

## **A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DA INFIDELIDADE CONJUGAL**

**Flávia Tereza da Silva Ferreira**

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito do UNIFOR

**Altair Resende de Alvarenga**

Professor de Direito Penal e Direito de Família do UNIFOR

Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Formiga-MG

**Recebido em:** 25/04/2013

**Aprovado em:** 21/05/2013

### **RESUMO**

O presente artigo tem por fito analisar a possibilidade de indenização por danos morais em face da infidelidade conjugal, com base em primados constitucionais, sem perder de vista a legislação que versa sobre a responsabilidade civil, bem como a incipiente construção jurisprudencial e doutrinária sobre o tema posto a exame. Em uma perfunctória pesquisa, constata-se a existência de duas correntes, voltando a primeira pela negativa de trânsito de eventual direito à indenização, a nuclear que a falência das relações de afeto não são passíveis de monetarização; por outro lado, começa a ganhar corpo importante posicionamento a admitir a responsabilização daquele que por sua conduta antijurídica tenha provocado dano a outrem, levando em conta a realidade concreta e as consequências que emergem de uma infidelidade conjugal, sobretudo quando cercada de publicidade e de afetação direta à imagem do outro cônjuge ou companheiro. Antes de aprofundar no tema objeto do presente artigo, imperioso realizar uma singela, mas imprescindível, abordagem sobre o instituto do casamento e a evolução do divórcio no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Infidelidade. Danos morais. Indenização.

### **THE POSSIBILITY OF DAMAGES IN MORAL DAMAGES IN FACE OF MARITAL INFIDELITY**

#### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the possibility of punitive damages in the face of marital infidelity, based on constitutional primed, without losing sight of the law which deals with civil liability, as well as the incipient doctrinal and jurisprudential construction on the topic put to test. In a cursory survey, it appears that there are two streams, turning negative for the first transit of any right to compensation, the bankruptcy nuclear relations of affection are not eligible for monetization; on the other hand, begins to take shape important position to admit that that accountability for their wrongful conduct has caused harm to others, taking into account the reality and the consequences that arise from a marital infidelity, especially when surrounded by advertising and direct violation of the image of the other spouse or partner. Before delving into the topic object of this article, is imperative to have a simple, but essential, approach to the institution of marriage and the development of divorce in Brazilian law.

**Keywords:** Infidelity. Damages. Indemnity.

## 1 INTRODUÇÃO

O afeto tornou-se o eixo condutor das relações familiares e dessa forma passou a ser tutelado como um bem jurídico, dada sua relevância.

No contexto do casamento e da união estável, o afeto pode ser entendido como o sentimento que vincula duas pessoas que se afeiçoam através de uma relação de convívio.

Hodiernamente, a finalidade do casamento/união estável não mais se limita tão-somente a legitimar a prole, mas tem como alvo a busca da felicidade e a realização pessoal dos consortes e conviventes.

No tocante ao casamento, ainda que o afeto seja o norteador das relações matrimoniais, não se pode olvidar que tais relações derivam de um vasto arcabouço de direitos e deveres que emergem do próprio Estado, através da legislação, da Igreja e da sociedade perante a qual se apresentam os nubentes.

No que pertine aos deveres, são aqueles que dizem respeito à mútua assistência, respeito e consideração mútuos, guarda e educação dos filhos, coabitação no lar conjugal e fidelidade. Amparado neste último e talvez mais polêmico dos deveres matrimoniais, é que se sedimenta o caráter monogâmico do casamento.

A quebra desse dever, de fidelidade, em grande parte, dá ensanchas ao processo de divórcio, na maioria das vezes, litigioso, não obstante após o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 13.07.2010, que ditou nova redação para o art. 226, § 6º, da Constituição da República, não mais se exige o fator culpa como causa de pedir remota do divórcio que se libertou da invasiva discussão de uma culpa, no mais das vezes reflexa e de difícil apuração pelo Poder Judiciário.

Todavia, a par de extirpada como fundamento para demarcar a lide que noticia a quebra da conjugalidade, não se pode negar que essa infidelidade, em determinadas circunstâncias, pode produzir tamanho abalo na estrutura psicológica do cônjuge traído que afete a mais não poder a dignidade da pessoa humana, fundamento insculpido no primeiro artigo do Diploma Constitucional Brasileiro.

Ademais, é possível que essa lesão ao ânimo psíquico do outrem, advinda da transgressão do dever de fidelidade conjugal, resulte em danos de ordem moral, à saúde, imagem e reputação do ofendido.

