



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

NAYARA PRESSOTTO SPERA

Indenização por Danos Morais em Relação à Traição Conjugal

**ASSIS
2010**

NAYARA PRESSOTTO SPERA

Indenização por Danos Morais em Relação à Traição Conjugal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação.

Orientador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira: _____

Área de Concentração: _____

**ASSIS
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA

PRESSOTTO SPERA, NAYARA

Indenização por danos morais em relação à traição conjugal / Nayara Pressotto Spera.
Fundação do Município de Assis – FEMA – ASSIS, 2010.

75p.

Orientador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira.

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

1.Família - fidelidade 2.dano moral 3.traição 4.indenização

CDD: 340
Biblioteca da FEMA

Indenização por Danos Morais em Relação à Traição Conjugal

NAYARA PRESSOTTO SPERA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:.

Orientador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira: _____

Analisador: _____

**ASSIS
2010**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a toda minha família, aos amigos e professores, pelo apoio e incentivo, amizade que de uma forma única e especial fazem parte da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelo dom da vida que me foi dado, pela força e coragem que faz nascer em mim a cada dia.

Agradeço a minha amada mãe Sônia Aparecida Pressotto, por ser ela uma das minhas inspirações para uma vida melhor, ao meu pai Jorge Luiz Spera que mesmo sem dizer nada é o que faz enxergar a vida de verdade como ela é, aos meus irmãos que são parte de mim, meus avós Dilva e Odilon, a minha querida amiga e sogra Stella, ao meu sogro Cláudio Luiz e ao meu cunhado Claudinho, pela atenção, dedicação e carinho, em especial ao meu namorado e amigo Flávio José Neves Luiz, a pessoa que a cada dia mais quero tê-lo ao meu lado.

Ao professor e orientador Prof. Edson Fernando Pícolo de Oliveira e aos senhores professores da instituição, pelo auxílio e amizade a mim conferidos.

RESUMO

A indenização por dano moral em relação à traição conjugal é, atualmente, um dos temas mais polêmicos do Direito de Família. As implicações subjetivas e objetivas do descumprimento do dever de fidelidade são abordadas neste trabalho de forma especial, observando que o direito de família atual sofreu profundas transformações de ordem social, econômica, religiosa e política, entretanto, uma realidade nunca se modificou: todo ser humano tem o direito, e mais que isso, o dever e a necessidade de manter uma relação conjugal dentro dos princípios da lealdade, honradez, honestidade e integridade para uma vida digna. A traição conjugal pode ser considerada um dano moral, cometido por um dos cônjuges ou parceiros. É um instituto novo e em desenvolvimento no qual um ato ilícito (infidelidade) pode causar à parte lesada profunda dor e sofrimento atrapalhando sua rotina normal de vida. O critério de fixação da indenização ainda não está pacificado, entretanto, esta lacuna não deve servir de fundamentação para a improcedência de ação neste sentido, pois a fidelidade é um direito que deve ser respeitado. Assim, a infidelidade conjugal, se caracteriza ante ao comportamento ilícito de um dos cônjuges ou parceiros, marcado por desprezo e indiferença em relação ao outro, provocando-lhes grandes transtornos sociais e emocionais, e o cabimento de indenização nesses casos é evidente. Por isso deve-se lutar por este direito.

Palavras-chave: família - infidelidade - dano moral - traição - indenização

ABSTRACT

The compensation for moral damage in relation to betrayal in marriages is currently one of the most controversial subjects in family law. Both the subjective and objective implications of unfaithfulness are discussed in this text, we must note that while the modern family has gone through profound changes in social order, economy, religion, and politics, one thing has never changed: every human being has the right, and more than this, the necessity to maintain a relationship with a partner, based on the principles of loyalty, honesty, integrity needed for a dignified life. Marital betrayal can be considered moral damage, committed by one of the two partners. A new relationship and in development, it is also an illicit act (unfaithfulness) which can cause the wounded party profound pain and suffering, causing problems in the persons day to day life. The fixed criteria for compensation has not yet been fixed, although this should not be a reason for no action to be taken when necessary, as faithfulness is a right which should be respected. Marital unfaithfulness is characterized by illicit behaviour by one of the partners, shown through a lack of attention and indifference to the other person, and thus becoming a turbulent social and emotional issue. The case for compensation in these cases is evident, and for this reason we must continue to fight for this right.

Keywords: family – unfaithfulness – moral damage - betrayal - compensation

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. NOÇÕES GERAIS DE FAMÍLIA.....	12
2.1 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA.....	12
2.2 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	13
2.3 TIPOS DIVERSOS DE FAMÍLIA	21
2.4 CONCEITO DE CASAMENTO.....	27
3. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	34
3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	34
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	36
3.3 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (TEORIA OBJETIVA E TEORIA SUBJETIVA).....	38
4. PRINCÍPIOS DO DIREITO.....	43
4.1 PRINCÍPIOS PRÓPRIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	43
4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	44
4.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	44
4.4 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA.....	45
5. MORAL.....	47
5.1 CONCEITO DE DANO MORAL.....	47
5.2 EFEITOS E PREJUÍZOS DA FALTA DE MORAL EM RELAÇÃO À TRAÍÇÃO CONJUGAL.....	53
5.3 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RELAÇÃO À TRAÍÇÃO CONJUGAL.....	56
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	65
ANEXO “A”	67
ANEXO “B”	69
ANEXO “C”	71
ANEXO “D”	73

1. INTRODUÇÃO

A indenização em relação à traição conjugal pode ser considerada uma espécie de dano moral, ficando caracterizada quando um dos cônjuges fere a dignidade do outro acerca de seus sentimentos, sua afetividade, sua moral, provocando-lhe sensação de rejeição, abandono, tristeza e principalmente o mal estar social, afetando a sua convivência no meio da sociedade, pois de uma certa maneira, a pessoa lesada, chega a servir de “chacota” entre os amigos.

A dor da traição conjugal é imensurável, e a busca da indenização pecuniária é apenas uma forma de fazer com que o cônjuge que feriu a dignidade do outro lembre que possui uma responsabilidade conjugal, embora atualmente o Código Civil tenha excluído do seu conteúdo a questão do adultério, até porque não será abordado no presente trabalho apenas a união por matrimônio, mas também a união estável entre casais.

O matrimônio ou mesmo a união estável, bem como a função social da família sofreu profundas transformações no decorrer do tempo, pois aquela função autoritária do marido ou parceiro em relação à esposa ou sua parceira ficou no passado, assim como a submissão da mulher, a qual atualmente, na maioria das vezes, trabalha tendo sua independência conquistada. Porém, apesar de todas essas transformações, o casal tem por obrigação de respeitar-se mutuamente, tratando-se com amor, carinho e atenção, assegurando principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Assim, sempre que este dever for descumprido e estiver presente o nexos causal entre a ação ou omissão acerca do dano causado ao cônjuge, surge a responsabilidade civil, que pode configurar no direito à indenização por danos morais.

A indenização por danos morais em relação à traição conjugal é um instrumento de punição ao descumprimento dos deveres do compromisso conjugal, de modo que o referido instituto venha a amparar o cônjuge ou parceiro que se encontre nessa situação.

Assim, o presente trabalho procura analisar a evolução histórica do direito de família até chegar ao direito de família atual, mais exatamente no direito da instituição do casamento e da união estável. Busca também, fazer um estudo dos princípios referentes ao tema, e, ainda refletir sobre a função familiar conjugal, a responsabilidade civil, o cabimento da indenização, entre outros, até se chegar à análise do tema indenização por danos morais em relação à traição conjugal e a possíveis soluções com a finalidade de evitar constrangimentos perante a sociedade.

Para isso, foram utilizados no presente estudo pesquisas tanto em livros de psicologia, sociologia como também de Direito. Também pesquisas em internet e casos reais.

Desta forma, neste primeiro capítulo foi feita a introdução, mostrando a importância do trabalho, seus objetivos, justificativas, motivações, bem como a própria estrutura do trabalho. No segundo capítulo foi abordado acerca de noções gerais de família, com um breve histórico, conceituando o tema, seus diversos tipos e também conceituando o casamento. No terceiro capítulo foi apresentado a teoria da responsabilidade civil, conceituando-a, demonstrando a sua evolução histórica, bem como discorrendo sobre as suas teorias: teoria objetiva e teoria subjetiva. Já no quarto tópico foram abordados alguns princípios do direito, como o direito de família, princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da função social da família. Por último foi discutido a questão do conceito de dano moral, dos prováveis efeitos e prejuízos da falta de moral em relação à traição conjugal e também acerca da indenização por dano moral em relação a tal traição.

2. NOÇÕES GERAIS DE FAMÍLIA

2.1. BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA

Observando a história da humanidade, encontraremos em todas as culturas, quer oriental, quer ocidental, os agrupamentos humanos. Alguns elementos antropológicos levam a supor que nos primórdios da evolução humana, os homens se reuniam em torno de algo ou de alguém, constituindo uma família, o segmento social de origem mais primitiva já reconhecida, portanto nessa sociedade estabelecia-se um comunismo primitivo, situação na qual os produtos coletados por um grupo de indivíduos eram divididos criteriosamente entre todos os membros da tribo e não se tinha o estabelecimento de privilegiados nessa partilha. Porém, o domínio da natureza pelo homem procedeu-se lentamente e os homínidas souberam equipar-se com instrumentos mais eficazes para sua sobrevivência.

O estudo da história da família começa, de fato, em 1861, com o *Direito Materno* de Bachofen (SICHES, 1968, p. 552). Antes dessa data, não se poderia sequer pensar em uma história da família. As ciências históricas ainda se achavam, nesse domínio, sob a influência dos Cinco Livros de Moisés. A forma patriarcal da família, pintada nesses cinco livros com maior riqueza de minúcias do que em qualquer outro lugar, não somente era admitida, sem reservas, como a mais antiga, como também se identificava, descontando a poligamia, com a família burguesa de hoje, de modo que era como se a família não tivesse tido evolução alguma através da história. No máximo, admitia-se que nos tempos primitivos pudesse ter havido um período de promiscuidade sexual.

É óbvio que a família constitui a principal formação ou grupo social suscitado pela natureza, pelo fato da geração e os dela conseqüentes. Apesar disso, o fato da família se originar primariamente nesse fenômeno natural, de maneira alguma significa que a família seja simples produto da natureza. Muito pelo contrário, deve-se ter consciência clara de que a família é uma instituição criada e configurada pela cultura (Religião, Moral, Costumes, Direito entre outros), regulando assim as condutas vinculadas à geração que virá no futuro. Neste sentido, o escritor e professor francês Émile Faguet (1847-1916) (apud SICHES, 1968,

p. 552) observa que “de todas as vitórias da cultura sobre a natureza, o matrimônio monógamo é a mais brilhante, a mais vigorosa e talvez a mais fecunda”. Os fatos do impulso sexual, da procriação, do desamparo das crianças, do antagonismo dos sexos, bem como também das gerações futuras, ao invés de ficarem ao bel-prazer dos meros fatores biológicos e psíquicos ou mesmo a mercê da instituição da família, são canalizados e regulados.

Na configuração e regulação moral, religiosa, social e jurídica da família, intervêm considerações acerca da moralidade dos indivíduos, como também dos interesses materiais e espirituais das crianças e sobre a boa constituição e o bom funcionamento da sociedade. Assim sendo, em uma ou em outra forma, basicamente em quase todas as culturas e civilizações, predominou a idéia de que a sociedade sempre estará vinculada com a instituição “família”. Logo, se as famílias estão bem estabelecidas, bem ordenadas e com um bom funcionamento, elas também poderão ser a fonte de bem estar, grandeza e prosperidade social.

A motivação essencial da família, nas diversas formas ou tipos que esta apresentou na História é a necessidade de cuidar, alimentar e educar a prole. É uma característica do ser humano o fato da lentidão com que chega a ser capaz de valer-se por si mesmo, tanto no que se refere à aprendizagem de onde e como obter alimento, como satisfazer as outras necessidades primárias (habitação, vestuário etc.) e também no que diz respeito à aprendizagem de abster-se de atos perigosos para si e para os demais.

Assim, para satisfazer as necessidades dos filhos, criou-se a instituição da família, com tipos muito variados ao longo de toda a História da humanidade, bem como nas diversas civilizações, porém todas elas têm em comum um esquema de instituição que implica a união estável dos progenitores e entre eles os filhos até a maturidade física e intelectual dos mesmos.

2.2. CONCEITO DE FAMÍLIA

O termo família é derivado do latim “*famulus*”, que significa “escravo doméstico”. Este termo foi criado na Roma antiga para designar um novo grupo social que surgiu entre as tribos

latinas ao serem introduzidas à agricultura e também à escravidão legalizada (<http://pt.wikipedia.org>).

Entretanto, com o decorrer dos tempos, os conceitos e opiniões dos indivíduos sobre os mais variados assuntos estão se modificando, bem como estão existindo significativas mudanças de comportamentos. Portanto, deve-se pensar sobre qual é o conceito de “família” nas diferentes sociedades e quais são as formas alternativas da vida familiar, suas forças e fraquezas, inclusive em nosso próprio sistema familiar.

Costuma-se falar de famílias, como se todos soubessem o que são famílias. Pode-se ser identificado como famílias estruturas de pessoas que vivem juntas por certo período de tempo, e se encontram ligadas por laços de matrimônio ou parentesco ou ainda apenas por uma união simplesmente conjugal.

