



Centro de Educação de Ensino Superior de Brasília – CESB  
Instituto de Ensino Superior de Brasília – IESB  
Bacharelado em Ciências Jurídicas

**JEAN ALAN DE ARAÚJO CARVALHO**

**DANO MORAL NO ADULTÉRIO**

Brasília-DF

2009

**JEAN ALAN DE ARAÚJO CARVALHO**

**DANO MORAL NO ADULTÉRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Brasília, como requisito para obtenção do grau de Bacharel de Direito.

Orientador: Prof. Cristian Fetter  
Mold.

Brasília-DF

2009

**JEAN ALAN DE ARAÚJO CARVALHO**

**DANO MORAL NO ADULTÉRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado pela Banca Examinadora  
com vistas à obtenção de título de  
Bacharel em Direito, do Instituto de  
Ensino Superior de Brasília.

Brasília, DF \_\_\_\_ de novembro de  
2009.

Banca Examinadora:

---

Prof. Cristian Fetter Mold – Orientador

---

Prof. Samantha Ribeiro Meyer

# DANO MORAL NO ADULTÉRIO

Jean Alan de Araújo Carvalho\*

Orientador: Cristian Fetter Mold

## RESUMO

Nos últimos anos se viu uma crescente tendência em se admitir dano moral nas relações de afeto, sem que isso caracterizasse monetarização desse instituto. Contudo, acerca, precisamente, do adultério, foi levantado questionamento se a falta de amor no matrimônio pode dá ensejo ao dano moral. A simples falta de amor, em si, não é causa de indenização, ao contrário dos casos de descumprimento dos deveres conjugais quando expõe o cônjuge inocente em situações humilhantes. Esse é o ponto de partida do presente trabalho que se iniciará com breves anotações acerca do adultério e suas conseqüências. Prossegue com a demonstração, requisitos e cabimento do dano moral. Em seguida, analisa o dano moral e o adultério, fazendo referências a julgados de Tribunais e comentários de doutrinadores, além de mencionar um projeto de lei, cujo objeto é inserir o responsabilidade civil nas relações de afeto.

Palavras-chave: Adultério, Traição, Infidelidade, Responsabilidade conjugal, Dano moral, Compensação.

## 1 INTRODUÇÃO

Nas relações de afeto o adultério é visto pela sociedade como uma conduta desonrosa, humilhante e desagradável para o cônjuge inocente, não obstante, hoje em dia, esteja comum a sua prática e até mesmo aceita socialmente em alguns círculos sociais. Entretanto, não só o adultério, em si, mas também algumas condutas, consideradas como atos preparatórios para a sua prática, conforme Silva (2005).

---

\* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Instituto de Educação Superior de Brasília.

A doutrina costuma caracterizar essas condutas como “quase-adultério”, consistente naquelas ações onde não há a consumação do adultério, a conjunção carnal, propriamente dita, apesar de alguma forma, ter sido tentado, buscado, pensado, projetado e até mesmo desejado. Nesses casos, a conduta tem a intenção de ser praticada, e, sendo assim, é manifesto ter havido grave violação do dever de fidelidade, mesmo que não ultrapassada a fase preparatória dos atos tendentes à sua prática, como ensina Cahali (2002, p. 337).

Como leciona Santos (1999, p. 71) “o quase-adultério consubstancia-se nas intimidades excessivas do cônjuge com terceira pessoa, que extrapolam os limites da pura amizade”.

Talvez isso venha acontecendo pelo fato do adultério não ser mais considerado um ilícito penal, ou o cônjuge não sentir prazer em ter para a vida toda apenas uma pessoa com quem compartilhá-la, ou, ainda, provocado devido à facilidade de se conhecer novas pessoas e se apaixonar novamente, através da internet, por exemplo.

Os motivos são irrelevantes para esse trabalho. O fato é que, corriqueiramente, ele ocorre, e com isso dogmas são desrespeitados e novas situações fáticas vão surgindo.

É inquestionável que a vida em comum seja difícil, ainda mais nos dias de hoje, onde a perspectiva de vida do ser humano é cada vez maior, ao contrário de outrora, quando o casamento não era rompido e dificilmente se completava bodas de ouro\*.

Antigamente não existia o instituto do divórcio, que só veio incorporar o ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1977, antes disso o casamento era completamente indissolúvel e a mulher totalmente submissa ao homem, sendo por alguns, considerada como mero objeto. Por essas razões os casamentos eram duradouros. Além do mais, naquela época, as mulheres que saíssem de casa eram totalmente malvistas pela sociedade, e, desta forma, a fim de evitar que fossem mal faladas, muitas preferiam permanecer casadas.