Postas essas premissas, vem à lume o questionamento alvo da presente reflexão: é defensável o pedido de indenização por danos morais em face do rompimento do vínculo conjugal em virtude da infidelidade de um dos consortes?

O tema é objeto de paixões e polêmicas e diversas interrogações. Poder-se-ia redarguir que a só admissibilidade do pedido engendraria a banalização do tema versando sobre a indenização por

danos morais ou introduzindo tópico referente à monetarização das relações de afeto? Seria pertinente tratar de uma questão eminentemente pecuniária nesta seara familiar, cujo elemento mantenedor é a afetividade? Todavia, poderia restar indene de responsabilização o causador de um dano ao seu parceiro, cujo direito de ser ressarcido encontra-se constitucionalmente amparado?

Assinale-se que a questão não é de fácil solução, permeada, portanto, por múltiplas vertentes jurisprudenciais e doutrinárias.

À luz desta realidade, o assunto impõe uma análise mais acurada, buscando encontrar o necessário ponto de equilíbrio, se prestando o trabalho focalizado a analisar, dentro das limitações naturais da pesquisa proposta para um artigo, os posicionamentos de maior escol postos no direito brasileiro sobre tão instigante tema.

## 2 O INSTITUTO DO CASAMENTO

O termo casamento suscita, entre os estudiosos desta instituição do direito privado, os mais diversos conceitos.

Assevera Carvalho (2009, p. 23) que tais conceitos são variáveis, a depender da “época e concepção da natureza jurídica dos doutrinadores”. São inúmeras as definições do que vem a ser casamento, envolvendo desde aspectos religiosos, sociológicos, históricos e jurídicos.

À época clássica do Direito Romano, o casamento era definido como “a conjugação do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, comunhão do direito divino e do direito humano.”<sup>1</sup> (CARVALHO, 2009, p. 23).

Indiscutível é o fato de que o casamento sempre remete à noção de constituição de família e os contemporâneos doutrinadores não se distanciam dessa idéia.

Rodrigues (2002, p. 19) define casamento como “um contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Por sua vez, para Carvalho (2009, p. 24), casamento é “a união legal de um homem e uma mulher com o intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres”.

Não obstante às definições doutrinárias, a Lei nº 10.406 de 2002 que instituiu o vigente Código Civil, em seu Livro IV, ainda que tenha concedido primazia ao tema casamento, sendo o primeiro a ser tratado no âmbito do Direito de Família, não se deteve a conceituá-lo nem tampouco o termo família. Limitou-se a regulamentar questões pertinentes aos requisitos para sua celebração, impedimentos, causas suspensivas, sua eficácia e os diversos regimes de bens entre os cônjuges.

---

<sup>1</sup>*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.*

Segundo Dias (2009, p. 140), “quem melhor define a família é a Lei Maria da Penha (L. 11.340/2006): relação íntima de afeto (LMP 5.º III)”. Através dessa assertiva introduzida pela ilustre doutrinadora, possível se torna a construção do seguinte silogismo: se o casamento é a constituição de uma família e essa família pode ser traduzida numa relação íntima de afeto, logo percebe-se que o elemento impulsionador e mantenedor do casamento, outro não seria, senão o afeto.

Incontestável é que a vida é muito mais dinâmica que o direito, e que o mero cumprimento dos deveres advindos de lei, como os previstos nos incisos I (fidelidade recíproca) e II (vida em comum, no domicílio conjugal) do art. 1566 do Código Civil, perderam em espaço frente à questão da afetividade. Ainda que o casamento goze de “grande proteção” como forma de constituição da família, seja por parte de instituições religiosas ou até mesmo pelo Estado, face aos “obstáculos” oferecidos para impedir sua dissolução, desnecessário ressaltar que legislação alguma estenderá aos cônjuges a garantia do afeto necessário à manutenção do casamento.

Assevera Dias (2012, p. 19) que foi a “influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal que levou à consagração do matrimônio como eterno”. De acordo com a autora (2012), a histórica negativa em conceder a separação do casal tinha como justificativa a proteção do patrimônio destes, todavia sem preocupação com a felicidade de ambos. Assim, as pessoas eram obrigadas na manutenção de um vínculo conjugal, por vezes afetivamente desfeito.