Quanto mais se avança no estudo da dinâmica da família, mais difícil torna-se discernir em que medida a dinâmica da “família” é semelhante e contrastante com a de outros grupos que não se designa por famílias, para não se falar já das diferenças entre as diversas famílias.

A dinâmica e estruturas que se encontram nos grupos que, na nossa sociedade, são chamados famílias, poderão não ser facilmente detectáveis em grupos denominados famílias noutro contexto de espaço e tempo.

A palavra “família” pode tomar, em determinados casos, um sentido consideravelmente vago como resultado da complexidade dos arranjos matrimoniais existentes. Assim, no conceito de Maria Helena Diniz:

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela (DINIZ, 2007, p.07).

Devido a essa imprecisão e também porque a palavra tende suscitar na lembrança de cada pessoa o meio particular que lhe é conhecido e que pode parecer erroneamente ser universal ou pelo menos “normal”, alguns estudiosos sugeriram a sua abolição do vocabulário científico. De qualquer modo, sempre que a palavra “família” é usada, só adquire significação quando se formula a exata definição do grupo e da cultura a que ela se refere.

Nosso próprio sistema familiar é um exemplo daquilo a que freqüentemente se chama o tipo de família “conjugal”, baseada no laço matrimonial e normalmente constituída de pai e mãe que criam os filhos dentro de um certo tipo de lar. Há, porém, outros grupos étnicos nos quais a família, se assim pode-se ser chamada, não inclui a participação tão direta dos pais no esquema das coisas.

Para alguns estudiosos, a família é a base da sociedade e garantia de uma vida social equilibrada, célula sagrada que deve ser mantida intocável a qualquer custo.

Apesar de existir uma tão grande variedade de tipos familiares, como será visto adiante, todos eles possuem notas comuns, o que tornam possível falar da família em termos gerais. Expressada com uma ou outra palavra, é unânime a afirmação de que a família é a instituição social fundamental. Com efeito, a socialização do indivíduo começa e continua se desenvolvendo sob a influência predominante da família durante os anos da infância e da mocidade nos quais a impressionabilidade e a receptividade são maiores. Exatamente a motivação essencial da família consiste no fato de que quando os filhos nascem, necessitam serem cuidados, conservados em sua existência e educados, o que não podem fazer por sua própria conta, nem sequer podem pedi-lo, pois que ainda não têm consciência nem vontade suficiente para nenhuma dessas atividades.

O grande filósofo e sociólogo inglês do século XX, R.G. Collingwood (apud SICHES, 1968, p. 556), diz que essencialmente uma família consta de pais e filhos. Pode conter ainda outros elementos, mas serão acidentais, fortuitos. Procurando dar uma definição geral de família, que abarque todas as suas formas, MacIver (apud SICHES, 1968, p. 556) comenta que “a família é um grupo, definido por uma relação sexual e suficientemente precisa e duradoura, para prover a procriação e educação dos filhos”. Pode ou não incluir parentes colaterais, descendência de

segundo ou posterior grau, ou membros adotados, mas essencialmente a família está constituída pela vida conjunta dos esposos com sua prole, formando uma unidade coletiva definida. Toennies (apud SICHES, 1968, p. 556) define a família como a relação de homem e mulher para procriar filhos de comum acordo; vontade, tanto do homem como da mulher, de reconhecê-los como seus e de cuidá-los, mas vontade também, quando não se chega a nenhum filho, de viver juntos, de proteger-se mutuamente e de gozar os bens comuns.

A família tem em todas, ou pelo menos na maior parte de suas formas, as seguintes características: uma relação sexual continuada; uma forma de matrimônio ou instituição equivalente, de acordo com a qual se estabelece e se mantém a relação sexual; deveres e direitos entre os esposos e entre os pais e filhos; um sistema de nomenclatura que compreende um modo de identificar a prole; disposições econômicas entre os esposos e de modo especial relativas à manutenção e educação dos filhos; e finalizando, geralmente um lar, ainda que não seja absolutamente necessário que ele seja exclusivo.

A família é a instituição social mais universal. Numa ou noutra forma existe em todas as sociedades, lugares e épocas no desenvolvimento da humanidade. Mesmo em muitas espécies animais existe uma forma de certo modo equivalente à família, não se esquecendo a diferença intransponível entre o humano e o animal.

É unânime o reconhecimento de que a família é o mais importante de todos os grupos primários, isto é, dos constituídos por relações e interações em presença, face a face.

É a família um dos maiores exemplos de comunidade total ou supra-funcional com sociabilidade passiva, ou seja, com participação num patrimônio de crenças, valorizações, idéias, sentimentos, formas práticas de conduta, e com sociabilidade ativa, isto é, com processos de cooperação deliberada, visando a realização de fins.

Como instituição, a família é universal e permanente, mas cada família em particular tem uma duração limitada, que não vai além da vida de seus membros originários (esposos e seus filhos). Quando se fala de uma família ao correr dos séculos, em realidade faz-se referência a

uma sucessão de famílias que trazem o mesmo nome e que estão numa relação de descendência umas de outras.

A família tem estado em evidência. Por um lado ela tem sido o centro de atenção por ser um espaço privilegiado para arregimentação e fruição da vida emocional de seus componentes. Por outro, tem chamado a atenção dos cientistas, pois ao mesmo tempo, que sob alguns aspectos mantém-se inalterada, apresenta uma grande gama de mudanças.

É comum ouvir referências à “crise familiar”, “conflito de gerações”, “morte da família”. Ela também suscita grandes polêmicas, sendo para alguns a garantia de uma vida social equilibrada, já para outros, a instituição familiar deve ser combatida, pois representa um entrave ao desenvolvimento social; é algo nocivo, é o local onde as neuroses são fabricadas e onde se exerce a mais implacável dominação sobre as crianças e as mulheres. No entanto, o que não pode ser negado é a importância da família tanto ao nível das relações sociais, nas quais ela se inscreve, quanto ao nível da vida emocional de seus membros. É na família, mediadora entre o indivíduo e a sociedade, que se aprende a perceber o mundo e a se situar nele. É a formadora da primeira identidade social do indivíduo, sendo sua grande matriz de identidade.

A instituição familiar tem ocupado a atenção de estudiosos de todas as ciências sociais. O que essas abordagens têm tido em comum, via de regra, é o fato de ver a família apenas através da ótica de uma disciplina científica especializada. Pode-se verificar que muitas vezes se repete, com argumentos tirados do repertório científico, o que a ideologia tem veiculado dentro da própria família: a representação da instituição familiar como algo natural e imutável. Assim, por exemplo, Talcott Parsons (apud CARDOSO, 1968, p. 56/57) dá à família uma grande importância, pois para ele a sociedade é um sistema no qual as relações dessa com o indivíduo se dão de forma harmoniosa e auto-reguladora. A família teria por função desenvolver a socialização básica numa sociedade que tem sua essência no conjunto de valores e de papéis.

Pode-se observar também, que em alguns povos do mundo antigo e em algumas tribos selvagens ainda existentes, a descendência é contada por linha materna e não paterna, sendo

aquela, a única válida e que em muitos povos contemporâneos é proibido o casamento dentro de determinados grupos maiores, e, inclusive na obra de E.B.Tylor (apud KEESING, 1961, p. 406) apareciam como “costumes exóticos”, ao lado da proibição vigente em algumas tribos selvagens de tocar na lenha que ardesse com qualquer instrumento de ferro e outras futilidades religiosas semelhantes.

Assim, Orlando Gomes, com muita propriedade nos lembra que:

a evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma. O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade soberana de um chefe. De seu acentuado caráter político resultou a analogia entre sua organização e a do Estado. A família romana assentava no poder incontestável do *pater família*, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os filhos, a mulher, os escravos, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, ao ponto de se lhe reconhecer o *jus vitae et necis*. (GOMES, 2001, p.39).

Desde o direito romano que o ordenamento jurídico organiza-se baseado na autoridade paterna. A estrutura familiar romana era pautada na pessoa do pai, era ele o chefe da família, o sacerdote, o deus, o pater.

Já, na idade moderna, o papel da mulher começa a ser destacado dentro da relação familiar, assumindo tanto o papel de mãe como ajudando no poder econômico da família, mas ainda subordinada ao marido. As relações pessoais evoluíram e as relações familiares foram se pautando também a partir dessas relações determinantes para a identificação das sociedades e da forma com que são estabelecidas as relações de trabalho e renda.

A velha sociedade baseada nos laços de sangue explode no choque das classes sociais que se desenvolvem, onde o Estado tem uma participação incontestável. Há também uma significativa mudança no próprio casamento, em que a liberdade sexual se apresenta, bem como a ativa participação da mulher na divisão do trabalho.

A Revolução Industrial acrescentou essa possibilidade de reformulação dos padrões existentes, enfim a busca de igualdade de direitos foi proferida e buscada, com vários avanços para o desempenho da mulher na sociedade atual. Com a independência financeira da mulher começam a surgir as divergências entre homem e mulher. Esta quer um companheiro e ele uma mulher submissa. Daí começam a surgir as primeiras produções independentes, quando estas mulheres desejam ser mães sem ter um marido, ou ainda as uniões estáveis, onde ambos começam a conviver debaixo do mesmo teto sem o vínculo matrimonial. Antes a mulher cuidava dos filhos porque não tinha outra coisa a fazer senão cuidar da casa e da prole.

Com a revolução feminina, esta mesma mulher começou a trabalhar fora, cuidar da casa, da prole e do próprio marido. A figura materna estava intimamente ligada à pessoa dos filhos e, até certo tempo, a lei e a doutrina a protegiam de ficar sem eles. Era uma situação cultural, pois cabia ao homem apenas sustentar sua família e a mulher manter sua família unida, dado a este fator sócio-cultural que os filhos eram sempre mais ligados à figura da mãe do que a do pai, que estava sempre fora trabalhando e quando em casa chegava estava cansado demais para conversar com seus filhos, tirando a velha concepção que cabe somente a mãe criar e educar os filhos.

Atualmente, já se reconhece a importância da participação paterna no contexto da vida de um filho, a necessidade de sua atenção e afeto para proporcionar a esta criança um desenvolvimento harmônico e sadio. A presença marcante da figura paterna começa a ressurgir gradativamente dentro do seio familiar, onde o pai, não só trabalha e garante o sustento da casa, mas também conversa, brinca, fiscaliza e contribui para a saudável relação do grupo como um todo.

O direito brasileiro passou por inúmeras mudanças em relação à família. O Código Civil de 1916 por ser do século XIX trazia uma visão conservadora e patriarcal para o direito de família e consagrava a superioridade masculina determinando assim o poder exclusivo da família ao homem. O primeiro grande avanço se deu com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 6121/1962), que deu a capacidade da mulher e a aceitou como colaboradora do marido ao que tange a educação e a criação dos filhos.

A Constituição de 1988 patrocinou a maior reforma já ocorrida no direito de família, foi a partir da Constituição que os direitos e as obrigações de homens e mulheres foram iguados. Desse modo, a família advinda desta Constituição tem o papel específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse lugar de afeto e respeito.

Nesta Constituição acima referida, em seu artigo 226, ampliou, entre nós, o conceito de família para reconhecer como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a união estável entre homem e mulher.

O direito e a família crescem juntos, evoluem, buscam formas para regular e manter as relações familiares seguras e protegidas das mazelas da sociedade. É de tamanha importância este direito que a Constituição Federal incumbiu não só a família a preservação e guarda destes direitos, mas estendeu a toda sociedade e ao Estado, como forma de priorizar e garantir a efetivação, conservação e proteção destes, inclusive ao que trata do direito e dever dos cônjuges. O direito de família é um direito protetivo e assistencial, pois além de proteger os entes desta estrutura deve prestar-lhes a assistência necessária para o seu desenvolvimento harmônico e feliz.

A evolução da sociedade transformou os relacionamentos familiares, de família patriarcal, em que tudo girava em torno do pai que inclusive dispunha sobre o direito a vida de sua esposa, filhos e subordinados, para, uma família afetiva, cujos laços que unem esta célula são os afetos.

Maria Helena Diniz (2007, p. 12/13) entende família como o “grupo fechado de pessoas composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção.”

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É um instrumento para a realização integral do ser humano (DINIZ, 2007, p.13).

Conclui-se, então, que a célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou notoriamente com a sociedade urbana-moderna. Porém, a família atual, ainda se diferencia das formas antigas no que tange as suas finalidades, composição e papel de pais e mães.

2.3. TIPOS DIVERSOS DE FAMÍLIA

Como já mencionado anteriormente, existem diversos tipos de família, embora aqui será enfocado principalmente a família conjugal monógama, e de modo especial, a família moderna ocidental, pois é esta a que existe em nossa sociedade. A família monógama tem uma origem remotíssima, no próprio berço da humanidade, ainda que após em outros povos, sobretudo de vida primitiva, mas também em culturas adiantadas, como por exemplo, a mulçumana, que tenham surgido e se desenvolvido muitos outros tipos de família, muito embora, em muitas das zonas onde nasceram e se desenvolveram esses tipos de família, atualmente se manifestam uma tendência a volta conjugal monógama.

