

# VIOLAÇÃO DO DEVER MATRIMONIAL DE FIDELIDADE E A DETERMINAÇÃO DE DANO MORAL

Tiago Ribeiro<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é analisar o desrespeito ao dever matrimonial de fidelidade recíproca, o adultério, que tem dado ensejo a propositura de ação de indenização por danos morais. Embora esta situação ainda seja pouquíssimo comentada pelos doutrinadores, já é possível encontrar vários julgados, por todo o país, que convalidam o adultério como ato ilícito, passível de reparação. Contudo, em quais situações será cabível a indenização por danos morais?

**Palavras-chave:** ADULTÉRIO. DANO MORAL. DEVERES ENTRE CÔNJUGES.

## 1. ADULTÉRIO

Segundo o Dicionário Aurélio, o adultério é a “infidelidade conjugal; amantismo, prevaricação”. Para os estudiosos do Direito Penal, até pouco tempo o adultério era crime, o qual se constituía a partir da prática do inequívoco ato sexual. Diferente da traição, que é muito mais ampla, o adultério se limita ao casamento, uma vez que se trata da violação do leito conjugal. Originária do latim, a palavra *adulterium* traduz o impulso físico e psíquico de entregar-se, voluntariamente, a outrem que não o próprio cônjuge. O adultério é a violação do dever matrimonial de fidelidade mútua, e indica a falência da moral familiar. Maria Helena Diniz se faz gloriosa ao conceituar tão claramente o adultério em poucas linhas:

Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro. Fernando Santosuosso alude à exclusividade das prestações sexuais pelos cônjuges, definindo o matrimônio como “a voluntária união, pela vida, de um homem e de uma mulher, com exclusão de todas as outras”. Com isso a liberdade sexual dos consortes fica restrita ao casamento. A infração desse dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência da moral familiar, desagregando toda a vida da família, além de agravar a honra do outro cônjuge, injuriando-o gravemente.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Advogado, especialista em Ciências Penais.

<sup>2</sup>DINIZ, Maria Helena Diniz. *Op. Cit.* 2008. p. 130

O ilícito de adultério surge como proteção ao casamento, base da família, e de toda a sociedade. O adultério foi, por muito tempo, considerado fato criminoso. Em 29 de março de 2005, contudo, a Lei n. 11.106/05 deixou de considerar o adultério como tal, passando a ser considerado apenas ilícito civil. Entenda-se que não se trata de vangloriar o adultério, e nem mesmo de deixar de observar a sua gravidade. Ocorre que o matrimônio, e mesmo a família, hoje são perfeitamente amparados pelo ordenamento jurídico de outras formas que não penalmente. Além disso, acabamos por concluir que o adultério não tem porquê ser tratado como crime. Não que este não seja um ato reprovável e digno de punição. Mas porque não atende aos critérios de definição do crime, propriamente dito. Para que um ato assim seja considerado, deve oferecer uma grave ofensa à sociedade, uma grave ameaça à população em geral. Uma vez que o adultério constitui ofensa direta ao indivíduo, atingindo interesses relevantes a ele, tão somente, não há porque considerar o adultério um crime, reprimido com sanções severas, tais como a prisão. O adultério, como ofensa à dignidade do indivíduo que é, permeia a esfera da moral, saindo da objetividade concernente ao Direito Penal.<sup>38</sup>

Em um primeiro momento, considera-se o adultério da mulher ainda mais grave que o do homem, haja vista aquele ter conseqüências mais graves que este. Tais conseqüências se materializariam com o nascimento de um filho advindo da relação adúltera. Esta sempre lembrada pela presença da criança, ou seja, da prole alheia no seio da família.

Argumentava Pothier que “o adultério que a mulher pratica é infinitamente mais prejudicial à boa ordem da sociedade civil, porque tende a despojar as famílias e fazer passar bens e filhos adúlteros que lhe são estranhos”.<sup>39</sup>

É obrigação de ambos os cônjuges a lealdade e a confiança recíproca, sendo o adultério a violação da fé conjugal. Conceitua GANGI sob o aspecto moral do adultério da mulher:

O adultério do marido é tão reprovável quanto o da mulher. E ainda sob o ângulo jurídico a diversidade de tratamento não se explica, uma vez que a obrigação de fidelidade incumbe igualmente ao marido como à mulher, se bem que o adultério do marido representa sempre para a mulher um ultraje tão grave como o que supõe para o marido o adultério da mulher. É inegável, certamente, que as conseqüências que advêm do adultério da mulher são mais graves que as ocasionadas pelo marido, entretanto, não é esta uma razão suficiente para justificar a diferença de tratamento.<sup>40</sup>

<sup>2</sup> BRASIL. **Lei 11106/05 de 28 de março de 2005**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96809/lei-11106-05>>.

