No caso de não ser possível a reparação em espécie, o devedor responde com seus bens, dentro dos limites estabelecidos em Lei, reparando o dano geralmente através de prestação pecuniária.

Venosa (2007) nos fala que o prejudicado pode inclusive provar que sofreu um dano sem dar valoração a este, que pode depender de questões a serem comprovadas na liquidação da sentença quando o juiz determinará o valor a ser pago.

O autor complementa dizendo que a liquidação é o ponto em que se torna real e efetiva a reparação do dano para a vítima, ou seja, é o ponto culminante da ação. Neste ponto serão avaliados os danos materiais e danos morais dentro dos princípios criados pela Lei.

Segundo Venosa (2007), a regra geral é de que a indenização deve ter como base o grau, ou nível, do dano causado, e não no nível de culpa que tem o responsável.

Conclui Diniz (2005, p. 131): “Se se caracterizar a responsabilidade, o agente deverá ressarcir o prejuízo, experimentado pela vítima. Desse modo fica fácil perceber que o primordial efeito da responsabilidade civil é a reparação do dano, que o ordenamento jurídico impõe ao agente”.

2.6 Pressupostos da responsabilidade civil

Segundo Diniz (2005), é difícil caracterizar os pressupostos necessários a configuração da responsabilidade civil, porém podemos destacá-los como sendo a ação, o dano, e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.

Com relação à ação, Diniz define da seguinte forma:

“A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados. (DINIZ, 2005, p. 43)”.

Já com relação ao dano, Diniz (2005, p. 63) define: “O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo”.

Para Dias (2006) o dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. É unânime entre os autores que sem ele não haverá responsabilidade e ele poderá ser de ordem patrimonial e moral e a distinção entre eles decorre do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial, como dano moral em resultado de ofensa a bem material.

Para concluir, Diniz (2005) nos ensina que não se pode falar em responsabilidade civil se não ocorrer uma relação entre a ação e o dano, esta relação é chamada de nexo causal, devendo o fato lesivo ser oriundo da ação, tem de se verificar se o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

Britto (2004) diz que a ação, ou em suas palavras, a conduta humana, é a conduta do agente de forma culposa ou dolosa, que acarreta em um dano à vítima, ficando pendente de reparação.

A respeito do dano, Britto (2004, texto digital) destaca: “Para que a conduta humana acarrete a responsabilidade civil do agente, é imprescindível a comprovação do dano dela decorrente. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado”.

E Britto (2004, texto digital) conclui a respeito do nexó de causalidade: “A despeito da existência do dano, se sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, não haverá que se falar em relação de causalidade e, via de consequência, em obrigação de indenizar”.

Após abordarmos o instituto da responsabilidade civil, trataremos no seguinte capítulo sobre o casamento em suas diversas formas, as responsabilidades advindas do matrimônio e se estas se aplicam às uniões estáveis.



3 O INSTITUTO DO CASAMENTO

O terceiro capítulo trata de dar maior especificação a respeito do que vem a ser o casamento, a sua conceituação, sua natureza jurídica, sua caracterização e os princípios que envolvem o direito matrimonial, bem como as diferenças entre o casamento civil e o casamento religioso. Traz ainda caracterização do instituto que é a união estável e suas premissas.

3.1 Conceito de casamento

O Casamento é um evento que pode ser realizada tanto religiosamente, na igreja, como formalmente, em cartório. Algumas pessoas preferem casar só no cartório sem fazer muito alarde de sua união evitando assim também muitos gastos mas, o certo é que ambos criam vínculos entre os cônjuges.

Antes da realização do ato, os noivos escolhem o regime em que o casamento será enquadrado, ele pode ser firmado através da comunhão parcial dos bens, comunhão universal de bens, separação total de bens, ou ainda participação final nos aquestos. (Diniz, 2005).

Segundo Diniz (2005, p. 35): “É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições do direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade”.

A autora complementa que o casamento é a base moral, social e cultural do país. O vínculo jurídico criado entre homem e mulher pelo casamento busca auxílio

mútuo material e espiritual, e tem como seu objetivo principal a formação de uma família. Não se trata assim o matrimônio apenas de uma formalização ou legalização da união sexual.

Na visão de outro estudioso do assunto:

“o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por eles suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão da vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer” (WETTER, 1956 apud DINIZ, 2007, p. 36).

Para Diniz (2005), dentre os fins do matrimônio temos a instituição da família matrimonial; a procriação dos filhos, que é consequência, porém não é essencial ao casamento; a legalização das relações sexuais entre os cônjuges; a prestação do auxílio mútuo, que surge com o convívio entre os dois; o estabelecimento de deveres, patrimoniais ou não entre os cônjuges; a educação da possível prole; e a atribuição do nome ao cônjuge e aos filhos.

Conforme o novo Código Civil, qualquer um dos cônjuges pode acrescentar ao seu nome o sobrenome do outro:

“Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º [...]”.

Para Filomusi-Guelfi (1917, apud Diniz, 2007, p. 38): “não é a procriação dos filhos a única finalidade do casamento, nem mesmo a purificação dos prazeres sexuais, mas a realização da união mais perfeita entre o homem e a mulher em todas as várias esferas dentro das quais se cumpre o destino humano”.

De acordo com Dias (2005), com o casamento presume-se a formação de uma família, com a criação de filhos, e relação entre os parentes dos cônjuges, esta relação entre as famílias dos cônjuges permanecerá mesmo que acabe o casamento, principalmente em caso de o casal ter filhos.

Segundo a autora, o casamento altera o estado civil dos cônjuges de solteiros para casados, e este novo estado civil identifica os mesmos perante a sociedade,

representando a situação jurídica a que estarão os cônjuges atrelados nas futuras relações com a sociedade, principalmente no tocante aos bens que pertencem ao casal.

Nas palavras de Dias (2005, p. 250): “O casamento estabelece comunhão plena de vida, adquirindo os cônjuges a condição de consortes, companheiros, e responsáveis pelos encargos da família”.

Veja o que nos diz o Novo Código Civil: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Venosa conceitua o casamento da seguinte forma:

“O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc.” (VENOSA, 2003, p. 40).

Venosa (2003) ressalta que as definições sobre o casamento são diversas, não ocorrendo uniformidade nas legislações e na doutrina. Porém estas definições, no geral, levam bem mais em conta a relação jurídica gerada para os cônjuges do que a celebração.

3.2 Natureza jurídica do casamento

A natureza jurídica do casamento tem várias opiniões doutrinárias. Conforme nos ensina Venosa (2003, p. 40): “Para o Direito Canônico, o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana”.

O autor complementa que desde o surgimento do casamento no direito civil, as opiniões se concentram a caracterizá-lo como uma relação contratual, porém existem algumas poucas opiniões que o caracterizam como uma instituição.

Venosa (2003) ressalta que o a união entre homens e mulheres faz parte da natureza do homem, e é muita mais antiga do que o ordenamento jurídico. Porém,

pode-se caracterizar o casamento como um negócio jurídico bilateral, pois trata de um acordo entre duas pessoas que gera efeitos jurídicos.

O autor ainda ensina que, se olharmos para o casamento como função que acaba exercendo na vida comum, de reciprocidade entre o casal e criação e educação dos filhos, pode-se constatar seu aspecto institucional, mais sociológico que o jurídico.