É oportuno aqui mencionar, ainda que só de passagem, alguns desses outros tipos de família, diferentes da família conjugal monógama, observando que tais tipos de família não são os únicos que existiram, mas só os mais característicos, notando também que se trata somente de tipos, os quais se diversificam numa grande variedade de subtipos nos diversos lugares e períodos históricos. Assim, como já dito encontra-se uma variedade de tipos de família, quais sejam:

a) Família poliândrica – é aquela família em que existe uma mulher com vários homens, fato que costuma levar ao matriarcado, forma de organização familiar em que a mãe, por ser o progenitor individualmente conhecido, é o centro da família, e nela exerce a autoridade e na qual a descendência e os direitos se determinam por linha feminina. Conforme Kricher (apud SICHES, 1968, p. 553), o matriarcado se iniciou em alguns povos “quando a cultura instável dos caçadores se transformou em cultura sedentária dos agricultores. Sempre a mulher havia

estado, como colhedora de frutos, em estreito contato com a terra e os seus produtos... Quando os progressos devidos à mulher (cultivo da terra, tecelagem e cerâmica) tiraram pouco a pouco o predomínio econômica do homem e deram a ela como elemento produtor a preponderância econômica, deu-se essa transformação... que converteu a mulher na classe dirigente da sociedade humana e trouxe como conseqüência uma época de cultura feminina...”

Entretanto, conforme outros antropólogos, como por exemplo, Müller-Lyer (apud SICHES, 1968, p. 554), o matriarcado foi somente um fenômeno transitório, ao qual precedeu certa forma de patriarcado, e ao qual sucedeu um patriarcado incontestável.

Há também ainda, outros antropólogos, entre eles George P. Murdock (apud SICHES, 1968, p. 554), que consideram o matriarcado uma mera hipótese não suficientemente comprovada.

Em todo caso, matriarcado e forma familiar poliândrica não são termos totalmente sinônimos, pois pode existir uma família matriarcal monógama. Ocorre, porém, que a poliandria, onde tenha existido, leva a uma família baseada na maternidade e, portanto, sobre a autoridade da mãe. Com relação a isto, o sociólogo cubano Roberto Agramonte (apud SICHES, 1968, p. 554), comenta que em algumas “organizações primitivas se observa que a mãe é sempre conhecida, relativamente ao filho, ao passo que o pai é desconhecido. O pai, caçador ou guerreiro, quando não desportista, é um ser errante, transumante, e, por isso, ao nascer uma criança, sabe-se quem é a mãe, mas não se conhece o pai. Esta situação se apresenta com caracteres muitos fortes na cultura taína de cuba...: quando o cacique tomava mulher, lançavam-se sobre ela todos os caciques que tinham vindo de lugares distantes, expressamente para a cerimônia nupcial; ... quando se casava um plebeu, todos os outros plebeus tinham direito à donzela. Essa situação, por repugnante que nos pareça, tinha sua razão de ser no propósito de evitar que, por causa do homem, a mulher ficasse estéril..., já que o ter filhos era essencial para a sobrevivência do grupo, por serem eles... braços para o trabalho ou guerreiros”.

b) Família poligâmica – existiu ou ainda existe em algumas sociedades primitivas, temporariamente em outras da antiguidade israelita, entre os mulçumanos e os mórmons. Afirmou-se que entre os povos caçadores e guerreiros, a poligamia pode ter-se motivado

devido às baixas do contingente masculino, produzidas nos acidentes da guerra ou da caça: sobram mulheres por que morrem muitos homens. Noutras sociedades talvez se tenha originado no fato de que se deseja multiplicidade de pessoas para aumentar o número de filho, os quais são importantes forças de trabalho, ou de poder ou ainda de prestígio.

c) Família monogâmica matriarcal – ainda que às vezes se suponha que o matriarcado esteve ligado à poliandria, isto não é necessário, pois há casos entre os povos primitivos, e em alguns povos antigos, principalmente orientais do Pacífico, de organização familiar monogâmica, mas centralizada ao redor da mãe e dominada por sua autoridade.

d) Família monogâmica patriarcal – tal e como aparece no Antigo Testamento, na Política de Aristóteles e no Direito Romano, especialmente no arcaico. Conforme descreveu acertadamente o historiador francês Fustel de Coulanges (apud SICHES, 1968, p. 555), a família patriarcal da Antiguidade clássica, sobretudo nos seus primeiros tempos, se baseava principalmente sobre o culto aos mortos, aos antepassados, que se praticava privadamente no lar só em cada família para os seus próprios mortos. Ao dar a vida a seu filho, o pai lhe transmitia seu próprio culto, isto é, o direito de manter vivo o fogo sagrado do lar. A família romana formava uma unidade religiosa, política e econômica. O *pater familias* era o dirigente do culto doméstico, atuava como magistrado para dirimir todos os conflitos que surgissem no seio da família e era ainda o único dono do patrimônio familiar. O nexo fundamental que une os membros da família romana é o parentesco civil ou agnação, que os vincula ao *pater familias*. A agnação compreende não só os descendentes, mas também a mulher, a qual entra na família pela *manus*, isto é, por sua submissão à potestade marital, os filhos adotivos e mesmo os dependentes do lar. Assim, pois, eram agnados todos os que se encontravam sob a potestade do *pater familias*, ou que estariam sujeitos a essa autoridade se seu detentor não tivesse falecido. Os filhos das filhas não estavam ligados ao avô materno por este parentesco agnático, apesar do parentesco cognático, ou seja, de sangue, devido ao fato de que não se podia pertencer ao mesmo tempo, dado o caráter religioso e político da família, ao ramo paterno e ao materno.

e) Ação do Cristianismo – o Novo Testamento elevou o contrato matrimonial à dignidade de sacramento, exaltou o nível da mulher, colocou a instituição familiar ao serviço dos filhos e

para o benefício destes. As idéias sustentadas pelo Cristianismo foram os mais sérios freios à corrupção dos costumes que se desenvolvia na Roma Imperial, contra a qual tinham sido ineficazes as medidas de caráter puramente jurídico.

f) Família feudal – observa Antonio Caso (apud SICHES, 1968, p. 555), que na estruturação da família feudal intervieram, entre outros, dois fatores principais: o de privatismo dos antigos germanos e as idéias cristãs. Na organização feudal o poder do Estado, do rei, de fato é muito fraco. No interior de cada residência ou área feudal fortificada, se produz tudo o que é necessário para a subsistência de seus habitantes. A família feudal na realidade levava a efeito, num âmbito menor, a maior parte das funções estatais. A família se converteu no feudo, onde sob a autoridade do senhor e seus vassallos, viviam os servos, os trabalhadores rurais consagrados à gleba que cultivavam. Enquanto os homens guerreiam ou trabalham o solo, as mulheres tecem ou bordam.

g) Família conjugal moderna – não abarca diversas gerações (avós, pais, filhos, netos), mas tão somente os progenitores e sua prole. Assim sendo, a família tradicional nas sociedades ocidentais foi durante muito tempo, chamada de família conjugal monogâmica extensa, originada na antiga Israel, desenvolvida na Grécia e em Roma, na Idade Média, e também na Idade Moderna e no século XIX, a qual compreendia três gerações num só lar (avós, pais e filhos), e em relações muito estreitas com parentes colaterais. Essa família conjugal extensa ainda persiste nos dias atuais, em grau considerável, principalmente em algumas zonas rurais. Porém, nos últimos decênios foi alcançando mais generalidade a família conjugal restrita, que compreende somente num lar, aos esposos e a seus filhos.

É certo, de que houve muitas mudanças nas funções da família ocidental monogâmica ao longo da História Humana. A família nas situações primitivas, e mesmo até certo ponto na Antiguidade e na Idade Média, era uma instituição onicompreensiva dentro da qual se realizavam quase todas as funções sociais, políticas, econômicas e religiosas, como por exemplo, o culto aos deuses-lares na Grécia e em Roma. Em certas áreas rurais, tal caráter ainda é conservado. No curso da evolução histórica, a família deixou de ser a instituição social por antonomásia, para converter-se numa instituição que continua total e fundamental,

mas colocada ao lado de outras instituições especializadas, como a Igreja, Estado, escola, empresa econômica, grupos de recreação etc.

Como já assinalado, nas sociedades urbanas o tamanho da família se reduziu consideravelmente, desde as grandes unidades características da Antiguidade Clássica, passando pelo tipo conjugal extenso até o tipo restrito.

No desenvolvimento da família conjugal restrita de nossa época, distinguem-se cinco etapas:

1. Pré-nupcial – eleição do futuro cônjuge, a qual é livre para o indivíduo, diferentemente do que acontecia em outras sociedades, como as primitivas, a feudal etc., nas quais era o grupo, o clã etc., os pais, os avós, quem decidia sobre a união; amor romântico e noivado, como etapa de reconhecimento e de preparação;
2. Celebração do matrimônio – com a qual se costuma estabelecer a estrutura econômica da sociedade conjugal;
3. Nupcial – período de vida conjunta antes de ter descendência, com o qual se inicia a constituição do ambiente do lar e da família, o ajustamento entre os esposos e uma comunidade de vida entre eles;
4. Criação dos filhos – com que propriamente se completa a família, reforçando os vínculos entre os esposos por meio da prole, constituindo-se a comunidade familiar e surgindo novos estímulos e interesses, assumindo maiores responsabilidades;
5. Maturidade – é quando os filhos chegam à maioridade, não precisando mais do cuidado de seus pais. Chegando este momento, duas coisas podem acontecer: ou os filhos se tornam independentes, seja porque contraem matrimônio, seja porque abandonam o lar; ou continuam vivendo no lar dos pais até que se produza um dos dois fatos acima indicados. No segundo caso, isto é quando os filhos que já possuem vontade e capacidade próprias continuam no lar familiar, sua situação na família muda, porque continuam incorporados a ela por sua própria vontade. Resulta, pois, que ficam ligados à família por um vínculo associativo. Ainda que a família continue sendo uma comunidade, já não se trata então de uma comunidade pura, pois apesar de ser ainda uma comunidade, está baseada sobre um fundamento associativo, por isso que a permanência dos filhos maiores na família é em última análise devida à vontade

deles. É evidente que essa incorporação associativa dos filhos maiores não se efetua num momento claramente delimitado, nem num ato formal; quando se realiza, vai acontecendo gradualmente. A respeito disto, observa Collingwood (apud SICHES, 1968, p 561), que essa incorporação do filho maior à sociedade familiar exige uma conduta especial por parte daqueles que já constituem essa sociedade, isto é, por parte dos pais. Tal conduta se desenvolve através de uma série de fases. A boa disposição dos pais para aceitar o filho como um igual, deve tornar-se patente ao filho desde uma fase anterior à sua maturidade, como uma espécie de promessa, cuja a realização irá se efetuando gradualmente, à medida que o filho vai crescendo. A iniciação na vida adulta é um fato que o filho não pode realizar exclusivamente por si mesmo. É claro que nessa iniciação o filho colabora em parte, mas também nele colaboram, ou pelo menos deveriam colaborar, os pais. Se estes não prestam essa colaboração, a entrada na vida realmente adulta não chegará a produzir-se plenamente, e o filho, frustrado em seu desejo de amadurecer, permanecerá indefinidamente numa situação psicológica de infantilismo.

Encontramos, assim, na família, a coexistência simultânea de pessoas de diferentes idades, pertencentes a gerações históricas diversas, a distintos níveis históricos, dando à família, ainda que em graus diversos, mas sempre alguma medida, uma dinamicidade especial, e é, compreensivelmente, a origem de conflitos inevitáveis, umas vezes manifestos e outras latentes, entre pais e filhos na família conjugal contemporânea e entre avós, pais e filhos na família extensa do passado, mas principalmente, podendo gerar um dos maiores conflitos familiares que é a traição de um dos cônjuges ou até mesmo de ambos.

Julián Marías (apud SICHES, 1968, p. 566), chamou atenção sobre esse ponto, dizendo: “ainda que pareça incrível, a Sociologia, quando trata da realidade familiar, passa obstinadamente por alto seu componente histórico: estuda seu caráter biológico – união sexual no matrimônio, geração dos filhos – econômico, jurídico ou contratual, mas esquece sua condição histórica, evidente no fato – de tão elementar é quase inadvertido – de que os seus membros tem idades diferentes, isto é, procedem de diferentes níveis cronológicos, provêm de mundo historicamente diversos, de distintas gerações históricas. Este desnível, esta simultaneidade num presente de tempos diversos, é o motor da

História, e a condição mesma de todas as estruturas, grandes e pequenas, em que se articula e realiza a vida humana.”

Assim sendo, no seio da família moderna monogâmica se desenvolve uma vida social que está saturada de intimidade. Com efeito muitas das dimensões mais íntimas do indivíduo encontram expressão manifesta ou implícita na vida familiar, que é uma espécie de intimidade cálida, que permite a seus componentes manifestar e realizar seu fundo secreto fora do alcance dos olhares indiscretos. A família autêntica é o ambiente onde tudo se adivinha, sem necessidade de ser expresso, onde tudo é comum, sem deixar de ser individual. Na família se combinam uma espécie de socialidade com uma espécie de intimidade. É sede de condutas tipicamente interindividuais, como são as de amor, mas ao mesmo tempo é o lugar em que se aprendem muitos modos coletivos de conduta.

2.4. CONCEITO DE CASAMENTO

Na Constituição da República de 1967, o casamento, no sentido da sociedade conjugal entre um homem e uma mulher, era reconhecido como causa primária e única para se constituir uma família, sendo esta digna do direito à proteção da lei, se estabelecendo no art. 175, *caput*, que “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”; repetindo-se assim, o que se continha no art. 163 da Constituição de 1946, qual seja: “a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”.