Conforme mencionado alhures, a vida é dinâmica e a evolução da sociedade, aliada ao rompimento de dogmas até então impostos, queda de tabus, ou seja, transformações diversas, acabaram por produzir mudanças arrojadas na seara do direito de família, sendo a última delas, e talvez a mais notória e importante, a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 que instituiu o divórcio, sem procedimento prévio, prazo ou culpa do outro cônjuge, no direito pátrio.

Entretanto, a introdução desse instituto no Brasil foi permeada de “muita resistência e várias derrotas legislativas”, como assegura Pereira. (2013, p. 29).

### **3 EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO NO DIREITO BRASILEIRO**

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2013, p. 31), advogado especializado em Direito de Família e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, “a luta pelo divórcio no Brasil remonta há quase dois séculos. [...] Por isso, pode-se dizer que a Emenda Constitucional nº 66/2010 é o coroamento desta histórica luta.”

No ano de 1891, quando da promulgação da primeira Constituição Republicana do Brasil, época marcada pela ruptura entre Igreja e Estado, foi disciplinada a separação de corpos, desde que os motivos condicionantes correspondessem a sevícia, injúria grave, adultério ou abandono

voluntário do domicílio conjugal. Passados dois anos, foi apresentada então no Parlamento, pelo Deputado Érico Marinho, a primeira propositura de cunho divorcista.

Em 1901, o jurista Clóvis Beviláqua apresentou projeto de sua autoria dispondo sobre o Código Civil. Após várias alterações promovidas em seu texto, a proposta foi aprovada e resultou no Código Civil de 1916. Tal legislação permitia o rompimento da sociedade conjugal por meio do desquite<sup>2</sup>, todavia autorizando-se apenas a separação dos cônjuges, mas não a dissolução do vínculo matrimonial. Dessa forma, as pessoas desquitadas, ainda que não mais casadas, não poderiam contrair novo matrimônio.

Com o advento da segunda Constituição da República no ano de 1934, previu-se o princípio constitucional da indissolubilidade do casamento, preceito este mantido pelas Constituições de 1937, 1946 e 1967.

Em março de 1975, foi apresentada proposta de Emenda à Constituição de 1969, em que se previa a dissolução do vínculo matrimonial desde que decorridos cinco anos de desquite ou sete anos de separação de fato. Tal emenda, ainda que obtendo a maioria dos votos favoráveis, não alcançou o quorum necessário para sua aprovação.

Apenas no ano de 1977, o divórcio foi instituído por meio da Emenda Constitucional nº 09 de 28 de junho de 1977<sup>3</sup>, regulamentada através da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

A despeito da conquista alcançada pela sociedade brasileira com a instituição do divórcio, ainda que contando com inovações diversas, o mesmo somente era possível “após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, conforme se extrai da anterior redação do art. 226, § 6º da Constituição da República de 1988. Segundo Lara (2012, apud DIAS, 2012), introduz-se no direito pátrio o sistema binário de dissolução da sociedade e vínculo conjugal, em que é necessária primeiramente a separação dos cônjuges, para somente após se divorciarem. Ademais, necessário ainda o apontamento das causas que motivaram tal dissolução.

Nesse sentido, a diferença de ordem prática do instituto do divórcio para o da separação é que este último, ao contrário do primeiro, não permitia novo casamento. A essa situação, Carvalho

---

<sup>2</sup>Art. 316. A ação de desquite será ordinária e somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se, porém, o cônjuge for incapaz de exercê-la, poderá ser representado por qualquer ascendente, ou irmão.

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério.

II. Tentativa de morte.

III. Sevícia ou injúria grave.

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

<sup>3</sup> Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9. de 1977)

(2010, apud DIAS, 2012) atribui a nomenclatura de “divórcio de cama e mesa que interrompia a relação, mas matinha o vínculo conjugal”.

Diante do quadro exposto, nota-se a inegável interferência estatal na vida de particulares, “desestimulando” o fim do casamento e insistindo na manutenção de um vínculo de caráter puramente jurídico, uma vez que inexistentes os vínculos afetivos, face a uma relação certamente desgastada. Alegava-se que o intuito por parte do Estado ao oferecer empecilhos à dissolução do casamento era a preservação da família.