Conclui Venosa (2003, p. 41): “Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”.

Já nas palavras de Dias:

“as divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejaram o surgimento de três correntes: (a) a doutrina individualista, influenciada pelo direito canônico, que vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente institucional, que destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e a terceira corrente doutrinária chamada (c) eclética, que vê o casamento como um ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo” (DIAS, 2005, p.144).

A autora ressalta que independente da discussão a respeito da natureza do casamento, as pessoas são livres para casar e quando o fazem então sujeitas às obrigações elencadas pela Lei com os direitos e deveres dos cônjuges, e que ocorrem independente da sua vontade. Em face destas regras que os cônjuges aderem com o matrimônio por determinação legal, mesmo não sendo de sua vontade, faz com que muitos estudiosos do direito considerem o casamento uma instituição.

Assim, ressalta Dias (2005, p. 145): “quase se poderia dizer que o casamento é um contrato de adesão, pois efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei”.

Segundo a autora não se pode também definir o casamento como um instituto exclusivamente de ordem obrigacional, pois sua natureza não pode explicada totalmente com os pressupostos dos contratos de direito privado, sendo um negócio jurídico bilateral que não está afeito a teoria dos atos jurídicos. O casamento é

regido pelo direito de família, e poderia ser definido como um negócio de direito de família.

Para Dias (2005, p. 146): “O casamento, além de estabelecer a sociedade conjugal, procede à alteração do estado civil dos cônjuges, assim como gera dois vínculos: (a) vínculo conjugal entre os cônjuges; (b) vínculo de parentesco por afinidade, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro”.

Outra renomada estudiosa do direito civil brasileiro, Diniz (2007), afirma que a natureza jurídica do casamento é dividida em duas correntes. A concepção contratualista vê o matrimônio como um contrato civil, regido pelas normas do contrato e aperfeiçoado pelos nubentes que o aceitam de livre e espontânea vontade. A concepção institucionalista vê o matrimônio como uma instituição social, gerando uma situação jurídica advinda da vontade das partes, com normas preestabelecidas em Lei.

3.3 Características do casamento

O casamento, de acordo com Venosa (2003), é um ato pessoal e solene, que dá origem à família, ato que cabe unicamente aos nubentes, mesmo que seja possível o casamento por procuração.

Segundo o autor, este ato solene tem início com a inscrição em edital, continuando com a cerimônia, e prosseguindo com a devida inscrição no registro público. O Estado garante a sua publicidade, bem como a garantia de validade do ato, através da Lei.

Nas palavras de Venosa (2003, p. 41): “Trata-se, também, ao lado do testamento, do ato mais solene do direito brasileiro e assim é na maioria das legislações”.

O autor lembra que o casamento, durante muitos séculos, era um instituto exclusivo da Igreja, de natureza pura e simplesmente religiosa, sendo que o vasto número de cultos e crenças deu origem à modernização do matrimônio, tornando-o num negócio eminentemente civil.

De acordo com Venosa (2003, p. 42): “Há um sentido ético e moral no casamento, quando não metafísico, que extrapola posições que veem nele, de forma piegas, mera regularização das relações sexuais”.

Outra característica importante segundo Venosa (2003) é a diversidade de sexos. Embora se espere que a modernidade traga legislação pertinente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, até o momento a Lei é clara em definir que a união entre pessoas do mesmo sexo não gera vínculo de direito de família, podendo apenas gerar direito na área obrigacional.

Veja o que diz o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º [...];

§ 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 [...]”.

A jurisprudência tem tido diversidade em suas decisões sobre o reconhecimento da união Estável entre homossexuais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO JUDICIAL POR AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A UNIÃO ESTÁVEL SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Alemanha (LPartG), França, Suécia, Dinamarca ou da Holanda, país este que prevê mesmo o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê a união estável, e muito menos casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Hipótese em que a interpretação judicial não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação dos poderes. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70028838308, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 24/06/2009);

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS. PROCEDÊNCIA. A Constituição Federal traz como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, IV). Como direito e garantia fundamental, dispõe a CF que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, caput). Consagrando princípios democráticos de direito, ela proíbe qualquer espécie de discriminação, inclusive quanto a sexo, sendo incabível, pois,

discriminação quanto à união homossexual. Configurada verdadeira união estável entre a autora e a falecida, por vinte anos, deve ser mantida a sentença de procedência da ação, na esteira do voto vencido. Precedentes. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70030880603, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 14/08/2009).

Mais uma característica citada por Venosa (2003), é a quebra do princípio da indissolubilidade do matrimônio, que existiu no Brasil durante muito tempo. Atualmente é permitido o divórcio, sendo que poucos países ocidentais ainda são antidiivorcistas.

De acordo com o professor Gagliano (2009), estas são justamente as três fortes características do casamento: a solenidade, a diversidade de sexos e a dissolubilidade, que não é universal, mas foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro em 1977.

3.4 Princípios do direito matrimonial

Segundo Gomes (1978 apud Diniz, 2007, p. 43): “três são os princípios que regem o casamento”. E eles são: a livre união dos futuros cônjuges, a monogamia, e a comunhão indivisa.

De acordo com o autor, a livre união dos futuros cônjuges advém propriamente da vontade que os nubentes tem em se casar, sua própria decisão, sem que seja possível de qualquer forma ser substituído o consentimento destes, tampouco podem ser autolimitadas suas vontade pela condição ou por termo.

Este mesmo autor define o segundo princípio, a monogamia, como sendo o regime de singularidade adotado por nosso país, e nele, fica explícito que, uma vez casados os cônjuges não podem vir a contrair novo casamento, estando sujeitos em caso contrário a duas sanções, nulidade do segundo casamento, e pena ao violador, de reclusão de 2 a 6 anos, conforme prevê o art. 235 do Código Penal.

O nosso Código Civil estatui no art. 1.521, VI: “não podem casar as pessoas casadas”.

E o autor ainda conclui com seu entendimento, definindo o terceiro princípio, a comunhão indivisa. Para ele este princípio é justamente o que dá valor ao aspecto moral da união sexual dos seres, pois o matrimônio tem como objetivo criar a comunhão entre os cônjuges, que escolheram de livre e espontânea vontade compartilhar os ruins e bons momentos da vida.

3.5 Espécies

Para uma boa definição do casamento devemos citar também suas espécies, que são: o civil; religioso com efeitos civis; por procuração, nuncupativo ou *in extremis*; putativo; consular; e de estrangeiro.

3.5.1 Civil

De acordo com Venosa (2003), antigamente, mais especificamente na época do império, só se conhecia o casamento religioso, porém, com o aumento das imigrações e diversidades de religião, foi instituído o casamento civil. No período republicano passou a ser obrigatório o casamento civil e devido a dificuldades de assimilação dessa obrigação por parte da população e clero, se criou o costume de do duplo casamento, civil e religioso, que persiste até hoje no país.

Dias (2005, p.147), ressalta que: “a gratuidade da celebração do casamento civil é um preceito constitucional”, sem que seja necessário também o pagamento das custas para a habilitação, o registro, e a primeira certidão para as pessoas pobres, bastando para caracterizá-lo mera declaração de falta de condições pelos nubentes.