A Constituição de 1988, com suas pretensões inovadoras, não repete este dispositivo, limitando-se em acertar, em seu art. 226, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”; e ainda acrescenta, em seu ambíguo § 3º que, “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Com muita propriedade, Yussef Said Cahali, observa:

Na realidade, qualquer que seja a interpretação que se procure extrair do obscuro § 3º, citado, tem-se como certo que o casamento continua mantendo a sua dignidade como único expediente legal hábil para a constituição da família, não se lhe equiparando, para os efeitos da lei – especialmente com vistas aos efeitos que dela resultam -, a simples união estável entre o homem e a mulher. (CAHALI, 2002, p.17).

Assim sendo, o casamento é a união, socialmente reconhecida, de pessoas e sexo oposto, diferenciando das relações sexuais não conjugais, principalmente pelo fator do reconhecimento social e pela maior duração temporal que este reconhecimento pressupõe. Sua importância como instituição social provém do fato de fornecer um fundamento estável para a criação e a organização de um grupo conjugal. Suas funções intrínsecas de prover às necessidades sexuais dos cônjuges e conseqüentemente a procriação, na verdade, são fatores secundários.

Portanto, é assim, que através do matrimônio, é que duas pessoas de sexo diferente adquirem o estado familiar de cônjuges e por sua vez, sendo fonte de direitos e obrigações recíprocas, representados principalmente pela comunhão de vida, seja moral, espiritual, afetiva ou material.

Pode-se observar que na família romana, berço da civilização, o afeto, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família e muito menos o nascimento. O pater podia até sentir por sua filha um profundo sentimento de carinho, porém este não poderia lhe dar qualquer bem de seu patrimônio (COULANGES *apud* VENOSA, 2008, p. 04). A família estava ligada por um vínculo mais forte que o nascimento: a religião doméstica e o culto aos antepassados (VENOSA, 2008, p.04). O pater era quem dirigia estes cultos, a mulher quando contraia matrimônio abandonava o culto do pai e começava a seguir o culto do marido. Dentro deste período, a família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar que invocava os mesmos antepassados. (VENOSA, 2008, p. 04).

Grande importância sociológica tem o fato de que é muito freqüente a consagração religiosa do matrimônio como comunidade de vida permanente e exclusiva. A participação religiosa alcança seu auge quando o matrimônio é elevado à categoria de

“sacramento”. A família é então colocada num nível de instituição sagrada em que se realizam fins de alto valor e se lhe dá maior permanência (SICHES, 1968, p. 557).

Deve-se prestar atenção ao fato de que no seio da família se desenvolvem vigorosos processos configurantes da personalidade de todos os seus membros, inclusive contribuindo para em muitos aspectos remodelar a personalidade dos cônjuges. Por maior e mais sincera que seja o amor mútuo que os levou a se unirem em matrimônio, a vida conjugal não costuma estar isenta, principalmente na fase inicial, de mal-entendidos, competições, oposições e mesmo outros conflitos. Tais choques e tensões podem prejudicar o matrimônio, fazendo-o fracassar. Porém, quando dissensões e oposições não fazem naufragar o lar conjugal, é porque os pontos de contato e de harmonia são em maior números e mais intensos que os germes de discórdia, produzindo assim, processos através dos quais as discordâncias e as oposições vão sendo superadas; processos de acomodação, de ajustamento, de assimilação unilaterais de um a outro dos cônjuges ou entre ambos. Desses processos resultam modificações na personalidade dos cônjuges.

A família já constituída é exatamente um dos exemplos típicos de comunidade, sobretudo para os filhos, pois estes despertam a consciência no seio da família e impregnados por seu ambiente.

Relativamente aos cônjuges, que entraram em sua relação matrimonial por um contrato de associação, cabe dizer que até certo ponto, ao longo do tempo, chegam a formar uma espécie de quase-comunidade, pois nos casos em que há união, forma-se um espírito comum que modela os dois. Diz-se “até certo ponto” porque, apesar da intimidade das relações entre esposos e da recíproca solidariedade que os une, sendo maior ainda quando existem filhos, ele e ela conservam o senso de suas respectivas individualidades e sempre a relação entre eles será interindividual. Deve-se lembrar o que foi dito pelo apóstolo Paulo para caracterizar a relação entre os cônjuges: “et eram duo in carne una”, isto é, eram dois apesar de na carne constituírem uma unidade.

Como já citado anteriormente, para os filhos, a família é uma verdadeira comunidade, pois nela se encontram sem o concurso de sua vontade e porque não exercem o governo das funções de sustento e educação que são desempenhadas pelos pais.

Muito ao contrário, o par conjugal, o qual é o núcleo básico da família, é uma associação na qual os dois cônjuges ingressam voluntária e livremente em virtude de seu consentimento ao celebrarem o contrato matrimonial. Observa-se que para nossa cultura ocidental cristã, o ato de contrair matrimônio é um ato contratual. Mesmo na doutrina da Igreja Católica, do ponto de vista do Direito Canônico, além da dignidade de sacramento que tem o matrimônio, ele é considerado juridicamente um contrato, no qual os ministros são os próprios contraentes, pois a função do sacerdote no casamento é semelhante apenas a de um notário que autoriza.

Note-se que a instituição do matrimônio está regulada não só por preceitos religiosos e por costumes sociais, mas principalmente pelo Direito, tanto pelo civil como pelo eclesiástico.

Pode-se perguntar porque o matrimônio está regulado juridicamente, sendo que muitas outras relações sociais não estão reguladas pelo Direito, como no caso de muitas relações interindividuais, além de outras relações sociais, como por exemplo as amizades se fazem e se desfazem, livremente sem que a sociedade costume ocupar-se com isso, e sem que nisso o Direito intervenha. É que, se o matrimônio fosse algo que dissesse respeito exclusivamente aos dois esposos e a ninguém mais, certamente nem a sociedade e muito menos o Estado e a religião, teriam se ocupado em regulá-lo. Se a relação sexual permanente ou estável de um par implicasse somente um assunto de amor entre os dois participantes, nunca se teria produzido uma regulação jurídica sobre ela. Porém, como essa relação implica a perspectiva do nascimento e da educação dos filhos, e, por conseguinte, diz respeito acerca da vida social e em seu conjunto, as instituições sociais, o Estado, a religião, promulgaram normas muito estritas sobre o matrimônio, para torná-lo uma instituição estável, com funções definidas, com direitos e obrigações para os esposos, assim como para os filhos.

No matrimônio se entra livremente, pelo menos nas sociedades civilizadas. Todo indivíduo que preencha os requisitos exigidos pela lei é livre de contrair ou não, o matrimônio. Ainda, nos povos verdadeiramente civilizados, todo indivíduo é livre de contrair matrimônio com a pessoa do sexo oposto que escolheu e que tenha dado consentimento para isso. Em outras épocas da História e mesmo em algumas áreas do mundo ainda atrasadas, principalmente do ponto de vista ético, os filhos, e de modo especial as filhas, eram “dados” ou “dadas” em matrimônio por seus pais, sobretudo pelo pai, por meio de um convênio que este realizava com o pai do outro contraente. A consciência ética dos povos adiantados, porém, rechaça essa concepção selvagem pela qual os pais podem dispor sobre o matrimônio de seus filhos, reconhecendo como um dos direitos naturais do indivíduo, o direito de toda pessoa maior de idade contrair matrimônio e de fundar uma família, bem como o direito de que o matrimônio somente seja contraído com o consentimento pleno e livre dos futuros esposos.

Assim sendo, acontece que se bem o ato de contrair matrimônio é livre, e, portanto, constitui uma associação voluntária, o tipo de relação na qual se entra por meio desse contrato de sociedade está rigidamente regulado, social, jurídica e religiosamente, e é uma comunidade de vida que compreende não um número determinado de funções, mas, ao contrário, um número indeterminado delas, ou seja, uma comunidade total.

Como diz Georges Renard (apud SICHES, 1968, p. 559), a família é uma instituição, aliás, a primeira das instituições, e o matrimônio é o ato de sua fundação por meio de um contrato, se bem que se trata de um contrato que, celebrado livremente, está regido por normas que não são elaboradas pelos contraentes, mas impostas pela lei. Tal contrato possui ainda a particularidade de produzir múltiplos efeitos relativamente a terceiros, principalmente aos futuros filhos, aos herdeiros presumidos dos contraentes antes do matrimônio, aos credores etc. Trata-se certamente de um contrato livre, mas que, por originar o nascimento da instituição familiar, está regido por normas inspiradas nos fins dessa instituição.

No seio da família se desenvolvem muitos processos sociais, como por exemplo: de contato recíproco, isto é, consciência da existência, presença e conduta, uns membros

relativamente aos outros; de intercomunicação recíproca, que é por atitudes, gestos, linguagem etc; de interatividade, ou seja, de influências recíprocas; de cooperação por divisão do trabalho, que são as atividades para alcançar os meios de subsistência, tarefas do lar, ensino e aprendizagem etc; de cooperação solidária, que diz respeito ao pai e mãe que conjuntamente realizam funções educativas, enfrentam os mesmos problemas etc; de ajustamento entre os cônjuges, entre os pais com os filhos e vice-versa; de subordinação dos filhos aos pais; de serviço dos pais para com os filhos; de apoio e auxílio mútuos entre os cônjuges e entre eles e os filhos e muitos outros tipos de processos sociais.

Logo, a família realiza funções morais, religiosas, econômicas, educativas, culturais, técnicas etc.

Os processos e as funções que se desenvolvem na família são de caráter contínuo e exigem muitos e constantes esforços. Em épocas de calamidade pública, os homens podem trabalhar, lutar, e morrer por seu país, mas labutam por sua família todos os dias ao correr de sua vida. As exigências da vida familiar levam os homens, e mais ainda as mulheres, a realizar os mais penosos esforços e a assumir as mais graves responsabilidades.

O fato de que o matrimônio e a família apresentem diferentíssimas estruturas e características nas várias culturas e nas sucessivas épocas históricas já estudadas anteriormente, mostra que são formas de vida humana, as quais vão sendo moldadas pelos homens por meio de sua imaginação, respondendo à pressão de necessidades humanas, ou seja, mostra que são formas social-históricas, sob a influência de cada situação cultural. Mas, por outra parte, na fundação da família e no desenvolvimento da existência familiar, atuam impulsos fundamentais e constantes da natureza e da vida humana, como a atração sexual, desejo de procriação, devotamento materno, função paternal, desejo de segurança, dominando normas baseadas em valores permanentes.

Assim, como decorrência da característica da monogamia no casamento, resta então inequívoca a presença da fidelidade como dever existente entre os cônjuges. A fidelidade

no casamento envolve o dever de lealdade entre os cônjuges, sob o aspecto físico, moral e até psicológico, no sentido de abster-se de manter relações sexuais com terceira pessoa, e mesmo de praticar condutas que indiquem tal propósito, mesmo que não consuma a traição propriamente dita. Portanto, se um dos cônjuges, praticar a traição, estará descumprindo um dever conjugal, mesmo que atualmente o adultério já não seja mais considerado crime, pois de qualquer forma implica para a pessoa traída danos morais e psicológicos.

Logo, como bem observa FRANCISCO JOSÉ CAHALI (apud Calmon e Gama, 2001, p. 234):

A fidelidade tem sido indicada como elemento essencial à caracterização da união estável, em homenagem aos princípios morais preservados pela sociedade, acrescentando-se que a ela subordina-se o casamento; se o concubinato se espelha no matrimônio, inafastável a verificação da fidelidade.

É por isso que o dever de fidelidade recíproca deve ser uma decorrência do caráter monogâmico do casamento, pois a infração a esse dever pode indicar a falência da moral familiar, além de agravar a honra do cônjuge traído, sendo que um deve ter o mínimo respeito para com o outro.

Na verdade, mesmo que na lei, o adultério já não seja mais considerado um ato ilícito, ele é um desencadeador de um descumprimento moral dentro dos deveres do matrimônio, sabendo-se que esta instituição é um complexo de deveres que se renovam diariamente, sendo alvo de reclamações a ações, abstenções e tolerâncias pessoais e reciprocamente exigíveis, devendo ser observadas como condição *sine qua non* da perenidade da organização familiar.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo entendimento de Maria Helena Diniz (2007, p. 35)

a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Assim, pode-se dizer que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém, seja esta moral ou patrimonial que, atuando, a princípio ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Na realidade, a palavra “responsabilidade” é oriunda do verbo latino *respondere*, significando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Portanto, tal termo, tem sua raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais, ou seja, estabelecer uma obrigação a quem assim respondia (DINIZ, 2007, p. 33). Porém, a afirmação de que o responsável será aquele que responde e que responsabilidade é a obrigação do responsável, ou ainda, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever, não deve ser suficiente para solucionar o problema e para conceituar a responsabilidade, pois se a pessoa agir de conformidade com a norma ou com seu dever, pode ser leviano dizer acerca de sua responsabilidade, pois tal indivíduo pode continuar responsável pelo procedimento em si, mas não terá nenhuma obrigação traduzida em reparação de dano, como um substituto do dever de obrigação prévia, por ter cumprido tal obrigação. Assim sendo, a responsabilidade é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente, servindo, portanto, para demonstrar a posição daquele que não executou o seu dever.