Precisos foram o decorrer de 30 (trinta) anos, avanços jurisprudenciais e, sobretudo, o amadurecimento da sociedade que culminaram na aprovação e promulgação, em julho de 2010, da Emenda Constitucional nº 66/2010<sup>4</sup> que, promovendo alteração no parágrafo 6º do art. 226 da Constituição da República de 1988, institui o divórcio direto no Brasil. E por que “divórcio direto”? Porque tal legislação terminou por “sepultar” o instituto da separação judicial e não mais exigíveis tornaram-se os desarrazoados prazos para conversão da separação em divórcio, além de extinguir a perquirição das causas que motivaram a dissolução do vínculo matrimonial.

A indigitada norma constitucional, dispensada sua regulamentação por qualquer legislação infraconstitucional, ingressou no ordenamento jurídico com eficácia imediata e direta, permanecendo a Lei nº 6.515/1977 vigente apenas no que diz respeito às normativas de caráter processual.

Dessa forma, possibilitou-se a qualquer dos cônjuges a busca pelo divórcio, sem a necessidade de aguardar prazos ou declinar motivos e causas para tanto.

Necessário lembrar que em período antecedente à Emenda Constitucional nº 66/2010, o descumprimento dos deveres conjugais dispostos no art. 1566<sup>5</sup> do Código Civil, dentre eles a fidelidade recíproca, possibilitava ao “traído” a busca da separação, impondo ao outro a culpa pelo término da sociedade conjugal. Hodiernamente, acentua Dias (2012, p. 27) que “toda a teoria da culpa para o decreto do fim do casamento esvaiu-se, e não é mais possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento”.

Destarte, no que tange à questão da fidelidade, trata-se essa de um direito não exequível, portanto desprezada pela jurisprudência atual a identificação do culpado que transgrediu tal dever.

---

<sup>4</sup> Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:  
"Art. 226. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

<sup>5</sup>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

A par da nova roupagem que EC/66 trouxe para o divórcio, avolumou em significado, no âmbito do direito de família, a possibilidade de se pedir reparação de danos, nas hipóteses em que o dever de fidelidade violado por um dos cônjuges tenha atingido de tamanha monta o ânimo psíquico, moral e intelectual do outro que lhe subsista o direito de pleitear a devida indenização. Não se cogita aqui e tampouco de alvitrou na doutrina e jurisprudência de se admitir como vetores interligados infidelidade conjugal e direito a reparação por danos morais do cônjuge enganado. A reparação só tem lugar, como se verá, em situações excepcionais e extremadas.

#### **4 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DA INFIDELIDADE CONJUGAL**

Imprescindíveis ao tratamento do tema acima algumas considerações acerca do dano moral.

Extrai-se do art. 5º, X, da Magna Carta, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação”.

Na lição de Cavalieri Filho (2008, p. 80-81), entende-se dano moral sob dois aspectos distintos:

Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. [...] em sentido amplo, envolve [...] diversos graus dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Por sua vez, Gonçalves (2009, p. 359) assim conceitua dano moral:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta a lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

No entanto, leciona este último autor que a dor, angústia, dissabores e humilhação experimentados pela vítima não são propriamente o dano moral, mas sim o conteúdo, a consequência eventual do dano.

Avulta ressaltar que é não qualquer sofrimento que pode dar ensejo à indenização por dano moral, sob pena de ocorrer um desvirtuamento nas pretensões reparatorias, especialmente no que tange ao fim de um casamento em razão de infidelidade conjugal, visto que não se pode mercantilizar as relações de afeto.

Todavia, não podem passar incólumes e subtrair-se as consequências jurídicas daquele que, por comportamento reprovável, tenha atribuído a outrem dano, ainda que de natureza extrapatrimonial.

O Código Civil de 2002 prescreve em seu art. 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dessa forma, ainda que haja certa resistência, paulatinamente, tem a doutrina e a jurisprudência, ao menos em parte, proclamando a possibilidade da indenização por danos morais em face da infidelidade conjugal, de vez que são juridicamente relevantes o patrimônio íntimo, o sentimento espiritual que tenham sido violados.

Portanto, é necessário reconhecer o direito à reparação de danos morais em virtude do fim de uma união proveniente de infidelidade de um dos cônjuges, de forma que o que deve ser evitado são os abusos, balizando a reparação à realidade concreta em confronto com a dimensão alcançada pela infidelidade e seus desdobramentos na esfera no ofendido.

Percebe-se que o tema em comento não é de fácil solução, portanto, ainda que tenha seus adeptos, não se encontra pacificado seja em sede jurisprudencial ou doutrinária, encontrando velada resistência.