Segundo Monteiro (1997), o Brasil se enquadra em um grupo de países que tem o entendimento predominante no mundo atualmente, em que só o casamento civil é válido, porém é ressalvada a celebração do matrimônio religioso aos contraentes.

3.5.2 Religioso com efeitos civis

Ensina Venosa (2003, p.107): “podemos afirmar que o casamento no Brasil é regido pelas leis civis, mas admite-se que o casamento civil tenha efeitos civis”. De acordo com o autor, a lei ainda permite que a habilitação do casamento religioso seja feita mesmo após a celebração do matrimônio, bastando que os nubentes apresentem a documentação necessária comprovando o casamento ao oficial de registro.

Para Dias (2005, p. 147): “a histórica disputa entre Igreja e Estado, em matéria matrimonial, é que empresta tanto prestígio à solenidade religiosa do casamento”. Segundo a autora, não é nem necessário que haja o ato civil, basta que se comprove perante o cartório que ocorreu o casamento religioso para que seja validado desde a sua celebração.

Complementa Venosa (2003) que, após perder seu poder, só se buscou dar validade novamente ao casamento religioso a partir da Constituição de 1934. A Constituição de 1988 aborda o assunto em seu art. 226, §2ª. A Lei 1.110/50 disciplina que os consortes podem buscar a validade do casamento religioso apresentando a documentação necessária perante o oficial de registro.

De acordo com Diniz (2007, p. 110): “o casamento é civil, mas é perfeitamente válido que os nubentes se casem no religioso, atribuindo-lhe efeitos civis desde que haja habilitação prévia ou não”.

3.5.3 Por procuração

Outra espécie de casamento é o por procuração. Segundo Venosa (2003, p. 102): “Nossa lei permite, [...], que o casamento seja realizado por procuração, o que não é prática adotada por muitas legislações”. Para o autor, o portador dessa procuração fica com os poderes restritos a este consentimento, pois é mero transmitente da vontade de um dos nubentes, já que não é possível um procurador representar as duas partes.

O art. 1.542 do Código Civil de 2002 prevê:

Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

§ 1º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.

§ 2º O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.

§ 3º A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.

§ 4º Só por instrumento público se poderá revogar o mandato.

De acordo com Dias (2005), para a realização dessa modalidade de casamento, a procuração deve ser outorgada por instrumento público, com poderes especiais, e tem validade de 90 dias, sendo que ambos os nubentes podem ser representados por procuração.

A autora complementa que é possível se casar por procuração, porém não é possível sair do casamento mediante procurador, tanto fazendo a modalidade do término, separação ou divórcio, pois esta é uma competência exclusiva dos cônjuges.

Diniz (2007, p. 105) ensina que: “O casamento por procuração não dispensa a cerimônia pública, que se efetivará com a presença do contraente e do procurador do outro, munido com poderes especiais”.

3.5.4 Nuncupativo ou *in extremis*

Esta espécie de casamento, segundo Venosa (2003), torna-se possível quando um dos nubentes se encontra sob risco iminente de vida. Dessa forma, são simplificadas as formalidades do casamento, procurando amenizar situações já existentes, que estão prejudicando um ou até os dois nubentes. É necessário, porém, que os cônjuges estejam em plenitude de discernimento, senão estará prejudicado o consentimento.

De acordo com a renomada autora, Diniz (2007), esta é uma forma especial de casamento, devido a sua urgência. Assim não se cumprem todas as formalidades exigidas pela Lei. É previsto pelo art. 1.540 e seguintes do Código Civil, e se faz

necessário quando as partes precisam casar-se para obter os efeitos civis do casamento.

A autora explica que o Oficial do Registro Civil, dará a certidão de habilitação, mediante a autorização da autoridade competente, à vista dos documentos exigidos pelo art. 1.525 do Código Civil, e independente de edital, dispensando assim o processo regular.

Segundo Dias (2005, p. 149): “É possível a celebração sem juiz de paz, sem prévia habilitação, enfim, não são necessários nenhum dos requisitos legais. Basta a presença de seis testemunhas que não tenham parentesco (em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau) com os nubentes”.

3.5.5 Putativo

Nas palavras de Dias (2005, p. 149): “Trata-se do casamento nulo ou anulável, porém, contraído de boa-fé por um ou por ambos os cônjuges”. Ele só produzirá efeitos para o cônjuge que agiu de boa-fé, da data da celebração até a o trânsito em julgado da sentença anulatória. Já para os filhos os efeitos permanecerão, independente da boa ou má-fé de seus pais.

O art. 1.561 do Código Civil dispõe sobre o assunto:

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

De acordo com Cahali (1979 apud Venosa, 2003, p. 137): “É o casamento nulo ou anulável, que, contraído de boa-fé por ambos ou pelo menos, um dos esposos, tem, em razão dessa boa fé, efeitos civis reconhecidos por lei.”

Alguns exemplos que se enquadram neste caso, ensina Venosa (2003), são os casamentos que ocorrem entre irmãos, pai e filha, sogro e nora, dentre outros, sem que as partes saibam desse parentesco, operando-se o casamento putativo.

3.5.6 Consular

Ensina-nos Dias (2005, p. 150): “É o casamento de brasileiros realizado no estrangeiro, perante autoridade consular brasileira”. Esta é uma possibilidade que os brasileiros que moram no exterior têm para se casar sob as normas do direito brasileiro, sendo que o ato deve ser registrado no prazo de 180 dias, a contar da data em os nubentes voltem ao país.

O art. 13, § único, do Decreto n. 24.113/34, não derogado pela LICC prevê: “os cônsules de carreira só poderão celebrar casamentos quando ambos os nubentes forem brasileiros e a legislação local reconhecer efeitos civis aos casamentos assim celebrados”.

Venosa (2003), ensina que estes casamentos realizados por brasileiros fora do país, terão validade no local de sua realização, de acordo com a legislação daquele país, legalizadas as certidões pelos cônsules.

Diniz (2007) complementa que os nubentes, dentro do prazo de 180 dias após sua volta ao Brasil, deverão procurar o registro civil da cidade em que têm domicílio, ou sendo esse incerto, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

3.5.7 De estrangeiro

O art. 7º, § 2ª da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.4.657/42), prevê: “§ 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes”.

Monteiro (1997, p. 70), ensina que: “A admissibilidade de casamento de estrangeiros perante cônsul de seu país se entende com relação à forma do ato,

então celebrado na conformidade do direito alienígena, mas os efeitos materiais se apreciam de acordo com a lei brasileira”.

Ensina-nos Venosa (2003, p. 101) que: “O casamento pode ser realizado no consulado ou fora dele, segundo as normas e solenidades do país estrangeiro, mas os efeitos do ato obedecem à lei brasileira”.

De acordo com Dias (2005), para que este casamento realizado por estrangeiros em nosso país tenha validade aqui, caso os nubentes passem a residir no Brasil, é necessário o registro da certidão de casamento, com a devida tradução e autenticação por parte do agente consular brasileiro.

3.6 A união estável

Além do casamento formalmente realizado, temos ainda que destacar a União Estável, mesmo não sendo considerada uma forma de casamento, mas já equiparada a ele em seus efeitos e reconhecida como entidade familiar. De acordo com Dias (2005), ela gera vínculo entre as partes da mesma forma que o casamento, adquirindo as mesmas obrigações adotadas no regime da comunhão parcial dos bens, já que nela ao contrário do casamento as partes não têm a liberdade de escolher o regime de bens adotado.