---

\* Boda (pronuncia-se “Bôda”) é a festa que celebra o aniversário de casamento. No Brasil, é costume dizer Bodas, no plural. As bodas de prata (vinte e cinco anos de casamento) e de ouro (cinquenta) são as mais conhecidas e comemoradas.

Porém, o adultério é uma conduta a ser evitada porque traz consigo uma série de sofrimento, dor e baixa auto-estima para o cônjuge traído, por afetar diretamente a sua intimidade.

Sob o ponto de vista cristão, o adultério é concebido como pecado, mas, devido ao amor existente entre os cônjuges e ensinado por Deus, o casal deverá superar esse obstáculo, perdendo-se mutuamente. A mesma situação não é verificada na vida cotidiana, pois ao ser constatado o adultério, de imediato, o que vem em mente é a separação. De fato, é o que acontece em muitos casos, apesar de não ser permitido pela Igreja, onde a máxima é “o que Deus une o homem não separa”, vez que no direito canônico, segundo o cânone 1141 do Código de Direito Canônico “o matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte”.

Por oportuno, é importante ressaltar que o adultério foi descriminalizado com o advento da Lei ordinária n.º 11.106/2005, ou seja, sua prática não constitui crime, logo, não será apenada, segundo ditames do Código Penal Brasileiro.

Não obstante o crime de adultério ter sido revogado, não significa que deixou de ser considerado ilícito. Para o direito penal, a conduta adúltera de uma pessoa não é mais crime, entretanto, no direito civil, tal conduta dá ensejo à separação judicial, entre outras conseqüências.

## **1.1 Conceito**

Para o direito, o adultério é aquela conduta por meio do qual um dos agentes, que necessariamente deve ser casado, mantém relações sexuais com terceiro, violando, desta forma, o dever de fidelidade.

Segundo Diniz (2004, p. 271), o adultério:

[...] é a infração ao dever recíproco de fidelidade, desde que haja voluntariedade de ação e consumação da cópula carnal propriamente dita. Assim não configuram adultério, por faltar o elemento subjetivo, ou seja, por haver inexistência do impulso sexual, as relações sexuais oriundas do estupro, de coação, de abulia ou falta de comando da consciência, como hipnose, sonambulismo, embriaguez involuntária. Não se caracterizam como tal, pela ausência do elemento objetivo da consumação da conjunção carnal: correspondência epistolar, cópula onanística, coito vestibular, aberrações sexuais, cópula frustrada, inseminação artificial, que podem dar origem a uma infidelidade moral, equivalente à injúria grave, ao outro cônjuge[...].

Já Gonçalves (2006, p. 207) diz que o descumprimento de um dos deveres de fidelidade recíproca "caracteriza o adultério, que é difícil de provar, porque resulta da conjunção carnal entre as duas pessoas de sexo diferente, praticados em geral às escondidas".

Observa-se que para a configuração dessa conduta alguns requisitos são essenciais, tais como: um dos agentes ser casado e haver a prática inequívoca de ato sexual por esse agente com terceiro.

No dizer de Cahali (2002, p. 325):

[...] o adultério, assim, na sua conceituação mais ampla, tem como pressuposto necessário a existência de um casamento vinculando qualquer dos participantes da relação carnal a uma terceira pessoa, e se configura ante a presença de um elemento físico, a cópula, e outro moral, a vontade culpável, a consciência de violar a fé jurada[...].

## **1.2 Responsabilidade conjugal**

Com o casamento, os cônjuges assumem direitos e obrigações. O Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 1.566 enumera os direitos e deveres dos cônjuges um para com o outro, tais como: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; e V – sustento e consideração mútuos.

Já no artigo 1.573, também do Código Civil, o legislador elencou, logo no inciso I, o adultério como fator de impossibilidade de vida em comum, o que é motivo para propositura de ação de separação judicial, conforme o artigo 1.572 do mesmo diploma. Ademais, ainda neste último artigo, é assegurado o direito de propor ação de separação se ao outro cônjuge é imputado a prática de ato que importe grave violação aos deveres do casamento, sendo certo que o adultério é assim concebido.

Observa-se que o adultério, além de ser considerado violação grave aos deveres do casamento, caracteriza a impossibilidade de comunhão de vida, assim, dá ensejo a ação de separação judicial litigiosa.

Com isso, a inobservância ao dever de fidelidade recíproca pode caracterizar o adultério, sendo assegurado ao cônjuge traído o rompimento do vínculo matrimonial, e, dependendo do caso concreto, ainda cabe o pedido de reparação civil por essa conduta.