Os que perfilham a não reparabilidade dos danos morais havidos entre os cônjuges, em virtude da ruptura do vínculo afetivo, motivado por infidelidade, sustentam que, na seara do direito de família, não há que se falar em indenização. Isso porque são sentimentos de amor e afeto que balizam essas relações interpessoais, e amor, carinho, convivência não se pagam, de forma que a dor e a frustração advindas da extinção daqueles não são passíveis de serem indenizadas, eis que não têm cunho econômico e não se afigura possível compensar financeiramente o fim do amor e o desejo, latente de todos os seres humanos, de ser feliz com a pessoa que lhe pareça ideal.

A indenização por danos morais vem crescendo no Brasil a partir de 1988, com a Constituição da República, principalmente nas relações de consumo. Indeniza-se facilmente por um constrangimento ou sofrimento causado por um cheque devolvido incorretamente pelo banco, por exemplo. No Direito de Família o assunto é recente, e as resistências ficam, inclusive, por conta do medo de se instalar uma indevida indústria indenizatória, com uma avalanche de pessoas requerendo, aos tribunais indenização por todo e qualquer sofrimento nas relações amorosas. (CUNHA PEREIRA, 2013, p. 128)

É inegável que, do mero rompimento da sociedade conjugal, não emerge a possibilidade de pleitear danos morais. Deveras, o amor e o afeto não se constituem como uma obrigação moral, e a eventual infidelidade proveniente da cessação desses sentimentos é destituída de sanção jurídica.

A renomada autora Maria Berenice Dias assinala que “a tendência atual da jurisprudência é afastar a possibilidade indenizatória por dano moral em face do descumprimento do dever de fidelidade.” (2012, p. 70).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim pronunciou-se:

Dano Moral. **Infidelidade conjugal. Inadmissibilidade.** Não se vislumbra situação ensejadora de responsabilidade civil. **Dissabores ou contrariedades que não podem ser reconhecidos como aptos a ensejar a fixação de indenização por dano moral.** Sentença de improcedência mantida Recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível nº 0126482.86.2006.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silvério Ribeiro, Data do julgamento: 27/07/2011, *grifos nossos*)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sufragou entendimento:

Apelação Cível - Ação de indenização por danos morais - **Infidelidade** - Ciência da ofendida - Filho havido fora da relação estável - Prosseguimento da vida em comum - Perdão tácito e expresso - Dano moral não configurado - Indenização indevida. **A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão-somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos.** Quando ocorre o perdão por parte do cônjuge ou companheiro não culpado, não há falar em indenização por dano moral à parte supostamente ofendida. Na hipótese dos autos, em que a requerente, após o conhecimento da infidelidade do companheiro, viveu por mais dois anos em sua companhia e declarou em audiência tê-lo perdoado, buscando a continuidade da sociedade conjugal, não há que se falar em dano moral decorrente de adultério. (TJMG, Apelação Cível 1.0713.08.086870-4/003, 17ª CÂMARA CÍVEL, Rel. Des. Luciano Pinto, Data do julgamento: 02/09/2010, *grifos nossos*)

Ressalta Gonçalves (2009) que, em princípio, desavenças de cunho familiar ou mesmo relacionamentos extraconjugais não se configuram como circunstâncias ensejadoras de indenização.

Forçoso reconhecer que a fundamentação que serve de arrimo para os adeptos da resistência à ressarcibilidade pelos danos morais, oriundos da infringência ao dever de fidelidade, são relevantes, impressionando o argumento da não monetarização do afeto e do direito de ser feliz, ainda que a custa do abandono do consorte ofendido. No entanto, tais assertivas não podem cerrar portas de modo a se patentear em óbice a essa pretensão indenizatória.

É ponto pacífico na doutrina e na mais autorizada jurisprudência, a possibilidade da reparabilidade dos danos morais, vez que trata-se de um direito fundamental com previsão constitucional nos incisos V e X do art. 5º da Magna Carta.

Além do preceito constitucional, a possibilidade de indenização funda-se em normas de responsabilidade civil, constante do art. 186 do Código Civil de 2002, que estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Necessário mencionar ainda os art. 187 e 927 do mesmo *Codex*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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.

Ainda que inexistente na legislação brasileira, dispositivo expresso que trate da reparação decorrente do dano em face da conduta infiel do consorte que dá causa à dissolução do vínculo matrimonial, percebe-se que diante daqueles outrora citados de ordem constitucional ou civil, no que tange ressarcibilidade, não há restrição sequer em sua aplicação a qualquer seara do direito, inclusive de família, razão pela qual não se sustenta a intransigência ao entendimento da inadmissibilidade de indenização por danos morais decorrentes da infidelidade conjugal, que deflagre na ruptura do vínculo, ao singelo argumento de ausência de previsão legal.