Segundo Venosa (2003, p. 53): “A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico”.

Para Dias (2005, p. 164): “Por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento”. A autora ensina que é complicada uma definição de união estável, já que o Código Civil não a define.

Venosa (2003) ensina que para termos caracterizada uma situação de união estável, devemos observar a existência de alguns requisitos básicos, como a estabilidade na união entre o homem e a mulher, a continuidade da relação, a diversidade de sexos, a publicidade da união e o objetivo de constituição de uma família.

O autor ainda complementa que em casos concretos, os juízes têm reconhecido o caráter de união estável a um relacionamento mesmo que tênues ou até ausentes alguns destes requisitos.

Vejamos como tem se posicionado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em suas decisões a respeito do reconhecimento de união estável:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. DIVISÃO DE BENS. PROVA DA SEPARAÇÃO DE FATO ENTRE O DE CUJUS E SUA ESPOSA. Hipótese em que restou cabalmente demonstrada a união prolongada, contínua, pública e com o intuito de constituir família da autora com o de cujus. Não tendo havido qualquer prova a sustentar a alegação da existência de relacionamentos outros, concomitantes, mantidos pelo falecido e impeditivos do reconhecimento de união estável entre as partes, deve esta ser reconhecida, como bem o fez a v. sentença impugnada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70029548435, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 30/09/2009).

O Código Civil, em seu art. 1.723, prevê o reconhecimento da União Estável: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

De acordo com Diniz (2007), para ser reconhecida, a união estável deve ser passível de conversão em casamento, assim perde o caráter de sociedade de fato e passa a ter o de entidade familiar, daí que se difere da união livre, pois na união livre, as pessoas não têm o intuito de casar e constituir família, apenas assumem um relacionamento aberto.

Venosa (2003) destaca que outro aspecto importante, que pode ajudar na caracterização de uma união estável, é a existência do casamento religioso, já que a única forma válida de casamento é o casamento civil, o casamento religioso estampa uma relação de fato.

O autor ensina ainda que outro elemento que deve ser levado em consideração, é o da habitação comum, ele não é indispensável para a caracterização da união estável, já que pode existir vínculo forte entre o casal mesmo que não morem sob o mesmo teto.

A respeito das expressões terminológicas usadas para identificar os sujeitos da união estável, Dias (2005) ensina que as mais usadas nos textos legais são: companheiro ou convivente.

Para a autora, a notoriedade, ou seja, a publicidade da relação, é fator determinante na definição de uma união estável, pois ajuda a diferenciar as relações menos compromissadas, como simples namoros passageiros, de relações em que realmente os sujeitos vivem como verdadeiro casal que tem a pretensão de formar uma família.

Já com relação aos direitos e deveres, segundo Dias (2005, p. 171): “[...] na união estável sempre acaba levando a um cortejo com os direitos e deveres previstos para o casamento”. Porém, diferente do casamento, em que a lei prevê a fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal e mútua assistência, na união estável a lei prevê a lealdade, respeito e assistência.

De acordo com Dias (2005, p. 179): “[...] é preciso lembrar que somente geram encargos os relacionamentos que, por sua duração, levam a um envolvimento de vidas a ponto de provocar uma verdadeira mescla de patrimônios”.

Analisado o casamento nas suas diversas formas, inclusive na união estável (legalmente equiparada ao casamento), passa-se à análise dos deveres dele decorrentes, os danos decorrentes do descumprimento do dever de fidelidade(adultério), suas consequências e a (im) possibilidades de reparação.

4 DANOS MORAIS EM CASO DE ADULTÉRIO

Este capítulo trata justamente de fazer uma relação entre a responsabilidade civil gerada em caso de adultério, caracterizando assim o dano moral. Começa-se fazendo uma abordagem do extinto crime de adultério, suas implicações com o pensamento religioso, a violação dos deveres do casamento, bem como a possibilidade de reparação dos danos morais. O capítulo traz ainda o entendimento dos tribunais a respeito do assunto.

4.1 O extinto crime de adultério

A partir da vigência da lei n. 11.106/05, desde o dia 29 de março de 2005, que alterou alguns dispositivos do Código Penal, o adultério deixou de ser considerado um crime, conforme previa o art. 240:

“Art. 240 - Cometer adultério:

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

§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.

§ 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;

[...]”.

Conforme as palavras de Santos (2005, texto digital): “Entenda-se que não se trata de render uma homenagem ao adultério, mas de reconhecer que a família e o matrimônio são hoje perfeitamente protegidos pelo ordenamento jurídico de outra forma, em outra seara”.

De acordo com a autora, o Direito Penal se preocupa em regrar os direitos e deveres que são de interesse da sociedade, porém, no âmbito do Direito Civil, que tutela os interesses individuais das pessoas, não pode deixar o adultério de trazer responsabilidade civil ao seu causador, pois embora não seja mais um crime tipificado pelo Código Penal, o adultério ainda traz grande ofensa à honra e à dignidade do cônjuge ofendido.

Complementa Santos (2005) que, embora a pessoa que comete adultério não seja mais punida criminalmente, por se considerar que não é mais de interesse da sociedade sua punição, a pessoa que foi realmente lesada pelo adultério pode ainda ter seu sofrimento abrandado pela reparação através de indenização por danos morais.

Para a autora essa indenização passa a ter como base a violação dos deveres do casamento, que estão elencados no art. 1566 do Código Civil, bem como no art. 1.724 do mesmo código em se tratando de união estável, que gera o mesmo vínculo que o casamento. Não se busca assim a vingança, mas a reparação do dano moral causado pelo infiel.

Amaral (2009) cita que mesmo tendo o adultério deixado de ser crime em 2005, continua sendo um problema para os julgadores, porque é enorme o número de casos em que as vítimas de adultério entram com ação no juízo cível buscando a reparação por danos morais.

Ensina Amaral (2009, texto digital): “o só comportamento (adultério) já causa mal à pessoa, ofendendo sua dignidade, ferindo seu amor próprio. Caracteriza, portanto, ofensa grave e, para alguns, insuportável”.

A autora conclui dizendo que, mesmo não sendo mais o adultério propriamente dito caracterizado como um crime, o contexto dos acontecimentos, nos casos concretos, podem levar os julgadores ao entendimento de que cabe sim a indenização por danos morais, por atestar justamente a gravidade em que os fatos ocorreram para a vítima, bem como sua publicidade, afetando a honra do ofendido perante seus amigos e sociedade.

Ainda, reza o artigo o art. 186 do Código Civil que o indivíduo que por ação ou omissão voluntária, bem como por negligência ou imprudência, infringir direito e causar dano, mesmo que exclusivamente moral, está cometendo ato ilícito e todo ilícito cometido vai gerar um dever de indenizar.

4.2 O adultério e o pensamento religioso

Conforme Dias (2008, texto digital): “Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma relação biológica, a família é muito mais um grupo cultural. Existe antes e acima do Direito. Dispõe de uma estruturação psíquica em que cada um ocupa um lugar, possui uma função”.

Ressalta Ramos (2007), que conforme a tradição judaica, a punição mais frequente para o adultério, era o apedrejamento, que é citado na Bíblia, já que a pena de morte, que não consta na Bíblia, era aplicada apenas em casos mais graves, em que ocorria o flagrante do adultério.