<sup>3</sup> POTHIER *apud* DINIZ, Maria Helena Diniz. *Op. Cit.* 2008. p. 206

<sup>4</sup> GANGI, Calogero. **Derecho Matrimonial**. 1960 *apud* LIMA, Domingo Sávio Brandão. **Adultério Causa da Separação**. 1975. p. 105

Sendo a idéia principal do casamento, a comunhão plena de vida entre os cônjuges, o adultério romperia este elo, acabando com a confiança de um no outro, violando o dever de respeito e consideração mútuos, presente no Artigo 1566 do Código Civil. O referido Artigo menciona os deveres recíprocos entre os cônjuges. Deveres estes necessários para a construção da relação conjugal, e também para sua manutenção. São eles:

- I – fidelidade recíproca;
- II – vida em comum, no domicílio conjugal;
- III – mútua assistência;
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
- V – respeito e consideração mútuos.

Cada um destes deveres são de suma importância para a existência não somente do instituto do casamento, mas de uma relação entre os cônjuges. O desrespeito a qualquer um destes deveres constitui causa para a separação judicial.

Necessário se faz distinguir o adultério da traição, esta muito mais ampla que aquele. Enquanto o adultério se restringe ao casamento, a traição se espalha a todo relacionamento humano onde haja a confiança: nas amizades, nos negócios, nas guerras, na política. A traição fere direitos que provêm de valores morais do ser humano, direitos personalíssimos, os preceitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, a integridade moral do indivíduo, vindo a se projetar em seus sentimentos. Ato tão somente preparatório da relação sexual, encontros e namoros não constituem adultério, mas caracterizam grave injúria, sendo também causa para a separação judicial. A conduta não apropriada de um dos cônjuges, de forma que esta venha a ofender a honra do outro, mas que não chegue a configurar adultério, é tratada como afronta ao dever de “respeito e consideração mútuos”.

O dever de fidelidade recíproca perdura enquanto durar o casamento. Ainda que os cônjuges estiverem separados de fato, configura-se o adultério, se um cônjuge tiver relação sexual com outra pessoa que não seu consorte. Os cônjuges só serão novamente livres sexualmente após o término do casamento, seja pela separação judicial, pelo divórcio, pela morte de um dos cônjuges, ou mesmo pela anulação do casamento. Contraditório a este pensamento, é o Artigo 1723 do Código Civil, que em seu § 1º admite a união estável entre pessoas separadas de fato apenas, mas que possuam o estado civil de casadas. Antes mesmo da elaboração do referido diploma legal, em 2002, vários julgados entendiam que, no caso da separação de fato, não há mais que se falar em dever de fidelidade recíproca, ou de respeito e consideração mútuos, já que o animus de cessar a relação conjugal bastaria para tanto.

A violação dos deveres do casamento pode causar prejuízo moral ao cônjuge. O adultério pode levar o nome do cônjuge traído a situações vexatórias, embaraçosas, de zombaria e de desprezo. É daí que surge o direito à indenização, do dano moral, e muitas vezes material também, causado pela conduta desonrosa de um sobre o outro. Medir-se-á a indenização pela extensão do dano causado ao outro, pelo abatimento psicológico a que foi submetido. Esta irá propiciar ao ofendido uma espécie de compensação pelo seu sofrimento, pelo vexame e desgosto pelos quais passou, representando ainda uma sanção para o culpado, uma punição que irá desestimulá-lo a reincidir no ilícito.