É fundamental ressaltar, para evitar desvirtuamento do tema e por cobro a interpretações distorcidas, que não é qualquer situação de infidelidade conjugal, que faz emergir o dever de indenizar. Isso porque, no mais das vezes, trata-se de questão suscitada em juízo simplesmente de forma a afrontar e perturbar o ex-parceiro, portanto não merecendo guarida no âmbito judiciário tais pretensões reparatórias. Comenta Dias (2009, p. 117) que “não cabe indenizar alguém pelo fim de uma relação conjugal. Pode-se afirmar que a dor e a frustração, se não queridas, são ao menos previsíveis, lícitas e, portanto, não indenizáveis”.

Vê-se que o tema é tão palpitante, que a mesma renomada autora, em recente obra publicada no ano de 2012, versando sobre comentários à Emenda Constitucional nº 66/2010, não deixa de pontuar, por probidade intelectual e respeito a seus leitores, que a violação de deveres do casamento, tal como o de fidelidade, ainda que não gere a obrigação indenizatória, vem a doutrina se inclinado a sustentar que se tal postura infringente uma vez ostentada de maneira pública e comprometendo, a reputação, imagem e dignidade do outro cônjuge, é passível de indenização.

No entanto, é necessária a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa – dano, culpa e nexo de causalidade –, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia. (DIAS, 2012, p. 71)

De ver-se que o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo reformulou seu posicionamento histórico, para admitir a possibilidade de indenização<sup>6</sup>, reposicionando-se na esteirada moderna vertente doutrinária que apregoa a possibilidade de indenização por danos morais resultantes da dissolução da sociedade conjugal. No caso em tela, ainda que primeiramente salientado que a falência da sociedade conjugal pela quebra do dever de fidelidade não configura direito à

<sup>6</sup> Indenização. Dano Moral. Quebra do dever de fidelidade. Comprovação. Falência da sociedade conjugal que, por si só, não configura o dever de indenizar. Todavia, configurado ato ilícito por parte do ex-marido que decidiu morar com a amante em residência próxima a de sua ex-mulher e filhas. Conduta abusiva. Dever de indenizar. Redução do dano moral. Recurso provido em parte. (TJSP, Apelação Cível nº 0322703- 37.2009.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, Data do julgamento: 12/04/2012)

ressarcibilidade, reconheceu-se o ato ilícito e, conseqüentemente, o dever de indenizar por parte do ex-marido uma vez que o mesmo decidiu morar com a amante em residência próxima de sua ex-mulher, configurando, portanto, sua conduta abusiva, uma dor moral a merecer a tutela do Estado, se enquadrando no figurino da excepcionalidade esposado no presente trabalho.

Comungando do mesmo entendimento, assentaram os Tribunais de Santa Catarina e Minas Gerais:

Apelação cível com recurso adesivo - Sentença prolatada em ação de indenização por dano moral ajuizada pelo marido contra a esposa que manteve relacionamento extraconjugal do qual adveio a concepção e nascimento de criança - Marido que, induzido em erro, promoveu o registro do infante como seu filho - Pedido julgado procedente - Reparação fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - **Violação dos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos, inerentes ao casamento**- Abandono do lar pelo cônjuge virago, que levou o infante consigo, proibindo o pai sócio-afetivo de visitá-lo - **Publicidade do adultério** - Divulgação da intimidade do casal no ambiente de trabalho do cônjuge varão - **Evidente violação à honra subjetiva da vítima** - Conduta desonrosa - Insurgência da requerida, que sustenta que a sua infelicidade e frustração justificam o seu comportamento imoral - Alegação de que o recorrido tinha conhecimento de que não era o pai biológico do menor, assim como de que sua mulher mantinha relações sexuais com o marido de uma colega sua de trabalho - Fatos não demonstrados - Evidente abalo moral daquele que, iludido pela esposa, criou e educou, como se seu fosse, descendente do amásio - Transgressão dos direitos à honra, à intimidade, à verdade e à integridade psicológica - **Conduta da apelante que configura ato ilícito previsto no art. 186 do cc - Dever de indenizar configurado** - Manutenção da respectiva obrigação. (TJSC, Processo nº 2009.005177-4,4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Data do Julgamento: 01/09/2011 – *grifos nossos*)