O autor destaca que essas punições severas, para o antigo testamento, só eram aplicadas às mulheres, que eram tratadas como objetos dos homens e os homens, que tivessem relações com outras mulheres desde que solteiras, não sofriam nenhuma repressão.

De acordo com o autor, já no novo testamento, o pensamento sobre casamento assumiu um papel diferenciado, alterando assim também o pensamento sobre o adultério e o homem perdeu algumas liberdades sexuais que tinha antes, ficando sujeito às mesmas punições aplicadas às mulheres.

RAMOS destaca:

“Do ponto de vista religioso, o adultério não consiste simplesmente em um ato físico, ele também se encontra presente no desejo de fazê-lo, que está presente anteriormente a ação propriamente dita, que, por conseqüência nega a fidelidade e esta resume-se na quebra de compromisso, em uma ruptura de conseqüências desastrosas” (RAMOS, 2007, texto digital).

Nas palavras de Dias (2008, texto digital): “A Igreja fez do casamento um sacramento. Pela máxima *crescei-vos e multiplicai-vos*, atribuiu à família a função reprodutiva, para o fim de povoar o mundo de cristãos”.

Nas palavras de Ramos (2007, texto digital): “Esta quebra de relacionamento, com o cônjuge, sempre irá ocorrer mediante a uma quebra de relacionamento com Deus, ou seja, o adultério espiritual”.

Conclui Ramos (2007, texto digital): “[...] a fidelidade, o compromisso, resultante do amor para com Deus e o cônjuge, são as expressões chaves para resolvermos o problema do adultério”. Segundo o autor, o adultério físico só é possível, quando não mais existente o vínculo entre o homem e Deus.

O adultério é citado inclusive nos dez mandamentos escritos por Deus, segundo a Bíblia, mais precisamente o 7º, considerado na maioria das religiões: Não adulterarás, fazendo previsão a este grave crime, segundo a religião.

Acrescenta Ramos (2007), que o simples desejo ou pensamento é considerado adultério no mundo religioso, e não simplesmente a sua prática na forma física.

Disso conclui-se que o adultério é penalizado e proibido desde os tempos mais remotos (A. C.), pelo fato de causar abalo não só àquele que sofre o adultério, mais também à sociedade.

4.3 Violação dos deveres do casamento

Conforme cita Rezende (2003, texto digital): “Com o casamento, desencadeiam-se vários deveres, estritamente pessoais, recíprocos e infungíveis, cuja observância se torna condição de existência da sociedade conjugal, para que ela possa alcançar os fins que lhes constituem a natureza”.

O Código Civil em seu art.1.566 prevê os deveres dos cônjuges:

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.

Já com relação à união estável, o Código Civil faz previsão dos seus deveres no art. 1724: “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Segundo o Código Civil, em seus arts. 1.572 e 1.573, a violação desses deveres constitui grave injúria, tornando possível o pedido de separação por parte do cônjuge ofendido.

Vejamos o que dizem os aludidos artigos de lei:

“Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

[...];

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

- I - adultério;
- 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”.

De acordo com Dias (2008, texto digital): “Mesmo após a Lei do Divórcio, que consagrou a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial, permaneceram inalterados os direitos e deveres recíprocos, bem como os ônus atribuídos distintamente a cada um dos cônjuges”.

Segundo Dias (2005, p. 113): “Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor”. Assim, de acordo com a autora, qualquer violação dos deveres do casamento seria passível de indenização por danos morais.

Porém, Dias (2005) assevera que, a simples inobservância de alguns dos deveres do matrimônio não pode gerar o dever de indenizar, porque o amor é eterno enquanto dura, e assim o simples rompimento de uma relação não caracteriza o caso de danos morais.

Com relação à violação de outros deveres do casamento, nas palavras de Dias (2005, p. 117): “como o adultério, abandono do lar, condenação criminal, conduta desonrosa, que podem servir de motivação para a ação de separação [...], não geram por si só obrigação indenizatória”. Para a autora, para que se caracterize caso indenizatório, por danos morais, a violação destes últimos deveres deve ocorrer de forma pública, de maneira que comprometa a reputação do casal, a dignidade do par, abalando a imagem da vítima perante a sociedade.

Segundo a autora, é necessário ainda que essa violação dos deveres do casamento observe os elementos da culpa: o dano, a culpa e o nexo de causalidade, ou seja, realmente a vítima tenha sofrido uma dor martirizante, um profundo mal estar.

Ressalta Santos que:

“A traição configura violação dos deveres do casamento (*dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc – art. 1.566, CC*) e, como tal, dá fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (*art. 1.572, CC*). (SANTOS, 2006, texto digital).

Para Garcia (2004, texto digital): “[...] a verificação do que se conceitua como *dever*, e a configuração de seu descumprimento, há ser feita através da análise do caso concreto, conhecendo-se substancialmente a relação existente entre o casal”.

Segundo a autora, o pedido de dano moral deve ser impetrado pelo cônjuge traído, quando este puder comprovar o descumprimento do dever de fidelidade existente entre o casal.

Complementa Dias (2008, texto digital): “A culpa pelo descumprimento do dever de fidelidade só é invocada quando do fim do casamento”.

Acrescenta Rei (2000, texto digital):

“Se em virtude do adultério alguma doença venérea onde o cônjuge inocente foi infectado e esta, por sua vez lhe trouxe os efeitos morais negativos fazendo com que o mesmo sofresse com aquele mal; o cônjuge culpado tem o dever de indenizá-lo, pois, os efeitos da doença colocam o ser humano em um estado debilitado, atingindo não só seu corpo material, mas também sua moral”. (REI, 2000, texto digital).

Assim, segundo Rei (2000), a fidelidade não se trata apenas de um dever moral do casamento, mas também um respeito à vida do outro cônjuge, que imagina estar seguro enquanto que o infiel traz doenças sexualmente transmissíveis para dentro de sua casa.

De acordo com Venosa (2003, p. 234): “Com frequência, muitas situações de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia, ofensas físicas, abandono moral e material, alcoolismo e etc., ocasionam dano moral ao cônjuge inocente [...]”.

Segundo o autor, no caso de adultério, deve ser verificada a existência de insuportabilidade da vida conjugal ou perdão eficaz por parte do cônjuge inocente, em cada caso concreto, a injúria grave se observará de acordo com o nível social e cultural do casal.

4.4 O dano moral e a possibilidades de reparação

A reparação do dano moral é mais difícil de mensurar do que a reparação do dano material, pois é difícil medir a intensidade do dano causado, ademais se faz por prestação pecuniária, com o valor que é entendido ser o mais proporcional ao dano moral causado.

Com relação à reparação do dano moral através da prestação pecuniária, nos ensina Diniz (2005, p. 96): “A reparação pecuniária teria, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral”.

Segundo Diniz (2005, p. 100), este é justamente um dos desafios da ciência jurídica, determinar os critérios de valoração do dano moral, para servir de parâmetro aos magistrados na hora de definir a pena.

Afinal, se até o indivíduo que é vítima de dano moral tem dificuldade muitas vezes em atrelar valor ao seu sofrimento, como fará o juiz para mensurar a quantia necessária para a reparação deste dano.