Entretanto, o que se pretende com a estipulação da fidelidade como dever de ambos os cônjuges é a preservação da família, regida pelo princípio da monogamia, pois ela é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, conforme artigo 226 da Constituição Federal.

A esse respeito Dias (2007, p. 238) com propriedade assevera:

[...]O interesse do Estado na manutenção da família como base da sociedade procura amarrar todas as pessoas dentro de uma estrutura familiar. Por isso gera presunções de paternidade. O filho nascido na constância do casamento presume-se filho do casal. Para dar sustentação a essa verdade ficta, sente-se o Estado autorizado a impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges, inclusive durante a vigência do casamento. Assim, acaba por obrigar à fidelidade como forma de garantir a legitimidade da prole. A preocupação, nitidamente, é de ordem patrimonial, para assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos seus 'legítimos sucessores'. Por isso, o primeiro dos deveres de um cônjuge para com o outro é o de fidelidade recíproca (CC 1.566 I), que, segundo Clóvis Beviláqua representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão-somente um dever moral, sendo exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade[...].

### **1.3 Conseqüências jurídicas**

Com o adultério ou o descumprimento do dever de fidelidade entre os cônjuges decorre uma série de conseqüências. A primeira delas seria dá causa a separação judicial culposa, além disso, o cônjuge infiel perde o direito à pensão alimentícia, conservando apenas o direito à alimentação indispensável à sua sobrevivência, caso não tenha parentes em condições para alimentá-lo ou aptidão para o trabalho. Outra conseqüência do adultério é a perda do direito de utilizar o sobrenome marital, podendo conservá-lo, via de exceção, nos casos em que a perda gere ao adúltero grande prejuízo.

Há quem ostente que essas conseqüências já teriam o condão de censurar a conduta do cônjuge adúltero e que, portanto, este não poderia ter mais uma pena pecuniária pela prática do adultério, indenizando a vítima.

Porém, em alguns casos o adultério causa grandes transtornos para o cônjuge traído, situação em que as sanções previstas no Direito de Família não são suficientes para a sua reparabilidade, já que afeta a honra objetiva e subjetiva do cônjuge inocente, e nesses casos seria plenamente admissível a responsabilidade civil por dano moral do cônjuge adúltero.

## 1.4 Traição x adultério

O adultério, indubitavelmente, é um ato que importa grave violação dos deveres do casamento e torna insuportável a vida em comum, como explanado acima. Para a sua configuração é necessário a cópula carnal de pessoa casada com outra que não seja o seu consorte.

Assim posto, o adultério só ocorrerá quando houver conjunção carnal de um dos cônjuges com terceiro. Ou seja, é uma infração aos deveres do casamento. E no caso de união estável, há adultério?

Muito embora a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, jurisprudência e doutrina tenham equiparado a união estável ao casamento como forma de entidade familiar, não há que se falar em adultério em sede de união estável, posto que o adultério infringe os deveres do casamento, pois atinge diretamente a fidelidade recíproca, prescrita no artigo 1566, inciso I do Código Civil, apesar de não ser a única forma de infringir esse dever.

No caso da união estável, entre os companheiros deve haver o dever de lealdade, que em muito se assemelha com o de fidelidade recíproca entre os cônjuges, entretanto não há adultério em seu descumprimento. Na união estável deve existir o respeito e considerações mútuas entre os companheiros, sendo leais um com o outro. A quebra desse dever de lealdade, por infidelidade do companheiro, em tese, é o mesmo que cometer adultério no casamento, apesar de não existir esse instituto no âmbito da união estável. Assim, dentro da união estável, quando o companheiro é desleal (infiel), o correto é dizer que houve uma traição ao invés de adultério.

Isso porque o conceito de adultério abrange, tão somente, as pessoas casadas, apesar de o revogado artigo 240 do Código Penal não fazer expressa referência quanto ao agente (casado) do extinto crime, conforme o ensinamento do professor Gama (2000, p. 247):

[...] Quanto ao crime de adultério, constante do artigo 240, do Código Penal, a despeito de não haver expressa referência à condição especial do agente (casado) para o cometimento do crime, a interpretação sistemática do tipo penal, mormente diante do interesse imediato de proteção da paz matrimonial e da redação contida nos §§§ 2º, 3º e 4º, do mesmo dispositivo (todos contêm o termo 'cônjuge'), conduz à conclusão de que somente pessoa casada pode ser agente do crime, e o consorte, a vítima. O dever de fidelidade recíproca é próprio dos cônjuges, e ainda que se cogite do dever

de lealdade entre os companheiros, a violação a este não pode configurar o crime de adultério sob pena de infringência ao princípio da reserva absoluta de lei formal, por se tratar de analogia 'in malam partem'[...].