**Danos morais - Infidelidade conjugal** - Agressões físicas e psicológicas - Ônus prova. **Quando desrespeitado algum dos deveres conjugais, aquele se sentir ofendido tem o direito de propor ação de dissolução do casamento, imputando ao outro a conduta antijurídica.** Tal imputação, porém, tem cabida no âmbito do Direito de Família e não no âmbito da responsabilidade civil. O ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do art. 333, CPC, sendo certo que meras alegações, despidas de conteúdo probatório seguro, não são aptas a amparar o direito que se perquire. **Comprovado o dano e a conduta ilícita, bem como o nexo causal entre ambos, está configurado o dever de indenizar.** (TJMG, Apelação Cível 1.0372.09.039415-9/001, 14ª CÂMARA CÍVEL, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, Data do julgamento: 19/04/2012, *grifos nossos*).

Contata-se, sem esforço de pesquisa mais apurada, que as Cortes brasileiras, ainda que timidamente, começam a abraçar a tese da indenização pelo dano moral mediante a infidelidade conjugal, afinadas, portanto, aos preceitos constitucionais, à legislação infraconstitucional e à contemporânea doutrina.

Conforme ressaltado anteriormente, ainda que o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 tenha extirpado a necessidade da identificação culpa para fins de divórcio, essencial remeter à douta lição de Maria Berenice Dias, a qual explica que “o fim da culpa para cancelar a extinção do casamento não exclui a possibilidade de ser perquirida para finalidade outra, como por exemplo, na demanda de natureza indenizatória” (2012, p. 68).

Na mesma linha de raciocínio, sustenta Simão:

Não se pode afirmar que, caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação indenizatória. Isto porque, se houver ofensas físicas ou morais, agressão aos direitos de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente. O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal. (2010, apud DIAS, 2012, p. 68-69).

Entre os favoráveis à tese da reparabilidade dos danos morais, poder-se-á citar Cahali (1998, apud TOALDO; TORRES, 2009). Nas palavras do autor, estando a infração dos deveres conjugais em condições para produzir dano moral, por interpretação extensiva do art. 186 do Código Civil, há argumento suficiente a ensejar a reparação do cônjuge ofendido.

Corroborando tal entendimento, Tavares da Silva (1999, apud GONÇALVES, 2009, p. 66) assevera que:

A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral.

É indubitável que o assunto acerca da reparabilidade dos danos oriundos da infidelidade conjugal é divergente e que a busca dessa indenização não pode ser, conforme afirma Dias (2009, p. 115), “a panacéia para todos os males”.

Volta-se a afirmar que não se busca, com a defesa de tal tese, a mercantilização das relações de afeto, até mesmo porque impossível imiscuir-se no âmago de outrem para avaliar o alcance da dor acarretada pela infidelidade do consorte e mensurá-la monetariamente para fins de quantificação do valor do dano moral devido.

Outro não aparenta ser o entendimento de Cavalieri Filho (2008, p. 91) ao salientar que o dano moral é “insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a compensação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação que uma indenização”.

Destarte, reforça-se que, em tema de indenização por danos morais oriundos do descumprimento da fidelidade conjugal, não basta tão-somente a quebra de tal dever, exigindo-se a análise da gravidade do ato e a ponderação pelo judiciário dos sentimentos e valores éticos em conflito que variam de pessoa a pessoa, com algumas somatizando mais do que outras a suposta dor e notadamente as condições de exposição a que o cônjuge infrator expõe o ofendido, com desnecessária publicização da infidelidade que alcança até as redes sociais, produzindo inegáveis reflexos na vida pessoal e no trabalho do ofendido, embora não se negue que a honra que fica manchada seja do cônjuge violador do dever, permanecendo no aspecto puramente subjetivo incólume a honra do consorte inocente.

Como se sabe, o arbitramento do valor do dano moral é tarefa árdua e delicada, porque preme de subjetividade, demandando atenção especial do julgador, pois tarifá-la é função por demais tormentosa, sobretudo a dor da alma, decorrente da exposição derivada da infidelidade conjugal.

A reparação do dano moral não visa recompor no sentido literal a dor, pois esta não tem preço e não pode ser quantificada. Dano moral é, pois, aquele que diz respeito às lesões sofridas pela pessoa, de natureza não econômica, ou seja, puramente ideal.