Esta não é uma preocupação muito antiga dos magistrados, visto que o entendimento jurisprudencial mais antigo, baseado no antigo código civil, se posicionava de forma a não condenar o responsável quando o dano era exclusivamente moral.

Atualmente, com relação à possibilidade de reparação do dano moral em decorrência de adultério, afirma Prettel (2009, texto digital): “É cediço na doutrina e jurisprudência pátrias que o adultério, clara violação aos deveres conjugais, constitui causa suscetível de reparação civil, conforme os elementos do caso concreto”.

Para a autora, o adultério implica em violação dos deveres do casamento, de fidelidade recíproca e lealdade, causando angústia e aflição, ofendendo a honra e a dignidade do cônjuge traído. O dano é caracterizado pela dor e sofrimento suportados pelo cônjuge traído.

Venosa (2007) nos ensina que historicamente a jurisprudência não tinha o entendimento majoritário em condenar à reparação o causador de danos exclusivamente morais, mesmo porque em nosso Código Civil de 1916, tratava em seu artigo 159, exclusivamente dos danos materiais.

Veja o que está escrito no aludido artigo: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Venosa (2007) sobressalta que a jurisprudência tem se mostrado favorável inclusive à indenização de danos morais em caso de pessoa jurídica figurando como vítima.

Veja o que tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a respeito dos danos morais à pessoa jurídica:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO EM PERIÓDICO DE SINDICATO. AFIRMAÇÕES QUE DENEGRIRAM A IMAGEM DA EMPRESA. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. 1. Ação de indenização ajuizada contra sindicato que veiculou informações injuriosas e difamatórias em periódico de circulação direcionada. Procedimento que desbordou o limite da mera informação, causando dano à imagem da empresa. Dano moral caracterizado. Condenação fulcrada na lei civil, afastado o tarifamento da Lei de Imprensa. 2. Montante indenizatório. Critérios construídos pela jurisprudência e pela doutrina. Princípio da razoabilidade. Valor da reparação que se apresenta ínfimo em relação ao caso concreto. Pretensão de majoração do montante da reparação acolhida. Indenização fixada em R\$ 10.000,00. 3. Descabe o pedido de advertência ao sindicato porque não formulado na inicial. Hipótese de inovação da matéria em sede de recurso que não pode ser admitida. 4. Não havendo pedido anterior, e tampouco concessão do benefício da gratuidade, faz-se indispensável o pagamento das custas, juntamente com a interposição da apelação. Segundo a regra do art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto. Deserção verificada. Proveram em parte o apelo da autora, e não conheceram do recurso do réu. (Apelação Cível Nº 70003660826, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 12/12/2002).

Em uma conclusão de Bittar (1982) com relação à reparação do dano moral:

“No ressarcimento do dano moral, [...], procurar-se-á atingir uma situação material correspondente (nos delitos contra a honra, poder-se-á desagrar, publicamente, pelo jornal, o ofendido), mas, em regra, ter-se-á a execução por equivalente, [...] pelo pagamento de uma soma em dinheiro”. (BITTAR 1982 apud DINIZ 2005, p. 134).

A Constituição Federal vigente prevê em seu art. 5º, V e X, a indenização por danos morais:

Art. 5º. [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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;

[...].

Vê-se que sempre que alguém causar dano a outro terá que reparar e a nossa Constituição Federal de 1988 assegura a reparação pelo dano moral que posteriormente veio assegurado também pelo Código Civil de 2002.

Neste sentido, ensina Stoco:

"(...) Foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a aceitação plena da reparação por dano moral se consagrou. (...) A Lei Magna fê-lo de forma irrestrita e abrangente. Fez mais. Alçou esse direito à categoria de garantia fundamental (CF/88, art. 5º, incisos V e X), considerada como cláusula pétrea e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º, da Magna Carta". (STOCO, 2001, p. 1.362)

Voltando ao caso específico de dano morais em caso de adultério, objeto deste trabalho, Prettel (2009) complementa que para que seja indenizável, o adultério deve causar a separação do casal, caso contrário poderia se concluir pelo perdão do cônjuge infiel.

Esta indenização se dará pela forma pecuniária, numa tentativa de se obter um valor aproximado que cause justiça ao caso concreto. Vejamos o que diz o Tribunal de Justiça de Goiás em suas decisões:

EMENTA: 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." (TJ/GO – 1ª C. Cív., Ap. Cív. nº 56957-0/188, Rel. Des. Vitor Barboza Lenza, DJ 23.05.2001).

De acordo com Santos:

"A possibilidade de haver indenização deriva de mandamento constitucional que diz ser inviolável a honra das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF). Assim, considerando que a traição gera dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, é perfeitamente cabível que o judiciário seja acionado, assegurado-lhe o direito à indenização. (SANTOS, 2006, texto digital).

Nas palavras de Costa (2009, p. 147):

"[...] o desamor, por si só, não gera o direito à indenização, já que amar não é dever jurídico, inexistindo ato ilícito na falta de amor. É indispensável o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – ato ilícito (violação a dever conjugal) e dano (moral ou material), ligados pelo nexo causal [...]".

Prettel (2009, texto digital) conclui: "perfeitamente cabível e adequada a indenização por danos morais no caso de relacionamento extraconjugal, quer por parte do cônjuge traidor, quer pelo (a) amante". Segundo a autora, é imprescindível que esta violação do dever de fidelidade do casamento, esteja acompanhada da prova de que realmente o cônjuge teve prejudicada sua dignidade e honra.

4.5 Entendimento dos tribunais

Nos casos práticos que vêm ocorrendo em nosso país, a jurisprudência tem se manifestado de forma a indenizar algumas vítimas de traição, ou seja, adultério, mesmo que este não seja mais um crime, passando agora a trazer responsabilidade apenas na esfera cível, porém, na maioria dos tribunais, para que seja possível, é necessária severa prova de que ocorreu o dano, tendo alguns julgadores até entendimento contrário à reparação, senão vejamos:

Começando pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, temos o seguinte posicionamento:

"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSTRANGIMENTO CAUSADO POR AMÁSIA DE EX-CÔNJUGE. CONFIGURAÇÃO DO DANO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. I - APELAÇÃO. 1. DANO MORAL. Compulsando-se os autos, verifica-se que a contenda funda-se na discussão acerca da configuração de dano moral advindo de diversas condutas da demandada, que se apresentava como amásia do ex-marido da autora. Inexiste, nos autos, qualquer elemento probatório sobre a ocorrência de causa justificadora a ensejar suas condutas, uma vez que as ligações telefônicas foram realizadas em reiteradas ocasiões, exorbitando-se à esfera restrita ao relacionamento da autora, de seu ex-cônjuge e da ré. Decerto, o constrangimento impingido à autora escapa à normalidade, em que pese também possuir origem em foro íntimo".(Apelação Cível Nº 70013199039, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 19/04/2006).