Entretanto, pode-se notar, as grandes dificuldades que a doutrina enfrenta para conceituar objetivamente a responsabilidade civil, pois alguns autores se baseiam na culpa do indivíduo para definir a responsabilidade. Autores como Pirson e Villé (*apud* Diniz, 2007, p.34) conceituam a responsabilidade como a obrigação imposta pelas normas às pessoas no sentido de responder pelas conseqüências prejudiciais de suas ações; já, outros autores, como é o caso de Sourdat (*apud* DINIZ, 2007, p.34) define a responsabilidade civil com o dever de reparar dano decorrente de fato de que se é autor direto ou indireto. SAVATIER *apud* DINIZ, 2007, p.34) a considera como a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu ou pelo fato de pessoas ou coisas que dele dependam. Outros autores ainda, como Josserand (*apud* DINIZ, 2007, p.34), vê a responsabilidade civil sob um aspecto mais amplo, deixando de lado a questão da culpabilidade, mas enxergando-a no ângulo da repartição de prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses, comportando assim dois pólos: o objetivo, em que enfoca o risco criado e o subjetivo, enfocando a culpa.

Portanto, tendo em vista tantas dimensões doutrinárias, Serpa Lopes (*apud* DINIZ, 2007, p. 34), conclui que a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja ele por decorrência de uma culpa presumida ou por uma circunstância meramente objetiva.

Ainda conceitua Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 21) que a responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou desconforto comportamental da vítima.

Assim sendo, é com base nessas considerações, que podemos conceituar no início deste capítulo a responsabilidade civil como sendo a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou ainda, de simples imposição legal. Tal definição guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva) e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

3.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Direito Romano, como sempre, também é o ponto de partida para se encontrar a questão das raízes da responsabilidade civil.

Assim, nas primeiras formas organizadas de sociedade, como também nas civilizações pré-romanas tal responsabilidade origina-se da concepção de vingança privada, ou seja, uma forma primitiva, porém compreensível do ponto de vista da civilização humana, a qual dominava a vingança coletiva que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o/a agressor(a) pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente, houve uma evolução da responsabilidade civil dentro de um grupo para uma reação individual, isto é, partiu-se para uma vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, querendo reparar o mal pelo mal, usando a Lei de Talião: “Olho por olho, dente por dente”; “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Porém, observa-se dentro do Direito Romano, a preocupação de uma evolução na Lei supra mencionada em conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se assim, a aplicação da pena de Talião (DINIZ, 2007, p. 10/11).

Segundo Alvin Lima (apud GONÇALVES, 2005, p. 04), a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, porém subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

Posteriormente, em um período mais avançado acerca da responsabilidade civil, surge uma soberana autoridade, o legislador começa a coibir abusos, e o poder público intervém para declarar quanto e como a vítima pode ter o direito de retaliação. É quando, então, a pessoa que causou a lesão sofre danos idênticos ao da pessoa que foi lesada (DINIZ, 2007, p. 10/11).

Observa Carlos Roberto Gonçalves:

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça com as próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ademais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga

um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas (GONÇALVES, 2005, p. 4/5).

Porém, é na Lei Aquília que se dá um marco de grande importância na evolução histórica da responsabilidade civil, dando nome à nova designação de tal responsabilidade, sendo o início da jurisprudência clássica com relação à injúria e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”. (DIAS apud GONÇALVES, 2005, p. 5).

Assim, a Lei Aquília veio para cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, tendo-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal maneira que o culpado poderia se isentar de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Desta forma passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente, estabelecendo as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Com isso, tal lei introduziu o prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Contudo, com o avanço do tempo, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material. O Estado passou, então, nessa época, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Tal composição veio a fazer parte no direito romano com a finalidade de se ter a pena privada, bem como a reparação, tendo em vista que na época não havia grande distinção entre a responsabilidade civil e a penal. Sendo assim, na idade média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa, com a consequente elaboração dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena. (DINIZ, 2007, p. 11).

Mais tarde, o direito francês, aperfeiçoando as idéias românticas ficou estabelecido um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando assim, o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Vagarosamente, certos princípios, como direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil perante a vítima da responsabilidade penal em relação ao Estado; a existência de uma culpa contratual,

que são a das pessoas que descumprem as obrigações e que não se liga nem a crime nem a delito, mas sim, se origina da negligência ou imprudência, que foram sendo estabelecidos, exercendo influência em outros povos. Inicia-se, portanto a era da generalização do princípio aquiliano, qual seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. (GONÇALVES, 2005, p. 5/6).

Sintetizando essa visão da responsabilidade civil no direito da antiguidade e dando um salto histórico, observa-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana, foi incorporada no grande monumento do legislativo da idade moderna, ou seja, o Código Civil de Napoleão, o qual influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916. Porém, tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida comum, na grande massa de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação por causa da impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Assim, dialeticamente falando, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa, bem como da aceitação de novas teorias dogmáticas, as quais defendiam a reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2008, p. 12).

Pode-se assim encerrar essas considerações históricas, porém lembrando que tais teorias passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, mais recentemente, mencionadas pelo Novo Código Civil Brasileiro.

3.3. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (TEORIA OBJETIVA E TEORIA SUBJETIVA)

Como mencionado anteriormente, o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação em que uma pessoa (física ou jurídica), deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso, acarretando o dever de indenizar. Assim o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil enquanto fenômeno jurídico, decorrente dos conflitos do homem em sociedade é em sua essência um conceito peculiar, e por isso faz-se necessário estabelecer uma classificação sistemática, tomando por base justamente a questão da culpa e depois da natureza da norma jurídica violada.

A teoria Clássica do direito baseia-se em três pressupostos para indenização da vítima, isto é, como poderá ocorrer a responsabilidade civil: “um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano”. (BESSON apud GONÇALVES, 2005, p. 4). Assim, pode-se classificar a teoria da responsabilidade civil em objetiva ou subjetiva.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: (2008, p. 13).

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa, por ter natureza civil se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (“*Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*”), regra geral mantida, com aperfeiçoamentos, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (“*Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”).

E ainda observa Carlos Roberto Gonçalves: (2005, p. 21).

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

Assim, pode-se concluir que a obrigação de indenizar, ou seja, reparar o dano é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito, conforme trata os arts. 1.518 a 1.532 do Código Civil de 1916 (“Das obrigações por atos ilícitos”). Sabe-se que o Código Civil de 2002, de forma mais técnica, não abre um título para as “obrigações por ato ilícito”, mas sim, de maneira genérica, estabelece um título próprio para a “responsabilidade civil”, dividindo-o

em dois capítulos, sendo que o primeiro refere-se sobre a obrigação de indenizar (arts. 927 a 943) e o segundo refere-se a parâmetros da própria indenização (arts. 944 a 954).

Portanto, do ponto de vista da doutrina subjetiva, têm-se a noção básica da responsabilidade civil que é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa, cabendo sempre ao autor o ônus da prova de tal culpa do réu. Entretanto, existem situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Em tais casos, trata-se a princípio, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu.

Porém, existem casos também, em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa, sendo que quando isso ocorre, está-se diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Conforme tal responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, pois somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar. Geralmente, as teorias objetivas da responsabilidade civil, costumam enfocá-las como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.

A teoria objetiva é adotada em alguns artigos do Código Civil, sendo eles: arts. 936, 937, 938, 929, 930, 939, 940, 933 e o parágrafo único do art. 927. Também em algumas leis esparsas como por exemplo na Lei n. 6453/77, no Decreto Legislativo n. 2681/12, na Lei n. 6838/81, o Código de Defesa do Consumidor e outras. (GONÇALVES, 2005, p. 24) O Código de Defesa do Consumidor adota como regra a responsabilidade objetiva. “[...] a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita a seus justos limites.” (GONÇALVES, 2005, 24).

Deve-se ressaltar aqui, que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber influência da Escola Positiva Penal.

Observa-se que o Código Civil Brasileiro adotou, como regra, o princípio da teoria subjetivista, inferindo-se de uma simples leitura do art. 159 do Código Civil de 1916, correspondendo ao art. 186 do Código Civil de 2002, o qual fixa a regra geral da responsabilidade civil, porém isso não quer dizer que as teorias objetivas foram totalmente abandonadas.

Para ocorrer a reparação do dano deve haver o descumprimento de uma obrigação, seja ela contratual ou extracontratual, que cause dano a alguém e o nexo de causalidade entre o fato e o dano procedido do fator culpa, isto é, para esta teoria exige provar a culpabilidade do agente para produção do evento danoso. (GONÇALVES, 2005, p. 26).

Conforme Carlos Roberto Gonçalves: (GONÇALVES, 2005, p. 26)

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

A culpa do agente é analisada sobre os prismas da negligência (deixar de agir), imprudência (agir de forma imoderada, sem os cuidados necessários) e imperícia (falta de habilidade técnica para agir). A culpa ou o dolo do agente devem existir para poder haver a indenização, motivo este que os juristas tanto defendem a existência de um dano na vida de uma criança como pressuposto para obter a indenização. (GONÇALVES, 2005, p. 11). Esta teoria leva em consideração as atitudes do agente, quando este conhecer e querer o resultado (ato danoso) ou quando embora não o conhecesse e não quisesse, agir com imprudência, imperícia ou negligência (ato culposo).

Sem abandonar tal regra, inova o Código Civil de 2002, no parágrafo único do seu art. 927, ao estabelecer que “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”.

Assim sendo, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vigore uma regra geral dupla de responsabilidade civil, em que de um lado se tem a responsabilidade subjetiva, como regra geral inquestionável do sistema anterior, porém coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano.

Tais considerações se fundamentam na teoria de que ninguém deve ser lesado pela conduta alheia.

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO

Conforme a visão de Miguel Reale (2001, p. 306) “[...] princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”

É na Constituição Federal que surge o modo de ver o direito, “Verdadeira Carta de Princípios”. (DIAS, 2005, p.51).

A autorização legal para a utilização dos princípios em caso de omissão da lei é o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que diz: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (REALE, 2001, p. 306).

Diante do exposto, o juiz, quando houver omissão da lei diante do caso de traição conjugal, poderá também, se prevalecer do artigo 4º da lei supra citada e decidir de acordo com os princípios do direito.

4.1. PRINCÍPIOS PRÓPRIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O certo é que existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, como: o princípio da dignidade, da afetividade, da igualdade, da liberdade, princípio da proibição de retrocesso social, entre outros. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes, não só no ambiente do direito da família. No entanto, há princípios especiais que são próprios das relações sócio-afetivas e que devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões conjugais, despontando entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade. (DIAS, 2005, p. 55).

4.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípio consagrado na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, segundo MORAES (2004, p. 128)

É um valor espiritual e moral inerente a pessoa humana, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

“O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.” (MORAES, 2004, p. 129).

A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterun non laedere* (não prejudique ninguém) e *suun cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). (MORAES, 2004, p. 129).

4.3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

“Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre as relações biológicas e sócio-afetiva”. (DIAS, 2005, p.66).

O afeto foi consagrado na legislação pátria como direito fundamental para garantir a dignidade de todos, embora à palavra afeto não esteja inserida no contexto da Constituição, a

mesma assegurou o afeto como obrigação Estatal. (DIAS, 2005). Assim, o reconhecimento do afeto como princípio é de máxima importância.

Para DIAS (2005, p. 67)

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue.

Desta forma, a autora, demonstrou que os laços afetivos não nascem do vínculo sanguíneo e sim da convivência e do respeito entre os integrantes da família e que manter este vínculo é garantir a felicidade de seus entes.

4.4. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Frase muito afirmada por mestres e doutrinadores e bem cabível a esse princípio é: “a família é a célula mater da sociedade”, que, certamente foi amparada pela Constituição Federal em seu art. 226, caput: “a família é a base da sociedade, tendo especial proteção social do Estado”.

Tantas proteções a essa entidade são dadas, porém pode-se questionar qual seria sua função para a sociedade. A esse respeito, tem o referido princípio, que ensina que a família é a base do ser humano que nasce, vive e se reproduz nela. Sua função, é portanto, possibilitar aos seus integrantes elementos imprescindíveis para sua realização em todos os aspectos da vida.

No entender de TARTUCE (2006, p. 9):

As relações familiares devem ser realizadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade, isso porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações.

Não reconhecer a função social da família seria como não reconhecer a própria sociedade, de modo que quando a família vai mal a sociedade também vai mal, havendo uma estreita correlação entre as duas, de modo que é da família que nasce o Estado.

Alguns doutrinadores entendem que, além desses, existem outros princípios acerca do Direito de Família, porém estes transcritos, com certeza, são os mais relevantes e os que merecem maior destaque no tema ora abordado.

5. MORAL

5.1. CONCEITO DE DANO MORAL

Um dos aspectos positivos da nova Codificação Civil brasileira é justamente o reconhecimento forma e expreso da reparabilidade dos danos morais. Porém, o conceito do que é dano moral, dentro do ordenamento pátrio, não está claro, delineado ou específico, deixando lacunas sobre o que é efetivamente este dano.