Uma vez presentes os pressupostos para a concessão da indenização por danos morais, qualquer pessoa pode vir a pleiteá-la em juízo. A indenização por danos moral decorrente do adultério é certa, haja vista a fidelidade ser um dever de ambos os cônjuges, previsto na legislação. Comprovada a existência do dano, este deve ser reparado. Entretanto, a legislação só abrange o adultério, deixando de lado a mera traição. Antes de qualquer observação, mister se faz observar a redação do Artigo 159 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O dano existe mesmo sem a previsão legal. O companheiro que comete traição, causa dano à concubina. O que muda, em suma, é a definição legal para o ato praticado. Este dano, então, será tratado em sentido amplo, irrestrito, e ilimitado. A possibilidade da indenização provém da garantia constitucional da inviolabilidade da honra. Uma vez violada a honra do indivíduo, cabe indenização por dano moral (Artigo 5º, X, da Constituição Federal). Até mesmo porque a traição não irá ferir somente a honra, mas causar dor, sofrimento, angústia à pessoa traída. A indenização será o modo de compensar o cônjuge prejudicado, não mais com a prisão do autor, mas com a diminuição do seu patrimônio, o que configura uma sanção extremamente eficaz, diga-se de passagem.

O cônjuge que deseja pleitear a indenização por danos morais, deve antes ingressar com ação de separação judicial litigiosa e, de conformidade com essa, pedir a indenização, seja cumulada àquela, ou separadamente. Não há como pedir indenização sem que haja a separação. Se o cônjuge ofendido deseja continuar casado com o ofensor, é porque não se sente ofendido, realmente com o ato praticado, de forma que não há dano a ser indenizado. Se houve o perdão, é porque não existe mais a tristeza, a vergonha, ou qualquer outro sentimento passível de indenização.

A indenização terá, então, um caráter duplo: compensatório e pedagógico. Este caráter pedagógico irá impedir a prática reiterada do ato, socialmente reprovável que é. A indenização funciona mesmo preventivamente, demonstrando que a conduta é errada para o restante da sociedade. A indenização é uma forma de dizer que o Estado não irá tolerar qualquer ofensa à honra de outrem. Lembre-se que não se trata de reparar a dor, a mágoa, ou o sofrimento, uma vez que estes não são passíveis de reparação, nem têm valor patrimonial. Trata-se de abrandar, de tentar compensar a dor, já que o produto da indenização pode propiciar bem-estar ao ofendido, ainda que passageiro. A indenização nada tem a ver com vingança, por mais que este sentimento teime em permanecer no coração dos homens, e seja tão facilmente associado a este instituto. É uma compensação ao ofendido por todo o sofrimento experimentado.

A doutrina é extremamente omissa no que se refere ao dano moral decorrente do adultério. De forma que o pouco que se encontra sobre o assunto está presente nos recentes julgados, que vêm firmando como certo o direito à indenização do cônjuge traído. A princípio, os eméritos julgadores não tem considerado as simples desavenças familiares como circunstâncias ensejadoras da indenização por dano moral. O que se tem observado é que, para a concessão da indenização, é necessário um dano concreto, uma ofensa grave aos deveres do casamento, de maneira que as conseqüências sejam danosas ao cônjuge ofendido. Vejamos:

Dano moral. Relacionamento extraconjugal. Separação consensual, só por si, não induz a concessão de dano moral. Para que se possa conceder o dano moral é preciso mais que um simples rompimento da relação conjugal, mas que um dos cônjuges tenha, efetivamente, submetido o outro a condições humilhantes, vexatórias e que lhe afronte a dignidade, a honra e o pudor. Não foi o que ocorreu nesta hipótese, porque o relacionamento já estava deteriorado e o rompimento era conseqüência natural.<sup>41</sup>

A partir do julgado acima, é possível vislumbrar que o dano moral é aceito nos casos em que o adultério era imprevisível, em que o cônjuge traído jamais esperaria tal conduta do outro, conduta esta que tenha lhe causado enorme tristeza. Uma vez consumido o casamento pelas dificuldades comuns aos relacionamentos, é normal que cada cônjuge procure sua felicidade sozinho, ou com outras pessoas.

---

<sup>5</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. 2000.001.19674, 2ª Cam. Cív., rel. Des. Gustavo Kuhl Leite, j. 10-4-2001. Disponível em: <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=225>>.

É natural do ser humano buscar a realização e satisfação pessoal, seja com seu parceiro ou com qualquer outra pessoa. Isso é válido também para a união estável, haja vista esta equiparar-se ao casamento. A grande diferença encontrada aqui, é que a traição consumada no decorrer do casamento leva o nome de adultério, e tem previsão legal. Já a traição consumada na união estável não possui previsão legal, e é tão somente traição, tal como a traição a um amigo, parente ou colega.