O caso acima é um tanto curioso, pois a condenação se deu na pessoa da amásia. Já neste outro caso julgado pelo mesmo tribunal, o adultério não é considerado para fins de indenização por dano moral:

EMENTA: AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PRÁTICA DE ADULTÉRIO. RECONHECIMENTO DA CULPA AFASTADA. IRRELEVÂNCIA PARA O DESLINDE DA DEMANDA. ALIMENTOS PARA EX-MULHER. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. PESSOA JOVEM, SAUDÁVEL E COM FORMAÇÃO SUPERIOR. PAGAMENTO ATÉ A PARTILHA DOS BENS. DANO MORAL. PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE. EXCLUSÃO DA COMUNHÃO. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal. Os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade/possibilidade, isto é, de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Admite-se estabelecer o pagamento de pensão alimentícia à ex-mulher até a partilha de bens, que irá receber, por direito de meação, considerável patrimônio. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão

somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte ofendida. Os honorários advocatícios percebidos pelo varão, fruto do seu trabalho pessoal, não compõem o acervo partilhável. Se tais rendimentos estão excluídos da comunhão no curso do casamento, com mais razão ainda após o término da sociedade conjugal. Inteligência do art. 1.659, inc. VI, do Código Civil. Nas ações que também envolve partilha de bens, encerram conteúdo econômico, devendo a fixação dos honorários se dar com base no valor dos bens que compõem o acervo comum. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021640743, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 13/03/2008).

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem se manifestado de formas diversas:

EMENTA: INDENIZAÇÃO EM CASO DE ADULTÉRIO DO CÔNJUGE - Hipótese em que não cabe aplicar as regras da responsabilidade civil, embora tenha sido confirmada a traição da mulher na constância da vida em comum, por ser esse um fato que se tornou público, ao ser objeto de investigação policial, não tendo, apesar dessa notoriedade, proporcionado pronta e enérgica reação do marido enganado, uma conduta omissiva que compromete a noção de honra digna de ser resgatada pela compensação financeira [artigo 5o, V e X, da CF] - Provimento para julgar improcedente a ação. (TJ/SP – 4ª C. D. Priv., Ap. nº 465.038-4/0, Rel. Des. Enio Zuliani, julg. 29.05.2008);

EMENTA: SEPARAÇÃO JUDICIAL - Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor reconvinde seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria - Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida - Inteligência dos arts. 1566, I, e 1573, I, do Código Civil - Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos — Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal - Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes - Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada - Caracterização de dano moral indenizável - Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral – Indenização fixada em RS 45.000,00 - Alimentos - Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade - Recurso provido. (TJ/SP – 1ª C. D. Priv., Ap. Cív. nº 539.390.4/9, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, julg. 10.06.2008).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem se posicionado a favor dos danos morais em caso de adultério, quando comprovada a traição:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONHECIMENTO EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE DE RITOS. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO (CPC, ART. 292, § 2º). CULPA PELA SEPARAÇÃO DO VARÃO. ADULTÉRIO COMPROVADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. É permitida a cumulação de vários pedidos num único processo, contra o mesmo réu ou reconvinte, quando preenchidos os requisitos do artigo 292,

§ 1º, do Código de Processo Civil. A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva. (TJ/SC – 2ª C. Cív., Ap. Cív. nº 2004.012615-8, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julg. 05.05.2005).

Outro Tribunal de Justiça importante, o do Rio de Janeiro, tem decidido da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. PROVA INEQUÍVOCA. TRAIÇÃO GERA DOR, ANGÚSTIA, SOFRIMENTO, DESGOSTO, REVOLTA, CONSTRANGIMENTO E SE TRATA DE OFENSA GRAVE. DANO MORAL CONFIGURADO. ART. 5º, V e X, CARTA POLÍTICA. ART. 186 c/c 1566, INCISOS I e V, DO CÓDIGO CIVIL. VERBA QUE COMPORTA MAJORAÇÃO DIANTE DA EXTENSÃO DA OFENSA E CAPACIDADE ECONÔMICA DAS PARTES ALÉM DO CARÁTER DIDÁTICO. A traição, que configura uma violação dos deveres do casamento dever de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (art. 1566, inciso I, do Código Civil de 2002) gera, indubitavelmente, angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge ofendido o direito à reparação do dano sofrido, nos termos do art. 186 do Código Civil. O direito à indenização decorre inicialmente de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). Verba compensatória deve ser fixada de conformidade com a extensão da ofensa, capacidade econômico-financeira das partes e caráter didático. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO APELO E IMPROVIMENTO DO SEGUNDO. (TJ/RJ, Apelação Cível Nº 2008.001.26402, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Dês. José C. Figueiredo, Julgado em 11/12/2008).

Não menos importante, o Tribunal de Justiça do Paraná tem embasado suas decisões dessa forma:

EMENTA: DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - RÉU QUE, ATRAVÉS DE CONTATO TELEFÔNICO FEITO A PARENTE PRÓXIMO DO AUTOR, COMENTA QUE ESTE TERIA SIDO INFIEL NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO - ADULTÉRIO NÃO COMPROVADO - ABALO À HONRA SUBJETIVA DO SUPPLICANTE E À ESTRUTURA FAMILIAR - INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO. 1 - Considerando que é incontroversa a existência de ligação telefônica feita pelo requerido, ao cunhado do autor, no sentido de que este fosse avisado de que seu nome seria citado em processo judicial, em trâmite junto à Vara de Família, como se tivesse tido um relacionamento extraconjugal; considerando incontroverso, também que, a partir deste telefonema, o suplicante tomou a

iniciativa de levar os fatos ao conhecimento de sua esposa, o que motivou a separação do casal por algum tempo; e, considerando, por fim, que o requerido não comprovou, ônus que lhe competia, ex vi do artigo 333, II, do Código de Processo Civil, a veracidade do que noticiara, evidente a ocorrência de dano moral, passível de indenização, máxime se é absolutamente plausível presumir-se, também, que houve disseminação do boato, ao menos, no seio familiar, já que o telefonema foi feito a parente próximo, boato esse que, pela sua leviandade, é capaz, por si só, de desestruturar a família. 2 - A fixação do montante devido a título de dano moral fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. (TJ/PR, Apelação Cível Nº 11396, Décima Câmara Cível, Relator: Luis Lopes, Julgado em 07/08/2008).

Para termos uma visão mais ampla, vejamos também o que diz o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA. FILHO ADULTERINO. FATO REVELADO APÓS A SEPARAÇÃO DO CASAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO. 1- A descoberta do autor, após a separação, de que não é o pai biológico da criança que registrou como sendo seu filho, configura infração dos deveres conjugais e torna capaz a indenização aos danos morais, até porque o fato se tornou público em cidade pequena onde residia, forçando-o a mudar de estado, haja vista a humilhação de que era traído durante as consultas médicas de sua ex-companheira com o médico do programa saúde da família. 2- O valor fixado na sentença encontra-se adequado para o ressarcimento a danos morais, e, estando devidamente comprovados os danos materiais, estes devem ser objeto de ressarcimento. (TJ/MG, Apelação Cível Nº 1.0116.06.007494-9/001, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Francisco Kupidowski, Julgado em 26/03/2009).

Já o Superior Tribunal de Justiça tem prolatado suas decisões da seguinte maneira:

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS DE LEALDADE E SINCERIDADE RECÍPROCOS. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SOLIDARIEDADE. VALOR INDENIZATÓRIO.- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas

apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.- Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos.(STJ – 3ª T., REsp nº 742.137/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJ 29.10.2007, p. 218).