A maior dificuldade, porém, se situa no campo do valor a ser indenizado conforme ressalta o Civilista Clóvis Beviláqua, para quem a dificuldade: **“abre a porta às especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos”** (Código civil comentado, 5. ed., v. 5, p. 319).

Dentro deste contexto, notadamente no âmbito do direito de família, o julgador precisa atentar para o fato de que, se a indenização for de valor irrisório, se reverterá em humilhação e implicará um sofrimento moral às vezes semelhante ao que se pretende indenizar. Por outro lado, se for exorbitante, será imoral e representará a consagração do enriquecimento imoderado.

Assim, presentes os requisitos da infidelidade conjugal, com exposição visível e vexatória do outro cônjuge, a negativa ao reconhecimento do instituto equivaleria a negar vigência ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, porta de entrada do direito brasileiro, plasmada no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

A falência de um projeto de vida, representado pelo casamento, é causadora de considerável abalo e dor, ainda que psíquicos e emocionais, que não podem passar despercebidos pelo Estado.

Ainda que a legislação brasileira elenque os mais variados direitos e deveres a serem observados pelos nubentes, não resta dúvida de que o cerne de um relacionamento conjugal funda-se em questões pessoais e sentimentais, visto que o afeto insere-se no conceito de “vida a dois” como essência dessa relação.

Dessa forma, alçado ao posto de bem jurídico, devem ser responsabilizados aqueles que porventura transgridam as regras maritais, que venham de encontro à afetividade, sendo a infidelidade conjugal a mais palpável de todas as violações.

Impossível imiscuir-se no âmago alheio e perscrutar-lhe os danos advindos da quebra do dever de fidelidade, para ulterior fixação do *quantum* indenizatório devido ao ofendido.

Ainda que lamentável, a derrocada da vida em comum incitada pela infidelidade de um dos cônjuges não é suficiente para justificar a compensação por lesão aos direitos da personalidade do outro, imputando ao primeiro dos consortes a culpa pelo fim do casamento,

Pela dicção do art. 226, § 6º da Constituição da República de 1988, infere-se que a subjetividade da culpa foi afastada para fins de decretação do divórcio. Contudo, tal fato não impossibilita a perquirição desta culpa para fins de demanda de natureza indenizatória.

A ausência de previsão expressa no direito pátrio, dispondo sobre a reparação do dano em face da infidelidade do consorte que a tenha ostentada de maneira pública, assim comprometendo, a reputação, imagem e dignidade do outro cônjuge, não se traduz em motivo para não aplicação da nova tendência que busca encontrar lenitivo para situações especiais e minimizar não as consequências do desamor, mas do novo amor inconsequente e sem limites.

Preceitos de ordem constitucional e infraconstitucional resguardam o direito à ressarcibilidade dos danos provenientes da conduta antijurídica do outro, ainda que de ordem extrapatrimonial.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, J. E. de. Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento. **Revista Síntese de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 12, n. 59, p. 119-144, abr./maio 2010.

BRASIL. Constituição (1969). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)> Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Consulta Jurisprudencial: Apelação Cível nº 1.0372.09.039415-9/001**. Relatora: Desembargadora Evangelina Castilho Duarte. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br/](http://www.tjmg.jus.br/)> Acesso em: 21 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Consulta Jurisprudencial: Apelação Cível nº 1.0713.08.086870-4/003**. Relator: Desembargador Luciano Pinto. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br/](http://www.tjmg.jus.br/)> Acesso em: 21 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Consulta Jurisprudencial: Processo nº 2009.005177-4**. Relator: Desembargador Luis Fernando Boller. Disponível em: <[www.tj.sc.gov.br/](http://www.tj.sc.gov.br/)> Acesso em: 21 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Consulta Jurisprudencial: Apelação Cível nº 0126482.86.2006.8.26.0000**. Relator: Desembargador Silvério Ribeiro. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br/](http://www.tjsp.jus.br/)> Acesso em: 21 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Consulta Jurisprudencial: Apelação Cível nº 0322703- 37.2009.8.26.0000**. Relator: Desembargador Teixeira Leite. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br/](http://www.tjsp.jus.br/)> Acesso em: 21 abr. 2013.

CARVALHO, D. M. de. **Direito de Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, M. B. **Divórcio já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

PEREIRA, R da C. **Divórcio: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOALDO, A. M.; TORRES, M. E. Z. Indenização por danos morais na separação conjugal culposa em face de infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 11, n. 55, p. 85-132, ago./set. 2009.