A grande justificativa do pedido de indenização por danos morais entre cônjuges é a garantia constitucional presente no Artigo 5º, inciso V, da CF, de ser indenizado por danos materiais, morais ou à imagem, além de que o abalo moral e a ofensa à honra estão presentes em quase todos os casos de adultério. Ainda na Constituição Federal (inciso X), lê-se que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Concluindo-se, portanto, que houve prejuízo a alguém, por ação ou omissão de outrem, a um interesse juridicamente tutelado, deve haver indenização. Caberá ao Direito determinar a existência do dano, da culpa, do nexa causal. Ainda assim, há, indubitavelmente, o dever de indenização por conta do dano.

É visível que a presença da Responsabilidade Civil nas ações de dissolução do matrimônio contribui imensuravelmente para decisões mais justas, haja vista, desta maneira, encontrarem-se os cônjuges amparados diante da surpresa que é o adultério, não podendo negar-se que existem graves efeitos emocionais sobre o cônjuge ofendido. A indenização, neste caso, é a concretização da proteção à vítima do adultério. Não se trata de penalizar o outro por que o amor acabou. Ninguém é culpado por deixar de amar alguém. O que estamos tratando aqui é de reparação de danos. Uma vez pacífico o entendimento de que o dano moral existe, e que deve ser reparado, é certo que o comportamento do cônjuge que venha a causar dano moral é, sim, passível de reparação. Um cônjuge que calunia o outro, trata-lhe mal, profere-lhe injúrias, ou viola sua integridade, seja física, moral, ou psíquica, deve reparar os danos provenientes de sua conduta, assim como qualquer outra pessoa repararia em qualquer outra situação.

Jurisprudências de outros países já previam a indenização ao cônjuge traído há muito tempo. Na França, antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, já era firmado o entendimento no sentido de que o cônjuge vítima de dano proveniente de descumprimento de deveres conjugais, teria o direito de pleitear a devida indenização, além do divórcio, propriamente dito, desde que tais danos não sejam consequência do próprio divórcio. Posteriormente, admitiu-se, a partir da Ordenança de 12 de abril de 1945, que o juiz concedesse ao cônjuge “inocente” as perdas e danos pelo prejuízo material sofrido, e também pelo prejuízo moral a este causado pela dissolução do matrimônio.

Hodiernamente, observamos a procedência da indenização na maioria dos casos de dano moral decorrente do adultério. Contudo, ainda há aqueles que entendem que o adultério não configura dano moral. Portanto, cada caso deve ser observado particularmente, para que se possa detectar, ou não, a existência do dano, e a possibilidade de sua reparação. O que irá configurar o dano moral não é o adultério, tão somente, mas as consequências que este teve para a vítima.

Os pensamentos dos julgadores são de extrema oposição, embora o que se veja é a caminhada para aceitar-se o dano moral como produto advindo diretamente do adultério. Há magistrados que afirmem que o adultério apenas basta para causar dano ao indivíduo, ofender sua dignidade e sua honra. Desta forma, o adultério caracterizaria ofensa grave, e seria passível de indenização. De outro lado, há julgadores que entendem ser previsível e perfeitamente normal o relacionamento além do casamento, ainda mais quando este está por ruir. Logo, não haveria qualquer necessidade de indenização face a coisa tão natural e inerente ao ser humano.

Até mesmo a diversidade de pensamento dos nossos eméritos julgadores nos faz concluir, e ter certeza, de que cada caso, cada evento jurídico, é uno. A ciência jurídica não aceita generalizações. O magistrado deve ter o tato e a sensibilidade necessários para analisar cada caso como se esse fosse o único de seu tipo. É claro que haverão semelhanças. Mas a partir da premissa de que o Direito trata de histórias de vida, de conflitos, da relação entre o indivíduo e seus semelhantes, não há espaço para generalidades. Cada caso é único, e para cada caso a lei é adaptável de uma maneira diversa.