Conceituar algo precisa-se de muita cautela. Os romanos, com sua prudência característica já diziam “*omnis definitio periculosa est*”. Definir é sempre perigoso. Em sua obra exemplar, Antonio Jeová Santos (2003, p. 92) diz: “Afirmar que dano moral é lesão não patrimonial é nada definir. Princípio decorrente da boa lógica indica que não se define, introduzindo um conceito negativo no objeto definido”. Em contrapartida, a citação abaixo, oferece uma conceituação positiva sobre o que seria dano moral e que apresenta um rigor científico incontestável. “Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo as feições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária. (ALSINA apud SANTOS, 2003, p. 95).

Conforme citado acima, o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, ou seja, o dano moral é aquele que lesiona a esfera da personalidade de um indivíduo, de seus direitos, violando a intimidade, sua vida privada, honra e imagem ou bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Esse conceito, notadamente diz respeito ao fato da lesão se dar em direitos, cujo conteúdo não é pecuniário e nem comercialmente redutível a dinheiro, porém isso não quer dizer que o indivíduo não tenha suas compensações pecuniárias em caso de violação.

Como observa Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 41) “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”.

Desta forma, entende-se que o dano moral é uma dor ou afetação negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual na vida de uma pessoa.

Conforme observa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 55):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo o conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Por isso, é muito importante, tecer algumas considerações acerca da questão da moralidade.

Embora direito e moral tenham significados completamente diferentes, existe uma evidente preocupação no novo Código Civil brasileiro sobre a eticidade nas relações jurídicas, já que a apreensão do conceito de moral é fundamental no estudo do que diz respeito ao fato da lesão se dar em direitos, não deixando de observar, como já foi dito, que tal conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, mas sim um prejuízo ao ser humano como um todo.

Logo, sendo o dano moral afastado de qualquer relação com o efeito patrimonial, deve-se então, buscar uma quantificação do dano moral com base nos seus reflexos materiais, tendo em vista que o que se está indenizando é o dano patrimonial decorrente da lesão à esfera moral do indivíduo e não o dano material propriamente dito.

Deve ser lembrado que a expressão “dano moral” é adotada por estar amplamente consagrada na doutrina e jurisprudência brasileira, porém, da mesma forma também, deve ser reconhecido que tal expressão não é tecnicamente adequada para qualificar todas as formas de prejuízo não fixável pecuniariamente. Até mesmo a expressão “danos extrapatrimoniais” que também é muito usada na linguagem jurídica, pode-se tornar equivocada, principalmente quando comparada com a concepção de “patrimônio moral”, a qual é cada vez mais utilizada na

doutrina e jurisprudência, que supostamente seria para abranger, entre outros direitos tutelados pelo ensinamento jurídico, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa.

Seria assim então, melhor utilizar o termo “dano não-material” para se referir a prejuízos do patrimônio imaterial, justamente em contrapartida ao termo “dano material”, como sendo duas fases da mesma moeda e podendo ser o “patrimônio jurídico” da pessoa, seja esta física ou jurídica.

Como bem observado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 56):

Entretanto, como as expressões “dano moral” e “dano extrapatrimonial” encontram ampla receptividade, na doutrina brasileira, como antônimos de “dano material”, estando, portanto, consagradas em diversas obras relevantes sobre o tema, utilizaremos indistintamente as três expressões (dano moral, dano extrapatrimonial e dano não-material), sempre no sentido de contraposição ao dano material.

Portanto, por tudo o que acima foi dito, a expressão “dano moral” será utilizada aqui como contraposição ao dano material, já que é uma expressão amplamente receptiva na doutrina brasileira.

Para Gonçalves, a tentativa de conceituar o dano moral busca adentrar no conteúdo do dano, isto é, na sua consequência, como podemos observar a seguir:

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. (GONÇALVES, 2005, p. 565).

Para ele, Gonçalves, o dano moral é uma lesão a um direito assegurado por lei como os direitos da personalidade (vida, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos) e direitos da pessoa (nome, capacidade, estado de família), previstos na Carta Magna de 1988. “[...] não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano

moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos” (GONÇALVES, 2005, p. 566).

Comentando ainda acerca que estes direitos são taxativos e devem ser analisados de acordo com os parâmetros do bom senso, pois acredita-se que para a vida em sociedade, o indivíduo deve estar preparado para suportar as mais variadas perturbações do dia-a-dia e que o dano moral só deve ser levado em conta quando for fora da normalidade e que interfira intensamente na vida e no comportamento do indivíduo. (CAVALIERE apud GONÇALVES, 2005, 567).

A comprovação do dano moral, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é incompreensível e mais uma vez vai depender da corrente de entendimento do julgador. O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta. (GONÇALVES, 2005, p. 570).

Entende-se por esta definição que, salvo em alguns casos, como o exemplo dado, o de inadimplemento contratual, que não se faz necessário a prova pericial do abalo sofrido, pois há situações impossíveis de se questionar, como a dor de uma mãe que perdeu um filho, ver jurisprudência abaixo:

“Dano Moral – Morte de filho – Verba devida aos pais – Falta de amor por aquele não demonstrada – Irrelevância dos motivos dele não estar presente na vida diária dos pais, com visitas mútuas.” (BRASIL apud GONÇALVES, 2005, p. 570).

Em alguns casos, o juiz pode indeferir as provas técnicas apresentadas, por que muitas vezes o abalo sentido pode ser demonstrado através de testemunhas e que nem sempre os psicólogos ou os peritos conseguem captar o abalo sentido, vejamos a seguir:

Prova – Perícia psicológica – Pretensão a sua realização de indenização de danos morais – Alegações que podem ser demonstradas por testemunhas – Inexistência de caráter técnico a

ser verificado – Indeferimento – Agravo não provido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO apud GONÇALVES, 2005, p. 570).

O dano moral sofrido atinge mais do que o psicológico da vítima, atinge sua estima, sua vontade. A sensação de levar sua dor ao judiciário e não ver sua pretensão acolhida gera mais danos ainda; a sensação de injustiça, de não ser importante, por isso, os julgadores devem ter sensibilidade para apurar e valorar o dano moral, por que ele vai além do bem juridicamente tutelado, ele vai pesar para uma vida inteira e o judiciário não pode deixar de apreciar as circunstâncias que aconteceram os danos.

“Muitos julgadores ainda criam objeções quanto à responsabilidade do dano moral indenizável”. (CAHALI apud GONÇALVES, 2005, p. 571).

Muitas são as objeções contra a reparação indenizatória do dano moral, argumentando que não cabe ao judiciário dar valor monetário à dor e que esta não se pode medir.

Já se pode reconhecer, assim, que o princípio segundo o qual ‘o dano moral não é indenizável’ pertence já agora ao passado histórico do nosso direito privado; embora reconheçamos a existência ainda de juízes e julgados que, estacionados no tempo, persistem em tributar-lhe uma saudosa e cômoda fidelidade, fazendo ouvidos moucos aos reclamos da justiça social e não se apercebendo de que o direito, como experiência vivida, acelera-se no seu processo evolutivo de adaptação. (CAHALI apud GONÇALVES, 2005, 571).

E foi seguindo esta linha de raciocínio que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em sentença proferida pelo juiz da 3ª Vara de Família de Campo Grande, Doutor Luiz Cláudio Bonassini da Silva, em processo julgado no mês de outubro de 2008, concedeu indenização de R\$ 53.950,00 em danos morais a uma esposa traída durante o casamento, sendo que esta teve dois filhos com o marido e provou seu sofrimento e humilhação com a relação extraconjugal do mesmo. De acordo com a sentença, o marido violou os direitos decorrentes do matrimônio e causou dano moral (sofrimento, humilhação, angústia) à esposa, ofendendo-lhe a dignidade como pessoa humana e, por fim tornando insuportável a vida em comum. Um laudo psicológico demonstrou que a esposa lesada, em fevereiro de 2006, em tratamento, sofria de

grande angústia, ansiedade e negativismo, uma depressão reativa à decepção e desgostos que vivenciou na relação conjugal.

Desta forma a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul vai de encontro a tudo que foi dito nos parágrafos acima, inclusive ao que já está sendo atualmente debatido em toda doutrina e jurisprudência que a indenização por dano moral representa um bônus ainda que pequeno para suprir a tristeza, a dor sofrida pela vítima, bem como sua dignidade como pessoa humana. O que não se pode duvidar é que uma pessoa que sofre traição terá grandes abalos difíceis de se suportar tanto na sua esfera psíquica quanto na moral.

A reparabilidade do dano moral se consolida na ordem constitucional brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente indenizações por dano moral em seu art. 5º, V e X, seguindo-se pelo novo Código Civil brasileiro.

A pacificação da possibilidade de indenização por dano moral parte da Constituição Federal em seu artigo 5º - Direitos e Garantias Individuais – assegurando “o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” (n.V); e declarando invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo material ou moral decorrente de sua violação” (n.X). (GONÇALVES, 2005, p. 577).

A Constituição Federal, quando assegurou o dano moral indenizável como uma garantia aos direitos individuais, elevou a qualidade de princípio, “princípio da reparação do dano moral” que encontrou a sua inserção dentro do direito positivo pela lei mais alta e firme deste país. É um princípio cogente, isto é, obrigatório para o legislador e para o juiz. (PEREIRA apud GONÇALVES, 2005, p. 577).

Assim, o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização, pois o dano psicológico pressupõe modificação da personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios de comportamento entre outros e é evidente que tais danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa. Também, o dano moral, não abrange somente os danos psicológicos, mas também pela dor ou

padecimento moral e que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. Portanto, tal desconforto anormal decorrente de conduta do ofensor é perfeitamente indenizável.

Ainda observa Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2008, p. 44).

A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. Valer-se-á o juiz, sem dúvida, de máximas da experiência. Por vezes, todavia, situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito. Deverá ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação. Ressalte-se que uma das objeções que se fazia no passado contra a reparação dos danos morais era justamente a dificuldade de sua mensuração. O fato de ser complexo o arbitramento do dano, porém, em qualquer campo, não é razão para repelí-lo.

Portanto, fica patente a importância do direito da reparabilidade por um dano moral, haja vista, a problemática causada na personalidade de um indivíduo.

5.2. EFEITOS E PREJUÍZOS DA FALTA DE MORAL EM RELAÇÃO À TRAIÇÃO CONJUGAL

Como decorrência da característica do vínculo “monogâmico” numa relação amorosa, é imprescindível que haja a presença da fidelidade como dever de entre os companheiros, pois tal fidelidade envolve também o dever de lealdade entre o casal, tanto sob o aspecto físico como moral, no sentido dos parceiros de abster-se de manter relações sexuais com terceira pessoa, ou até mesmo de praticar condutas que indique esse propósito ainda que não consuma a traição, configurando infidelidade e com isso trazendo graves prejuízos à pessoa lesada.

É importante ressaltar que mesmo sendo o adultério já não mais caso de crime, o que se considera aqui é a infidelidade propriamente dita, pois é esta que vem trazer todos os efeitos e prejuízos à parte lesada.

Assim, o descumprimento desse dever gera grande conflito ao casal, trazendo discórdias e até mesmo problemas psicológicos. Portanto, a fidelidade está intimamente relacionada ao respeito, à consideração, à lealdade, que necessariamente precisa existir no companheirismo.

Segundo Guilherme Calmon e Nogueira da Gama (2001, p 234):

Considerando a fidelidade ínsita do companheirismo, pode ser citado o jurista Antonio Carlos Mathias Coltro, para quem “há que existir o respeito necessário à manutenção do relacionamento, não se podendo aceitá-lo de forma outra que não a monogâmica, necessária, assim, a fidelidade que se presta, obviamente, a robustecer a idéia do casamento normal”. No mesmo sentido, Francisco José Cahali escreve: “A fidelidade tem sido indicada como elemento essencial à caracterização da união estável, em homenagem aos princípios morais preservados pela sociedade, acrescentando-se que a ela subordina-se o casamento; se o concubinato se espelha no matrimônio, inafastável a verificação da fidelidade”. Ainda, pode ser lembrado Rodrigo da Cunha Pereira: “Caio Mário destaca também, como traço importante, o requisito da fidelidade. Nesse sentido, diversos autores enfatizam este aspecto, exigindo inclusive que se trate de uma fidelidade certa, ostensiva, quase uma fidelidade agressiva”.

Assim, quando fala-se de fidelidade, não se pode esquecer, que esta deve existir não só no matrimônio como também em qualquer outro tipo de união estável que seja parecida com o casamento.

Portanto, a fidelidade deve ser um dos principais requisitos para que um casamento ou outro tipo de união estável como o matrimônio possa existir sem prejuízos e falta de moral para com o outro.

A base da família deve ser assim, acima de tudo, centrada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, uma família “repersonalizada” e “despatrimonializada”, conforme proposto pela Constituição Federal de 1988, assentada numa ordem jurídica sob diversos princípios fundamentais que, alcançados à órbita constitucional, emanam valores para todo o sistema.

Observa Maria Silvana Carbonera (1998, p. 297-8):

A família, ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade.

Como muito bem observa Jacqueline Figueiras Nogueira (2001, p. 95): “... Lar é lar, cama é cama, leite é leite, pão é pão, e afeto é afeto, em qualquer lugar do mundo, quando se coloca nos gestos, nos lábios e no coração esse sentimento nobre que se chama amor.”

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana, pois o acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja plena verdadeira aversão à solidão, a ponto de se ter por natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso (<http://www.mundojuridico.adv.br>). Fato incontroverso, no entanto, que o ser humano encontra sua gênese num contexto familiar, seja de qualquer espécie.