Atente-se que o texto acima é anterior a Lei ordinária nº 11.106/2006 que descriminalizou o adultério. Mesmo assim, o adultério é visto como uma conduta típica para aqueles que são casados.

Já a traição alcança um campo maior do que o adultério, tendo em vista que pode afetar tanto as relações de afeto como qualquer outro tipo de relação. Entretanto, dentro de um matrimônio ou união estável, pode-se dizer que a traição também se trata de ato que ocasiona violação grave dos deveres do casamento e da união estável, assim como a insuportabilidade de vida em comum, gerando na pessoa traída constrangimento, dor e sofrimento, devendo por essa razão ser indenizada, segundo Silva (2002).

Há que se observar que na traição não há a necessidade de envolvimento físico entre pessoas, como ocorre no adultério, ou seja, o inequívoco ato sexual, bastando, para tanto, uma conduta que caracterize a infidelidade do cônjuge ou a deslealdade do companheiro.

Aliás, o próprio significado da palavra traição diz respeito à infidelidade, deslealdade, perfídia.

Segundo o minidicionário Olinto (2000, p. 905), traição “é a ação ou o efeito de trair”, sendo que trair é “enganar por traição; atraiçoar; ser infiel a; delatar; denunciar; não corresponder a; traduzir mal”.

Ressalta-se, por outro lado, que com a facilidade (necessidade) de comunicação dos seres humanos nos dias de hoje, freqüentemente são noticiados casos de traição, advindos de relacionamentos oriundos da internet, o que a doutrina costuma denominar de infidelidade virtual.

No dizer de Dias (2007, p. 240):

[...]No campo dos relacionamentos afetivos, o uso do computador possibilitou a utilização do véu virtual, rompendo com a necessidade antes inafastável do contato físico. Mas como não há 'crime' perfeito de modo bastante freqüente acabam os parceiros descobrindo que seus cônjuges, companheiros ou namorados mantêm vínculos afetivos bastantes intensos, íntimos e até tórridos no interior do próprio lar e, muitas vezes, na presença desatenta do par[...].

Com isso, surgiu o questionamento entre os doutrinadores se essa infidelidade (virtual) é alcançada pelo artigo 1566 do Código Civil brasileiro. Certamente, não é uma questão de fácil solução, pois deverá ser analisado cada caso concreto. De outra sorte, a infidelidade virtual é uma forma de traição, entretanto ela pode se materializar, vindo o cônjuge ou companheiro a praticar ato sexual com terceiro. Nesse sentido Dias (2007, p. 240) assevera, ainda, que:

[...]O grande questionamento que passou a inquietar a todos é se o relacionamento virtual pode ser reconhecido como infração ao dever de fidelidade. A tendência é considerar a comunicação, mantida através da internet, como 'infidelidade virtual', reservando-se a expressão 'adulterio' ao relacionamento sexual real. Essa distinção, no entanto, não encontra respaldo na doutrina tradicional, que sempre distinguiu a fidelidade no sentido físico e moral. A fidelidade física corresponde à manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge. Já a infidelidade moral afronta ao dever de lealdade de cada um dos membros do casal para com o outro, e não está munida de sanção eficiente[...].

Por oportuno, importante mencionar que o dano moral nas relações de família, não é devido somente quando um dos cônjuges ou companheiro se envolve fisicamente com outra pessoa, que não é o seu consorte ou companheiro, pois essa situação, apesar de reprovável, é de difícil comprovação, por ser muitas vezes praticado na clandestinidade, às escondidas. Merecem ser indenizáveis, também, aquelas condutas que têm por objetivo a cópula carnal com terceiro, apesar de não se concretizar, pois esse ato, por si só, caracteriza a pretensão de infringir aos deveres do casamento e da união estável, tipificados no Código Civil, além de pôr em risco o princípio da monogamia, adotado pela Constituição Federal de 1988.

## **2 Dano moral**

Tema bastante discutido, e que, apesar de ser reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, ainda hoje causa grandes debates, principalmente acerca de quando é cabível e o quanto é devido, dependendo do caso concreto.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, prescreve que é indenizável o dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas, da mesma forma assegura no inciso V, do mesmo artigo, que "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”, conforme ensina Pizetta (2008).

Desta forma, qualquer pessoa que cause dano, seja de ordem material ou moral, deverá ressarcir ou compensar o ofendido. Obviamente, é muito difícil alguém fazer prova contra si mesmo. Nesses casos, cabe àquele que sofreu o dano pleitear a sua reparação, pois, conforme ditado popular *o direito não socorre os que dormem*.