Assim, podemos constatar que a jurisprudência tem opiniões diversas em suas decisões, o que se vê de fato, é que alguns Estados são mais exigentes quanto à comprovação do dano causado pelo adultério, para fins de indenização por dano moral, mas a maioria dos Tribunais, e aí se inclui o Superior Tribunal de Justiça, tem entendido que merecem reparação os danos morais causados pela violação dos deveres do casamento desde que cause dor, sofrimento e constrangimentos.

Pode-se extrair dos julgados colacionados que o que deve ser lavado em conta é o dano sofrido por alguém, uma vez que a obrigação de reparar surge sempre da simples violação injusta do *status quo* de outrem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as informações obtidas na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pode-se dizer que de acordo com o entendimento majoritário, a prática do adultério continuará sendo punida, mesmo que não seja mais o adultério considerado um crime, passando assim a trazer consequências ao seu causador, apenas na esfera cível.

A pessoa que comete adultério, causa um dano moral ao cônjuge traído, que tem sua vida modificada perante a sociedade, passando a se sentir abalado moralmente, muitas vezes em razão de brincadeiras de mau gosto feitas pelas pessoas de seu convívio.

O principal embasamento jurisprudencial para condenar o adúltero à reparação dos danos morais, tem sido a de que esta traição viola os deveres do casamento, mais especificamente do caso de adultério o dever de fidelidade, garantido aos cônjuges pelo Código Civil em seu art. 1566, bem como o art. 1.724, no caso de união estável.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, V e X, também serve de base para a condenação do adúltero por danos morais, uma vez que assegura a indenização, garante a integridade e a honra das pessoas, honra essa que fica extremamente abalada no caso de adultério.

A doutrina entende em sua maioria que, uma vez provada a afronta à dignidade e à honra da vítima de adultério, já se pode falar em reparação por danos morais.

Analisando o instituto da responsabilidade civil, é possível perceber que o dano moral é justamente uma angústia e um mal estar causado à vítima, ao ponto de que fique abalada severamente em sua dignidade e honra, pelo fato causado por outra pessoa. No caso o adultério, acontece isto com a vítima, tornando assim o culpado responsável pelo dano.

Já, analisando o instituto do casamento, é possível perceber a importância da família e seus valores para a formação de uma sociedade sólida e de respeito, e assim, um caso de adultério pode destruir uma família, deixando os filhos desprovidos muitas vezes da figura do pai, ou da mãe, quando ocorre a separação pelo adultério.

Nada mais justo então do que punir o adúltero, a fim de que sirva de exemplo para que outros não cometam o mesmo dano e indenizar a vítima, numa tentativa de compensar o abalo moral sofrido, protegendo assim a família, e a estruturação moral e psíquica futura dos filhos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Adultério, Justiça e valor moral. **Clubjus**, Brasília-DF: 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=7.25178&h=adultério>>. Acesso em: 21 out. 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Míni / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Código Penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Constituição Federal; Código Civil; Código de Processo Civil / Yussef Said Cahali (org.)**; Obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 742.137/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 29/10/2007. Disponível em http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=separa%E7%E3o+e+culpa&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=9. Acesso em 20 out. 2009.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 11 out. 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHEMIN, Beatris F. (Org.). **Guia prático da Univates para trabalhos acadêmicos**. Lajeado: Univates, 2005.

COSTA, Maria Aracy Menezes Da. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões: Estudos Jurídicos em Homenagem aos 20 Anos de Docência do Professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. **Clubjus**, Brasília-DF: 13 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.19027&h=adultério>>. Acesso em: 21 out. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 7: Responsabilidade Civil**. 19. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) e Projeto de Lei n. 6.960/02. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro V: Direito de Família**. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Casamento. **Técnica Jurídica**. 2009. Disponível em: http://www.tecnicajuridica.com.br/www/index.php?option=com_content&task=view&id=165&Itemid=55. Acesso em: 12 out. 2009.

GARCIA, Carolina Ribeiro. O dever de fidelidade no casamento e na união estável e suas possíveis conseqüências. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5222>>. Acesso em: 20 out. 2009.

GOIÁS. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 56957-0/188, Primeira Câmara Cível, Relator: Vitor Barboza Lenza, Julgado em 17/04/2001. Disponível em <http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisooes&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>. Acesso em 20 out. 2009.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 1.0116.06.007494-9/001, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Francisco Kupidlowski, Julgado em 26/03/2009. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=dano+moral+adult%E9rio&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=20%2F10%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar. Acesso em 20 out. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 34. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 11396, Décima Câmara Cível, Relator: Luis Lopes, Julgado em 07/08/2008. Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=3&TotalAcordaos=3&Historico=1&AcordaoJuris=715485>. Acesso em 20 out. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. 7. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRETTEL, Mariana Prettel e. Da caracterização dos danos morais no caso de verificação de relacionamento extraconjugal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2175, 15 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12979>>. Acesso em: 19 out. 2009.

RAMOS, Paulo. O Adultério e o pensamento Bíblico. **Arcron**, São Paulo: 10 set. 2007. Disponível em: < <http://arcron.blogspot.com/2007/09/o-adultrio-e-o-pensamento-bblico.html>>. Acesso em: 26 out. 2009.

REI, Cláudio Alexandre Sena. Danos morais entre cônjuges . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=541>>. Acesso em: 21 out. 2009.

REZENDE, Renata Flavia Maimone. Desamor como causa de separação judicial . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 71, 12 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4238>>. Acesso em: 21 out. 2009.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 2008.001.26402, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Dês. José C. Figueiredo, Julgado em 11/12/2008. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>. Acesso em 20 out. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento Nº 70003293495, Quinta Câmara Cível, Relatora: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 29/11/2001. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 23 set. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70028122968, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 19/08/2009. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php Acesso em 22 set. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70027369917, Nona Câmara Cível, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 16/09/2009. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 29 set. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Recurso Cível Nº 71002236503, Primeira Turma Recursal Cível, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 17/09/2009. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 29 set. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 598181741, Quinta Câmara Cível, Relator: Carlos Alberto Benke, Julgado em 08/10/1998. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 30 set. 2009

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70003660826, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 12/12/2002. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 05 out. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70028838308, Sétima Câmara Cível, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 24/06/2009. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 12 out. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Embargos Infringentes Nº 70030880603, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 14/08/2009. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 12 out. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70029548435, Sétima Câmara Cível, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 30/09/2009. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 18 out. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70021640743, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 13/03/2008. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 19 out. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70013199039, Nona Câmara Cível, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 19/04/2006. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 29 out. 2009.

SALOMÃO, Lídia. A Responsabilidade Civil e a Responsabilidade Penal. **JurisWay**, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/curso_estrutura.asp?id_curso=828. Acesso em: 23 set. 2009.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 2004.012615-8, Segunda Câmara de Direito Civil, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Julgado em 05/05/2005. Disponível em <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000667Q0000>. Acesso em 20 out. 2009.

SANTOS, Simone Moraes dos. Adultério, traição e dano moral . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 936, 25 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7871>>. Acesso em: 20 out. 2009.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 465.038-4/0, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Enio Zuliani, Julgado em 29/05/2008. Disponível em <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/confereCodigo.do>. Acesso em 20 out. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 539.390.4/9, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Luiz Antonio de Godoy, Julgado em 10/06/2008. Disponível em <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/confereCodigo.do>. Acesso em 20 out. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil IV: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, Sílvio de Salvo. **Direito Civil VI: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.