Com propriedade, a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (1998, p.8) alerta que não importa a posição que o indivíduo ocupe na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence.

“... o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.” (1999, p. 8)

No âmbito da família, cada um ocupa um lugar, uma função, sob o ponto de vista da estruturação psíquica.

Comenta com muita propriedade Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p. 36): “Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.”

5.3. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RELAÇÃO À TRAIÇÃO CONJUGAL

Conforme dispositivo abaixo transcrito, o dever da fidelidade conjugal encontra-se garantido no artigo do Código Civil:

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

Logo, quando se aplica qualquer espécie de descontentamento e sofrimento causado a outra pessoa conforme o artigo supra mencionado ou então em qualquer outro dispositivo legal que possa fazer menção a danos morais, seria, no mínimo, uma forma imprudente do indivíduo agir. O referido artigo é como se fosse uma equação exata aplicada em todo e qualquer tipo de situação que cause o mínimo dano possível, tendo em vista que no mundo dos valores do direito, tal situação não tem espaço.

Não se pode perder de vista o fundamento básico da ciência jurídica, a qual está em regular as relações entre as pessoas, fazendo com que estas se respeitem mutuamente e, portanto respeitando o Direito em si.

Assim, o que pode ocorrer num conflito conjugal é que devido a insatisfações e descontentamentos acabam gerando a traição entre os casais.

Neste sentido, diante de uma situação tão constrangedora, algumas pessoas que se sentem lesadas e usadas com tal situação, acabam levando à justiça um pleito referente a danos morais, pela conduta infiel do seu parceiro ou parceira, fundamentando-se que tais danos resultam da traição que se tornou pública, colocando assim o nome e a moral do indivíduo lesado em situações constrangedoras e humilhantes.

Portanto, a indenização para reparar os danos morais ao parceiro traído, decorre de um suposto comportamento culposo de uma pessoa sobre a outra, alegando ainda que a punição do infrator objetiva o desestímulo à reincidência na prática do ilícito.

Já está claro, que o próprio Direito reconheceu que o adultério não deveria ser taxado como crime, porém, é importante lembrar aqui, que a traição é muito mais abrangente que o adultério, pois este último refere-se apenas ao casamento, ao passo que a traição engloba todos os outros tipos de relacionamento, como por exemplo, a união estável. Até porque, o adultério pode deixar de ser considerado ilícito penal ou crime, mas sempre foi e será ilícito civil, pois o que importa é o grave descumprimento do dever da fidelidade, dever este que é essencial em sociedades cujas as famílias tem formação monogâmica.

Assim sendo, a infidelidade ou traição na relação conjugal pode gerar o direito à indenização, a partir do momento que tal comportamento causa uma série de problemas para a pessoa lesada.

No Brasil, não existe dentro do Direito, uma lei específica acerca da aplicação dos princípios da responsabilidade civil quanto às relações familiares. Entretanto, há uma regra geral sobre a responsabilidade civil, pela qual aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (art. 159 do Código Civil). Portanto, esta regra é perfeitamente aplicável às relações de família.

É incontestável que a traição da pessoa amada traz muita dor, tristeza, desespero, depressão e outros sentimentos negativos, havendo assim, o dano moral, que nada mais é que uma expressão utilizada nos meios jurídicos para qualificar tais sentimentos.

Porém, apesar de haver uma variedade enorme de sentimentos negativos que gera frustrações à pessoa lesada, para que realmente exista o direito à indenização é necessário que se preencha dois requisitos básicos da responsabilidade civil, que não se resumem apenas ao dano, seja ele moral ou patrimonial. Tais requisitos da responsabilidade civil objetiva e do conseqüente direito à indenização são portanto, o ato ilícito e o nexo causal entre o ato ilícito

e o dano; sendo que, o ato ilícito decorre do descumprimento de dever legal ou contratual. Assim, se há o descumprimento do dever de fidelidade por parte de uma pessoa casada ou que viva em união estável, conseqüentemente, existe ato ilícito. Logo, se do ato ilícito decorre dano, sendo este na maioria das vezes de ordem moral pelo sofrimento que a traição causa, então haverá o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil e, por conseguinte, o direito à indenização da parte ofendida, ou seja, da parte traída na relação conjugal do casamento ou da união estável.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente reconheceu que o cônjuge que descumpra dever conjugal, no caso o dever de respeito, deve pagar indenização pelos danos morais ocasionados ao lesado. Tal dever é jurídico e não só moral, estando estabelecido no Código Civil, art. 231, inciso III, sob a denominação de dever de mútua assistência ou “dever de assistência imaterial entre cônjuges”, que foi uma dissertação de mestrado defendida pela articulista na USP, publicada pela Editora Forense Universitária em 1990.

Pode-se assim concluir então, que a matéria em tela merece atenção de todos os estudiosos do Direito, principalmente quando um novo Código Civil se avizinha e o Direito de Família está em plena evolução.

CONCLUSÃO

Como já estudado anteriormente, foi a partir do final do século XX que tornou-se de certa forma corriqueira as separações conjugais, as quais podem ter vários motivos, porém normalmente o principal deles é a infidelidade.

Entretanto, existe ainda na doutrina e jurisprudência uma polêmica quanto à aceitação do pedido de indenização por danos morais na separação conjugal, seja no matrimônio ou na união estável, quando um dos cônjuges violar o dever de fidelidade, o qual é essencial para a manutenção da união conjugal, fazendo-se necessária a produção de um estudo que esclareça esta discussão.

Assim, a princípio, pode-se levantar considerações quanto ao conceito de responsabilidade e dano moral para um melhor entendimento do tema tratado e posteriormente vislumbrando o ponto principal da questão, tomando-se posicionamento face aos argumentos que costumam serem argüidos, podendo assim, analisar a forma e a quantificação da eventual compensação.

Como é sabido, o homem se organiza em sociedade com a finalidade de suprir suas necessidades, as quais não alcançariam se vivesse de maneira isolada. Por causa deste complexo social, é preciso estabelecer algumas direções legais para a coexistência pacífica entre os indivíduos. Assim sendo, o homem, ao viver em sociedade, tem o dever de não praticar atos que possa prejudicar o outro.

Portanto, quando um indivíduo produz um ato danoso, o mesmo fica obrigado a reparar o desequilíbrio causado à ordem estabelecida juridicamente.

Logo, a noção básica de responsabilidade, como já dito anteriormente, funda-se no dever de respeito dos indivíduos ao direito alheio, acarretando assim, reparabilidade quando este não seja observado.

Assim, o dano moral deve ser reparado, tendo em vista que o seu fundamento está no fato de que o indivíduo é titular de direitos de personalidade que não podem ser impunemente atingidos.

A Constituição de 1988 não deixa dúvidas aos que resistiam a reparação do dano moral, pois os Direitos Constitucionais não podem ser interpretados de maneira restrita.

Portanto, é plenamente aceita a indenização por dano moral decorrente de ofensa a honra, a moral e a integridade física e emocional de qualquer pessoa.

Sabendo-se que a família foi a primeira forma de organização social a ser conhecida pelos seres humanos e inicialmente possuía sua própria religião e rituais, guiada pelo *pater familias*, que era representado pela figura do pai, considerado o soberano e responsável pela continuação do culto e da vida de seus familiares, era ela mais uma associação religiosa do que uma associação natural.

Conforme um maior número de famílias foi se reunindo em torno de um mesmo fogo sagrado, foi então surgindo uma organização social mais complexa, conhecida como cidade, na qual a família continuou sendo o núcleo principal. Com o passar do tempo, a família foi adquirindo outros valores, dentre eles o moral-social, principalmente através inicialmente do Direito Canônico, influenciando a grande maioria dos ordenamentos jurídicos existentes. No Direito Brasileiro não foi diferente, podendo ser encontrada no artigo 226 da Constituição Federal a noção de que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Assim, na sociedade moderna, a família monogâmica baseia-se no casamento de um só homem com uma só mulher, constituindo esta coabitação exclusiva e fiel como elemento essencial, ou seja, o casamento é o vínculo jurídico pelo qual se constitui uma família.

A união do homem com a mulher faz com que ambos tenham deveres e obrigações recíprocos, os quais são elencados no artigo 1.566 do Código Civil -2002, quais sejam:

fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. Destaca-se entre estes o dever de fidelidade recíproca, tendo o presente estudo o objetivo de analisar o dano moral decorrente da não observância de tal fidelidade, concluindo-se que a infidelidade atinge a honra da pessoa que sofre a lesão.

Entretanto, existem ainda algumas divergências na doutrina e jurisprudência brasileira acerca da possibilidade de reparação dos danos morais provenientes do descumprimento grave do dever de fidelidade conjugal, embora já se encontre na jurisprudência decisões que acolheram o pedido de indenização pela parte prejudicada, bem como também são encontradas na doutrina brasileira alguns autores admitindo a possibilidade de tal pedido.

Com tudo isto, o que deve ficar bem claro é que este tipo de indenização que está sendo tratado não objetiva a vingança do traído, mas sim tem a finalidade de recompensar o dano imaterial sofrido pela vítima, a qual não está reclamando pecúnia do amor, mas pagamento contra aquele que se aproveitou da relação jurídica que envolvia o amor para causar graves ofensas delituosas, morais e principalmente uma grande dor martirizante, justamente contra aquele que jurou amar, contudo, ao contrário do que foi jurado, teve uma conduta desleal, confiscando a honra e a própria dignidade humana, sendo esta princípio elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).

Portanto, mesmo não existindo um dispositivo expresso que autorize a indenização por danos morais por causa da infidelidade conjugal, seja no casamento ou na união estável, subentende-se que tal princípio autorizante está no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, através da utilização de um dos princípios de interpretação constitucional, ou seja, o dos poderes implícitos. Tal princípio reza que tudo quanto for necessário para tornar efetivo qualquer dispositivo constitucional deve ser considerado implícito ou subentendido no próprio dispositivo. Assim, quando o artigo supra estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, então, engloba qualquer lesão ao íntimo do ser humano independente da origem da conduta do agente.

Infelizmente, ainda existem alguns juristas que desconsideram a pretensão de indenização por tais danos, por entenderem que a imposição do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente já englobaria o valor indenizatório relativo ao prejuízo moral. Entretanto, tal argumentação não pode proceder, pois a finalidade da pensão alimentícia é garantir a subsistência do(a) cônjuge ou parceiro(a), o(a) qual, com o fim da sociedade conjugal, não teria meios para suprir suas necessidades básicas, enquanto que a indenização procura compensar os prejuízos provenientes dos danos morais sofridos.

Por um longo período no passado, fez-se presente no direito brasileiro, a existência de correntes doutrinárias ora negando, ora afirmando a possibilidade de ressarcimento do dano moral. Todavia, com a vinda da Constituição Federal de 1988 tal questão não tem mais razão de ser, pois como já dito anteriormente, a intenção de admissibilidade está fixada de forma clara no artigo 5º, X da CF. O ponto mais sensível da discussão sobre a indenização era uma teoria de que a dor não admite uma valoração pecuniária. Entretanto, não se pode afirmar que no dano moral há uma reparação no prejuízo, sendo assim, preferível considerá-lo como uma compensação pelo abalo da paz interior, isto é, pelo abalo emocional da situação. Tal compensação do dano moral deve ter duas funções: uma de pena pecuniária imposta ao causador da lesão e outra de uma suposta satisfação para com o ofendido.

Logo, a primeira dificuldade que pode surgir é com relação à fixação da forma de compensação, pois devido ao caráter de denominador comum que o dinheiro ostenta na vida moderna e proporcionando toda sorte de utilidades e satisfações interiores e econômicas, este assume o meio mais fácil de quantificar o restabelecimento do “status quo ante”. A pena pecuniária então, constitui uma penalidade das mais significativas ao lesionador em nosso mundo capitalista e consumista, tendo em vista que “o bolso é a parte mais sensível do corpo humano”.

Estando estabelecido o dinheiro como forma mais utilizada de pagamento, é preciso então passar a analisar a sua quantificação. É sabido que existem várias leis esparsas no campo civil que prevêm limites para a fixação da quantificação do dano moral, apesar de que nos

tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal de Justiça, tem defendido a tese de que não mais se aplicam tais limites. Logo, para alcançar-se uma fixação mais justa é utilizado de maneira mais uniforme possível o arbitramento do juiz. Assim, a este caberá determinar o valor com base em critérios subjetivos, quais sejam: posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender (culpa ou dolo) ou então em critérios mais objetivos que seria a situação econômica do ofensor, risco por ele criado, gravidade e repercussão da ofensa.

Portanto, para o estabelecimento equitativo, deverá o valor da indenização, ser baseado na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável, de tal maneira que o valor seja suficiente para se traduzir em uma punição a quem paga e uma justa compensação para quem sofreu o dano moral, pois somente assim seriam atendidas as duas funções essenciais da reparação do dano moral.

Tendo em vista que a vida em sociedade requer que os indivíduos respeitem os direitos um dos outros, então em caso da não observância dos seus deveres, acarretará em responsabilização face ao bem jurídico lesado. Portanto, tem-se assim, que responsabilidade e dano estão intimamente ligados, pois o dano não fica restrito a bens meramente patrimoniais, mas estendendo-se também aos danos imateriais, como a honra, e a intimidade, que também estão sob a proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, existem muitas discussões acerca da possível aceitação do dano moral em relação à traição conjugal. Tal aceitação está embasada no tão conhecido princípio de interpretação constitucional dos poderes implícitos, no qual infere-se a extensão da proteção aos casos de infração grave dos deveres do casamento ou da união estável, mais especificadamente o dever de fidelidade.