Observa-se que tal ordenamento deu maior segurança ao direito da personalidade das pessoas, com o fito de coibir que essas sofram danos causados por terceiros, consistentes em afetar a sua paz interior, adotando como ‘sanção’ a sua reparabilidade; sendo preferível utilizar a palavra compensação, já que não há como mensurar o valor da dor. Assim, para alcançar os objetivos da Constituição Federal de 1988, essa compensação deverá ser sempre em dinheiro.

Alguns doutrinadores não admitiam o dano moral, por que não tinham como mensurar o quanto devido nos casos em que ocorrera violação aos direitos da personalidade. Assim, suas justificativas eram baseadas em dizer que a dor, o sofrimento, o sentimento são imensuráveis, pois não há como atribuir uma quantia para a dor do pai que perdeu o filho em um atropelamento de carro, da sensação de abandono da noiva que foi deixada no altar sem nenhuma explicação do noivo, ou, ainda, pela angústia de ter sido enganado (a) pelo seu cônjuge, nos casos de adultério, por exemplo.

Sem sombra de dúvida, não há como atribuir um valor aos sentimentos, mas o que o atual entendimento acerca do dano moral vem garantir, não é uma quantificação dessa dor, angústia ou sentimentos em geral, mas sim a sua compensação, como explanado acima, tendo como objetivo amenizar a sensação de prejuízo que afeta a esfera íntima daquelas pessoas que se vêem nessa situação.

Ademais, não é qualquer dor que merece ser indenizável, mas aquela onde houve privação a um bem jurídico de interesse da vítima, assim é o que leciona Pretel (2009) ao citar Carlos Roberto Gonçalves em seu trabalho ‘Da caracterização dos danos morais no caso de verificação de relacionamento extraconjugal’:

[...]O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação

de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houve relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão do dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofridas[...].

Ademais, o Código Civil de 2002, disciplinado sobre o assunto, garante em seu artigo 186 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.

Posto isto, qualquer pessoa que pratica alguma conduta em descompasso com o ordenamento jurídico, comete um ato ilícito, e este atingindo a esfera íntima de um indivíduo, comprometendo seus bens não patrimoniais, ou seja, honra, imagem, personalidade, deverá ressarcir-lo.

Há que se observar, que o objetivo do dano moral não é o enriquecimento ilícito ou a valoração da dor, como costumavam afirmar alguns doutrinadores, mas sim a compensação de um episódio irreparável, por exemplo, o caso de uma modelo que foi submetida a uma cirurgia, entretanto, esta não foi bem sucedida, tendo como resultado a deformidade de seu rosto. Assim, é assegurado a essa modelo um valor, a título de indenização, que amenize o seu sofrimento, tendo em vista que o seu rosto era a sua ferramenta de trabalho. É o que a doutrina denomina de dano estético.

Também não tem natureza penal o dano moral, mesmo porque o que dá causa ao referido dano, em regra, é um ilícito civil, ou seja, é de natureza civil.

Outro aspecto importante quando se trata de dano moral, é aquele referente ao quanto devido para compensar o ilícito cometido. Para a fixação do *quantum*, explica o professor Santini (2002, p. 15) que “o nosso ordenamento jurídico positivo ainda não definiu regras concretas para a fixação do valor a ser pago a título de indenização por danos morais, sendo tema dos mais árdios a sua quantificação”.

Tal assertiva é óbvia, pois vai depender do caso concreto para a fixação do quanto devido em se tratando de dano moral, e nesse contexto importante é a figura do Juiz, pois, segundo lição do livro de Theodoro Júnior (2002, p. 10) incumbe “ao

Juiz, o poder de, caso a caso, pesquisar e comprovar a ocorrência efetiva do dano moral suportado por aquele que promove a ação indenizatória, a par do nexo causal com a conduta culposa do denunciado”.

Ademais, ao analisar o caso concreto, o Juiz deve levar em consideração a situação econômica dos envolvidos e a lesividade da conduta no meio social. O quanto, a título de dano moral, não pode ser causa de enriquecimento ilícito do ofendido e nem valor que importe grandes sacrifícios por parte do ofensor.

## **2.1 Conceito**

Para se conceituar o dano moral, tem que se ter em mente que há diferença entre moral e material, pois segundo consagrado nas legislações e entendimento generalizado da doutrina, é possível distinguir, em se tratando de dano, a categoria dos danos patrimoniais ou materiais dos danos extrapatrimoniais ou morais. O primeiro consiste em uma perda econômica, enquanto que o segundo é caracterizado pelo sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido, conforme ensinamento de Cahali (1998, p. 19). Em relação a este último, explica Porto (2007, p. 24) que:

[...]Em princípio, a moral se caracteriza por algo relativo ao espírito, intelectual, por oposição ao físico e material. Num segundo plano, a moral está relacionada com os costumes, princípios e valores de um indivíduo ou de uma sociedade, a ciência dos fins. As idéias morais têm suas raízes no costume e crenças e se desenvolvem à luz da razão[...].