O adultério é clara expressão da necessidade humana de socializar-se. A família e o respeito a ela são necessidades para que a sociedade se mantenha em sua totalidade. Afinal, a família ainda é a base da sociedade. Diante da crise que presenciamos com relação à instituição do casamento, percebemos que a sociedade, em face de sua evolução, tende a distorcer os conceitos de moral, respeito, senão recriá-los, de acordo com sua transformação. O ordenamento jurídico não poderia omitir-se em relação a um assunto de tamanha importância. Desta maneira, o legislador abandonou também suas idéias em relação ao casamento e à separação, para o fim de se adaptar à enorme mudança da sociedade, como um todo. Podemos dizer que trata-se de uma mudança jurídico- social em relação a diversos institutos, dentre eles o casamento.

## **2. INFIDELIDADE VIRTUAL**

Com o advento da evolução tecnológica, especialmente no que diz respeito aos meios de comunicação, tornou-se possível se relacionar com pessoas nos mais longínquos lugares do mundo. O avanço tecnológico mudou drasticamente a maneira de se comunicar, revolucionando também as relações amorosas. Hoje é possível relacionar-se com alguém que esteja a milhares e milhares de quilômetros de distância, ver esta pessoa em tempo real, como se o que lhes separasse não fosse a enorme distância, mas tão somente uma tela de computador. Vivemos na chamada era digital.

Num relacionamento virtual, na maioria das vezes as pessoas não se conhecem pessoalmente, e talvez jamais venham a se conhecer. A omissão das informações que o sujeito achar importantes é o que garante a preservação da sua intimidade. Partindo desta nova perspectiva de relacionamento, nasce um novo conceito: a infidelidade virtual. Nomeamos “infidelidade virtual” posto que o adultério somente se materializa com a relação carnal propriamente dita, com a prática efetiva do sexo. Entretanto, não ignoramos a gravidade que tal fato representa, uma vez que, tal como o adultério, ofende a honra do outro cônjuge e os deveres do matrimônio.

Encontros sexuais pela Internet fazem parte, apenas, do imaginário de

cada um. Este seria, em tese, um universo paralelo. Por enquanto, é impossível que os participantes deste universo atinjam um objetivo maior, ou seja, o sexo. Há uma impossibilidade de meios que tende a descaracterizar esta conduta como sendo adultério, de forma que irá caracterizar-se como traição tão somente. Contudo, o que dará ensejo à indenização por danos morais não é, exatamente, a configuração do adultério, mas a existência do prejuízo moral, da ofensa à honra do cônjuge traído.

Assim como na união estável, é possível a obtenção de indenização por conta da traição do companheiro, a infidelidade virtual também ensejará tal pedido. Observa-se, ainda, que antes mesmo de fundamentar a indenização por danos morais, a infidelidade poderá gerar pedido de separação judicial litigiosa.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O dano moral resultante da quebra dos deveres conjugais é o tema sobre o qual procuramos explanar no presente artigo, levando em conta a revolução comportamental que a sociedade vem sofrendo, bem como o crescente avanço tecnológico, que acaba por facilitar as relações sociais, e por nos fazer confrontar com novas situações, até então não imaginadas.

Não há a sociedade que quedar-se satisfeita com os presentes avanços do direito, mas sim buscar o aprofundamento da doutrina e da legislação, de maneira que estas, em conjunto, possam solucionar os casos que se tem apresentado em nosso dia a dia. A doutrina é extremamente omissa no que se refere ao dano moral no casamento e, ainda mais, quanto ao dano moral resultante do adultério, especificamente. Portanto, certa é a necessidade de estudo do tema aqui apresentado, a fim de poder-se proporcionar melhor solução aos casos que surgem todos os dias na seara jurídica.

Insta salientar que este trabalho não tem a finalidade, e sequer a pretensão, de solucionar os conflitos filosóficos e doutrinários atualmente existentes quanto ao presente tema. Mas tão somente orientar o leitor, de maneira que este possa entender o conflito em tela e tomar uma posição, levando-se em conta a omissão doutrinária sobre o presente tema, até então.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Famílias*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2012 .

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil. Direito de família*. 2 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

GANGI, Calogero. **Derecho Matrimonial**. 1960 *apud* LIMA, Domingo Sávio Brandão. **Adultério Causa da Separação**.1975. p. 105

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.

POTHIER *apud* DINIZ, Maria Helena Diniz. *Op. Cit.* 2008. p. 206

SILVA, Wilson Melo da Silva. **O Dano Moral e sua Reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1983

TARTUCE, Flávio, *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v 6. p. 42.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 1999.