Pode-se, então ser aceita a possibilidade do pedido indenizatório por danos imateriais pelo cônjuge lesado, sendo que a compensação poderá ser feita em pecúnia, como já dito anteriormente, cabendo ao juiz fixar o valor com base em determinados critérios, como por exemplo, o nível e a posição socioeconômica das partes, bem como os sentimentos da vítima, a gravidade da culpa, o bem jurídico lesado e a intensidade da dor.

Concluindo então, para se atender a dupla função da indenização, ou seja, satisfatória e punitiva, esta não poderá ter um caráter ínfimo, que produza na pessoa lesada uma segunda humilhação, e também nem excessivamente oneroso ao lesionador, esgotando seus recursos, mas sim deverá ter um caráter de punição ao mesmo, a tal ponto, que o impeça de retornar as futuras práticas lesivas a outros.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10. ed. (revista e atualizada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CALMON, Guilherme, GAMA, Nogueira da. **O Companheirismo**. 2. ed. (revista, atualizada e ampliada) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Homem e sociedade**. 4. ed. São Paulo: Editora Companhia Editora Nacional, 1968.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade: repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. (revista atualizada de acordo com a reforma do CPC). São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 6. ed. (revista e atualizada). São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. (revista de acordo com o novo Código Civil). São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

KEESING, Felix M. **Antropologia cultural**, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

LINTON, Ralph. **O homem: uma introdução à antropologia**. 6. ed. São Paulo: Editora Livraria Martins, 1968****.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. 1. ed. São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado de sociologia**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Civil: Direito de família**. 8.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. v. 4.

Textos extraídos do www

DIAS, Maria Berenice. **O Dever de Fidelidade**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 30 de julho de 2010.

Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fam%C3%Adlia>. Acesso em: 22/03/2009.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família**. Disponível em <http://www.cursofmb.com.br>>. Acesso em: 22 julho de 2009.

ANEXO “A”

ANEXO A – Acórdão proferido pelo Desembargador Eliseu Gomes Torres do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Ap. 597.155.167 – 7ª CCv. – j. 11.02.1998, unânime, rel. Dês. Eliseu Gomes Torres, RT 752/344.

“Da inicial infere-se que o autor sente-se moral diminuído porque a mulher o traiu com um de seus amigos ou companheiros de festas. É a velha questão do macho ferido, que confunde sua honra com a da companheira. Só que, antanho, o macho vingava-se, matando a mulher amada ou seu parceiro. Hoje, o traído quer reparação financeira para a honra ferida. No fundo de tudo, mais do que a intenção do ressarcimento, o que emana destes autos é o ciúme”.

Tendo em vista as colocações acima, feito o pedido, o Juiz irá fixar o valor da indenização, levando-se em conta a extensão do dano, considerado diante do caso concreto. A indenização por dano moral tem, além de uma função reparadora, também uma função pedagógica, com a finalidade de impedir a prática reiterada do ato socialmente reprovável, e tal como entende o Superior Tribunal de Justiça, o valor da indenização por dano moral não pode contrariar o bom senso, mostrando-se exagerado ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei.

Apesar de existirem juristas que desconsideram a pretensão da indenização por entender que a imposição do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente já abarcaria o quantum indenizatório relativo ao prejuízo moral, porém tal argumentação de nada tem a ver, não se procede, pois o objetivo da pensão alimentícia é garantir a subsistência do cônjuge que, com o fim da sociedade conjugal não teria meios para suprir suas necessidades, enquanto a indenização procura compensar os prejuízos provenientes dos danos morais sofridos.

A função da indenização moral nos casos de traição, não se trata de reparar a dor, a mágoa, o sofrimento, até porque, esses elementos não tem valor patrimonial, sendo o que se objetiva com a reparação patrimonial é apenas o abrandamento da dor, já que o produto da indenização poderia causar alguma distração ou bem estar, mesmo que passageiro ao ofendido, como função reparadora da indenização. Obrigar o culpado a reparar o dano moral causado, representa para a sociedade que o Estado não tolerará tal ofensa à honra de outrem, tendo assim uma função pedagógica da indenização.

Não se trata de dar à indenização caráter de instrumento de vingança, mas o que se procura esclarecer é que a mesma é um direito constitucional assegurado àquele que sofreu o dano moral.

ANEXO “B”

ANEXO B – Sentença proferida pelo Juiz da Terceira Vara de Família de Campo Grande/MS, Luiz Cláudio Bonassini da Silva, em outubro de 2008.

Uma mulher traída, obteve uma indenização de R\$ 53.950,00 do ex marido, com quem ficou casada desde 1975, por danos morais, causados por traição, segundo a sentença do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Tal mulher, que teve dois filhos com o marido, provou sofrimento e humilhação com a relação extraconjugal do mesmo.

De acordo com a sentença, o marido violou os direitos decorrentes do matrimônio, causando dano moral (sofrimento, humilhação, angústia) à esposa, ofendendo-lhe a dignidade como pessoa humana e, por fim tornando insuportável a vida em comum. A esposa começou a investigá-lo em razão do comportamento estranho do marido, descobrindo que ele vinha mantendo casos extraconjugais, inclusive em um deles tendo gerado uma filha que atualmente já é adulta. O marido contestou alegando que ela já sabia da existência dessa filha e aceitara a situação, inclusive perdoando-o de forma tácita.

As provas do processo demonstraram que o marido é pai de uma jovem nascida em 4 de maio de 1984, ou seja, durante o casamento, que foi realizado em 21 de março de 1975. A mãe dessa jovem, isto é, a amante, depôs em juízo argumentando que trabalhavam juntos nos anos de 1982 e 1983 e que começaram a ter uma relação extraconjugal, sendo que neste período engravidou e ficou 19 anos sem entrar em contato com o ex-amante sobre o nascimento da filha. Um laudo psicológico demonstrou que a esposa, em fevereiro de 2006, em tratamento, sofria de grande angústia, ansiedade e negativismo, uma depressão reativa à decepção e desgostos que vivenciou na relação conjugal.

No depoimento, a mulher ainda afirmou que a separação era para ter acontecido muito antes, mas por causa do sogro, morto em 2004, sempre impediu o fim do casamento.

Ao analisar o pedido de indenização, o juiz afirmou que “apesar de conturbada, a convivência do casal estendia-se por mais de 30 anos, e gerou dois filhos, merecendo, com certeza, final mais digno”. Para o magistrado, o marido violou os direitos decorrentes do matrimônio, e causou dano moral à esposa, ofendendo-lhe a dignidade como pessoa humana. O juiz ainda ponderou que o Código Civil autoriza a indenização por danos morais em caso de lesão ao direitos da personalidade, dentre os quais encontra-se o da dignidade da pessoa humana. E em se tratando de pedido de indenização por danos morais entre cônjuges, é necessário que o fato danoso tenha sido determinante para a dissolução da sociedade conjugal, tornando assim insuportável a vida em comum.

ANEXO “C”

ANEXO C – Sentença proferida pelo Juiz do 1º Juizado Especial Cível de Planaltina, confirmada pela 1ª Turma Recursal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Nesta decisão uma mulher foi condenada a pagar reparação financeira por danos morais ao ex marido. Segundo consta nos autos, ela foi flagrada pelo cônjuge, nua, em conjunção carnal com outro homem, na residência e na própria cama do casal. A indenização, inicialmente fixada em R\$ 14.000,00 pelo Juiz de 1º grau, foi reduzida para R\$ 7.000,00 pela Turma Recursal.

Segundo o acórdão, foi dito: “a possibilidade de haver indenização deriva de mandamento constitucional que diz ser inviolável a honra das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF).

O caso em questão não versa sobre uma mera negligência da relação de casamento que poderia ficar limitada à Vara de Família, mas sim a uma situação fática que colocou o autor da ação em uma delicada situação de exposição. A infidelidade sozinha não gera nenhuma causa de indenizar, pois pode ser tratada como um vexame pessoal que, quando muito, provoca o desencanto no final de um relacionamento amoroso. Todavia, como nesse caso concreto, quando a situação adúltera causa grave humilhação e exposição do outro cônjuge, aí sim, a responsabilidade civil tem vez.”

ANEXO “D”

ANEXO D - Decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Neste caso, o marido foi enganado por mais de vinte anos sobre a paternidade dos filhos, que eram na verdade de um amigo seu, recebendo uma indenização de R\$ 200.000,00 (DUZENTOS MIL REIAS) pela traição da mulher.

O drama pessoal do contador carioca Pedro Hurwicz, começa quando descobriu por acaso que os filhos que criou como seus por vinte anos era na verdade do amante de sua mulher Maria Lúcia. Quando soube disso, Pedro já estava separado dela e casado com outra mulher. Foi uma sobrinha da mulher atual quem revelou ao contador o segredo que sua ex mulher guardará por duas décadas. Uma revelação surgida de uma simples conversa na Barra da Tijuca: uma mulher chamada Maria Lucia contou a uma amiga da sobrinha de Iara, atual mulher de Pedro, que seu filho, Pedrinho, não era de seu primeiro marido, mas que ele nunca suspeitara disso. Os nomes das pessoas fizeram Pedro ligar a história a sua. Juntou a isso o fato de, logo após o divórcio, Maria Lúcia ter se casado com o amante e o pivô da separação. Concluiu que devia pedir exames de DNA. Assim, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a sentença: Maria Lúcia terá de pagar R\$ 200 mil de indenização a Pedro Hurwicz por danos morais. Foi o desfecho de uma história de amor e traição iniciada na década de 60, em Copacabana.

A revista ÉPOCA reconstituiu a história a partir de depoimentos de conhecidos dos protagonistas. Pedro e Maria Lúcia começaram a namorar quando tinham 15 anos. Casaram e tiveram dois filhos: Patrícia e Pedrinho. Formada em Secretariado, Maria Lúcia conseguiu por intermédio do sogro um emprego na White Martins, uma grande empresa do setor químico. Lá, ela conheceu o executivo Felix de Bulhões, que anos mais tarde chegaria a presidente da empresa. Bulhões tornou-se um amigo próximo, que ia com frequência ao apartamento do casal. Vez por outra, alguém perguntava a Pedro se ele não estranhava a aparente intimidade de sua mulher com outro homem. Ele sempre respondia a mesma coisa: “São chegados porque trabalharam juntos. Não faria sentido Maria Lúcia gostar de alguém tão gordo e feio”.

Pedro teria desconfiado da traição depois de uma suposta viagem de Felix ao exterior. Não conseguiu localizar Maria Lúcia durante o dia todo. Com um telefonema, soube que Bulhões também não havia aparecido na empresa. Foi quando ele começou a acreditar no que as pessoas diziam. Pressionada pelo marido, Maria Lúcia admitiu o caso. Os dois se separaram. Poucos meses depois, ela passou a viver com Bulhões, que também havia se divorciado. Ex-presidente da White Martins, Bulhões é um empresário respeitado no meio. Foi diretor da Câmara de Comércio Americana do Rio de Janeiro e fundou o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, tema sobre o qual tem um livro publicado.

No acordo de separação, Pedro, que já foi diretor do Credibank, deixou para a ex-mulher o apartamento do casal, avaliado em mais de R\$ 1 milhão. O convívio com os filhos foi mantido, com visitas e pagamento de pensão por dez anos. Até que Pedro descobriu que bancava a criação de filhos que não eram seus. Ele sofreu muito. Quando propôs um exame de DNA ao filho, o menino disse que ele e a irmã já tinham essa desconfiança. Depois da revelação, Pedro resolveu entrar na Justiça por uma indenização, o que azedou a relação com os filhos. Hoje, eles estão afastados, não se falam. Maria Lúcia os convenceu de que o pai era um mercenário. Porém ele continua se referindo a eles como “meus filhos”.

Iara Vasconcelos, atual mulher de Pedro, também entrou com pedido de indenização por danos morais. Como marido já tinha filhos, disse a ela que não gostaria de ser pai novamente. Ela concordou que ele fizesse uma vasectomia, desistindo de ser mãe. Os dois moram num condomínio em Jacarepaguá e trabalham com venda de artigos esportivos. Pedro não quis dar entrevista. Felix de Bulhões também se recusou a falar, assim como Maria Lúcia.

A sentença do STJ ratificou o que a Justiça do Rio havia determinado em segunda instância. No Supremo, houve dois recursos: o de Pedro, pedindo aumento da indenização e o de Maria Lúcia pedindo redução. Em sua decisão, a relatora Nancy Andrichi justificou a decisão dizendo que Pedro Hurwicz teve “dignidade e honra” atingidas. O autor do processo tem dito a conhecidos que está “revoltado” com o valor da indenização. Ele considera a quantia irrisória diante da humilhação pela qual passou enquanto a mulher levava uma vida dupla. Além disso, Pedro deixou parte de seus bens para a ex-mulher, justamente pensando no bem estar e no futuro de filhos que não eram seus. O processo que ele venceu, porém, não leva em conta as despesas materiais.

Na verdade, as indenizações por danos morais são a novidade no Direito de Família no Brasil. Filhos fora do casamento, infidelidade e até rompimento de noivado atualmente são motivos de processos. O que é certo, é que o adultério deixou de ser crime, porém será sempre um ato ilícito em sociedades monogâmicas.