Em se tratando de dano material, este se caracteriza por aquelas ofensas que repercutem no patrimônio do lesado, quando não há como reparar o dano, ao menos existe a possibilidade de ressarcimento, ou contrário do dano moral, onde não há reparabilidade ou ressarcimento, mas compensação.

Os doutrinadores costumam conceituar o dano moral como sendo um sofrimento, uma dor, decorrente de um ato ilícito, que não é causado por uma perda patrimonial.

Esse é o entendimento apresentado por Santini (2002, p. 14 apud CHAVES, 1996, p. 607):

[...]Dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação como a denominava Carpenter -, nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento - de causa material[...].

Com propriedade, Cahali (1998, p. 20-21) esgota a denominação do dano moral, dizendo:

[...]Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral[...].

Assim, o dano moral, em síntese, deve ser entendido como aquela ofensa à intimidade da pessoa, de efeito não-patrimonial, com repercussão social, cuja causa não seja provocada por uma perda pecuniária.

## **2.2 Requisitos**

Segundo a doutrina, para a caracterização do dano moral, imprescindível alguns requisitos básicos, tais como o dano, a ilicitude do fato que ocasionou o dano e o nexos causal entre esses dois elementos.

Assim, para requerer o pleito indenizatório, o autor da ação deverá reunir todos os elementos que fundamente o seu pedido, pois não será suficiente ao ofendido demonstrar somente a dor, a angústia pela qual passou devido um ato ilícito de terceiros.

Nesse sentido é o posicionamento da professora Coelho (2009) em seu trabalho sobre Danos morais nas relações conjugais quando assegura que:

[...]O ato ilícito ou dano injusto decorrente de conduta humana, o dano e o nexos de causalidade são elementos caracterizadores para ensejar o dano moral. No entanto, em se tratando de danos morais nas relações familiares, deve-se ter um maior rigor, cuidado e ressalvas neste instituto, a fim de evitar prejuízos e injustiças com a monetarização pela falta de afeto, uma vez que o fim de um relacionamento pode gerar dor, sofrimento e aflição, principalmente no âmbito familiar, mas nem por isso deve gerar indenização. Mas, comprovadas a culpa ou a prática de um ato ilícito (art.

927, CC), o agente deverá indenizar não só os danos psíquicos, como também os morais decorrentes de tais agressões[...].

Desta forma, verifica-se que os requisitos essenciais para a caracterização do dano moral são: ato ilícito ou dano injusto, dano e o nexo de causalidade.

A jurisprudência, por sua vez, aponta no sentido de que não é necessário prejuízo monetário, para a caracterização do dano moral, basta demonstrar o ato ilícito, o dano e o nexo causal.

Para a aferição do dano, com base nesses requisitos, notória é a participação do Juiz, que deverá analisar cada caso concreto, identificando os pressupostos do dano, para então, deferir ou não o pedido do autor.

### **2.3 Cabimento**

O Dano moral é cabível sempre que o autor conseguir demonstrar os seus requisitos. Não existem hipóteses taxativas no ordenamento jurídico brasileiro que autorizem ou não o deferimento do dano moral, basta, apenas, que o dano, o ato ilícito e nexo causal estejam presentes.

Assim, deve ser aplicado de forma mais ampla possível, até mesmo no direito de família, é o que assegura Pizetta (2008).

Por outro lado, trata-se de análise subjetiva do magistrado que observará se estão presentes os requisitos, além do mais, terá como base os princípios gerais do direito, experiência de vida e os costumes da sociedade, uma vez que a conduta pode ser moralmente aceita em uma determinada região, mas não é do mesmo modo aceita em outra. Contudo, isso deverá ser levado em consideração pelo Juiz para deferimento ou não do pleito indenizatório.

### **3 Dano moral e adultério**

Apesar de bastante questionado, o dano moral decorrente de adultério vem sendo, cada vez mais, admitido no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, o que se tem que ter em mente é que não se trata de atribuir valor as relações de afeto, e muito menos ressarcir o sofrimento daquele que foi enganado em tal relação, pelo contrário, o objetivo é justamente o mesmo quando pleiteado o dano moral em

qualquer outra situação, qual seja, uma compensação monetária para aquele direito (honra subjetiva) que foi violado.

Essa questão foi estudada pela professora Santos (1999, p. 160), que ensina:

[...]Nosso ordenamento legal não contém norma específica sobre a matéria, mas, também, inexistente regra que desautorize ou vede a reparação de danos morais e matérias decorrentes do descumprimento de dever oriundo do casamento.

Portanto, o cabimento da referida indenização fundamenta-se nas regras gerais sobre responsabilidade civil, constantes do art. 159 do Código Civil, pelo qual 'Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano', e do art. 1.056 do mesmo Diploma Legal, segundo o qual 'Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos[...].

Todavia, o que pesa ao se admitir o dano moral em casos tratados no direito de família, como é o adultério, é dar brechas a entendimentos que concluem pela monetarização das relações de afeto. Sob esse aspecto, tal argumento poderia ser válido, entretanto, não é o que ocorre, pois o que se objetiva é a compensação, ainda que mínima, de uma dor causada dentro de uma relação afetiva, conforme Camargo (2006).

Contudo, há diversos entendimentos a respeito, uns que admitem integralmente o dano moral, outros que admitem parcialmente e, em raras exceções, existem aqueles que preferem afastar a incidência do dano moral no adultério, sob a justificativa de que a sociedade está em constante evolução, entendendo-se tratar o adultério de uma conduta normal nos dias atuais, admitindo-o somente em determinados casos.

No que tange a esse último entendimento, merece destaque as palavras do Desembargador Maia da Cunha, ao ser voto vencedor no julgamento da apelação nº 465.038-4/0 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando asseverou que:

[...]Ainda que se traduza o adultério em violação aos deveres do casamento, impondo ao cônjuge inocente o desgosto e a desilusão da traição, a realidade é que o adultério, apenas em si mesmo, não caracteriza dano moral indenizável.

Se é verdade que a conduta irregular do cônjuge no casamento, saindo para relacionamentos extraconjugais, pode ferir sentimentos importantes do cônjuge traído, verdade também é que, nas relações sentimentais que se ligam ao matrimônio, não se traduz o adultério, na atualidade, em ofensa moral que ultrapassa o sentimento pessoal de desilusão e ocasione o dever de indenizar[...].

Com efeito, razão assiste o eminente Desembargador ao dizer que nem todos os casos de adultério é admissível o dano moral, apesar de trazer dor, sofrimento e desilusão àquele cônjuge traído, sendo esse argumento objeto de fundamento em outros julgados (Apelação Cível n. 361.324.4/7).

É fato, cada caso apresenta a sua peculiaridade, por essa razão não se pode generalizar quando se trata de dano moral, principalmente dano moral no adultério.

Acontece que o posicionamento do ilustre Desembargador é extremado, pois, para ele, *“não se traduz, o adultério, em ofensa moral”*. Como não? Admitir tal argumento é dar como letra morta diversos incisos do artigo 1566 do Código Civil brasileiro.

Por outro lado, há entendimento que o dano moral é admitido pela simples ocorrência do fato, ou seja, o adultério. Segundo esse posicionamento, o adultério, por si, causaria ao inocente da relação de afeto transtornos de ordem íntima, é o que afirma o Senhor Juiz Sandoval Oliveira do Juizado Especial Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, quando foi relator da apelação do processo nº 2006.05.1.008663-8, veja:

[...]Em sede de apelo, observa-se que a recorrente aduz inexistir prova da ocorrência de abalo psicológico capaz de justificar dano moral passível de ressarcimento. Tal versão não merece acolhida pois, consoante se infere de pacificada jurisprudência sobre o tema, o malefício da espécie não exige prova específica, até porque, em verdade, tal se aparenta impossível. Ao revés, incumbe ao autor positivar apenas a ocorrência de fato que, pelas normas de experiência, enseja a qualquer pessoa de mediano tirocínio vilipêndio aos atributos da personalidade e como tal, abalo psicológico passível de ressarcimento, como forma de dar ao ofendido um bem da vida em compensação imperfeita ao dano ocasionado[...]

Nesse mesmo sentido, é o aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando assevera que a traição gera dor, angústia, sofrimento, desgosto, revolta, constrangimento e se trata de ofensa grave, conforme ementa, veja:

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.

Observa-se que a questão não é pacífica no Judiciário dos diversos Estados brasileiros, apesar de haver a concordância de que o adultério gera sentimentos que atinge a índole pessoal do ofendido.

Contudo, para aqueles que acreditam que o adultério deve ser indenizado, outra importantíssima questão surge, pois, quanto vale o adultério?

Nesse, sentido é que o magistrado, o responsável para arbitrar o *quantum* devido, deve se valer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao condenar o adúltero a indenizar o cônjuge inocente.

Além disso, deve se verificar em cada caso, as condições financeiras dos envolvidos, a fim de que o montante arbitrado pelo magistrado não onere demais uma parte, e muito menos caracterize enriquecimento ilícito para a outra. De forma que, o valor especificado pelo Juiz atenda a duas situações: tenha um caráter punitivo para o adúltero e, de outro lado, possa o ofendido, de certa maneira, se ver compensado pelo dano sofrido.

De outra sorte, o tema vem sendo amplamente discutido na doutrina e jurisprudência, tanto que há um projeto de lei, de nº 6960/2002, cuja autoria é do Deputado Ricardo Fiúza, com a finalidade de acrescentar ao artigo 927 do Código Civil entendimento que assegure às relações familiares o direito da responsabilidade civil. Já que no título que trata dos direito da família, essa questão se mostra omissa.

Referido projeto de lei, tem como objetivo alterar diversos dispositivos do Código Civil Brasileiro de 2002, com o escopo de 'atualizá-lo', aprimorando-o conforme os avanços da sociedade. E, dentre os dispositivos 'atualizados' se encontra o artigo 927, que trata da responsabilidade civil. A intenção é apenas acrescentar um parágrafo que assegure tal direito às relações afetivas. Vale

mencionar que tal proposta foi sugestão da professora Regina Beatriz Tavares da Silva.

A título de comparação o mencionado projeto faz referência ao Direito Francês e Português, onde a responsabilidade civil é assegurada, também, no âmbito das relações de família.

#### **4 CONCLUSÃO**

Destarte, com o avanço das relações humanas, tecnologias, globalização, novas situações fáticas surgem, de modo que, às vezes, o Direito é pego de surpresa, pois nada disponha a respeito, por essa razão é que se deve ficar atento às mudanças para lhe dar a melhor solução possível, como nos casos apresentados neste trabalho.

A esse respeito, não busca o presente artigo demonstrar qual o posicionamento certo e qual o errado, pelo contrário, apenas tecer algumas linhas sobre a questão, que merece um cuidadoso estudo, pois é certo que o adultério causa angústia, sofrimento para o ofendido, ensejando, em tese, o dano moral. Mas, não é só por isso que todo adultério deve ser indenizado, apesar de ser uma conduta inadmitida pela sociedade. O estudo de cada caso será importantíssimo, pois se verificará que uns tem direito e outros não ao dano moral, embora, em ambos os caso tenha ocorrido o adultério.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2009.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. 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 : 10 mar. 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMARGO, Mauricio Cesar. **Indenização por danos morais na ruptura do casamento**. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3022/Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento>>. Acesso: 10 mar. 2009.

CÓDIGO de Direito Canônico. 1983. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/12599026/Codigo-de-Direito-Canonico-da-Igreja-Catolica-1983>>. Acesso em: 11 abr. 2009.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes Coelho. Danos morais nas relações conjugais. **Revista Pensar Jurídico**, v. 02, n. 02, p. 84-94, 2009. Disponível em: <<http://revistapensar.faculdadepromove.br/revistapensar/art/artigo.php?no=42>>. Acesso: 4 nov. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação n. 302776-DF. Relator: Sandoval Oliveira. Distrito Federal, 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61682,1899,13433&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 16 out. 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A família no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

OLINTO, Antonio. **Minidicionário Antonio Olinto da língua portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2000.

PATOS DE MINAS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0480.04.057449-7/001, MG, 1º de julho de 2008.

PIZETTA, José. **Danos morais na infidelidade conjugal e no direito de família em geral, a garantia constitucional, a doutrinalização e a jurisprudencialização do direito de família**. 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2535](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2535)>. Acesso: 4 nov. 2009.

PORTO, Marcius. **Proteção da Consciência e da Personalidade**. Leme (SP): Mundo Jurídico, 2007.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Da caracterização dos danos morais no caso de verificação de relacionamento extraconjugal**. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12979>>. Acesso: 28 out. 2009.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 2008.001.26402-RJ. Relator: Des. José Carlos de Figueiredo. Rio de Janeiro, 2 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=29592&PROCESSO=200800126402>>. Acesso em: 16 out. 2008.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral**. 3 ed. Campinas: Millennium, 2002.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 465.038-4/0-SP. Relator: Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2711456>>. Acesso em: 16 out. 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 361.324.4/7-SP. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 27 de março de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2596805>>. Acesso em: 16 out. 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A infidelidade como ilícito civil**, 2005. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas\\_ver.php?idConteudo=14383](http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=14383)>. Acesso: 10 mar. 2009.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. **Traição e dano moral**. 2002. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/soniamariateixeiradasilva/traicaodanomoral.htm>>. Acesso: 30 out. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6