

INFIDELIDADE CONJUGAL: a (im)possibilidade de reparação civil pelos direitos lesados no casamento

Maria Helia da Paz Brandão¹
Aryjane Millena Coelho Costa²
Everton Machado Pereira³
Halleyde Souza Ramalho⁴
Marcelo José Coelho Almeida⁵

Resumo: A busca pela reparação civil em relação à infidelidade conjugal é, hoje em dia, um dos temas que vem sendo mais discutidos no direito de família. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar o instituto da responsabilidade civil e sua aplicabilidade quando descumprido o dever de fidelidade recíproca e demonstrar que a mera quebra do dever de fidelidade, por si só, não enseja o direito à indenização ao cônjuge traído sendo, portanto, necessário que tal ato tenha uma repercussão negativa que macule a honra do consorte inocente. Para tanto, a metodologia deste artigo científico fundamentou-se em pesquisas bibliográficas através das contribuições de autores renomados, doutrinas, bem como em jurisprudências dos tribunais brasileiros. Dessa forma, o presente trabalho permite concluir pela possibilidade da reparação civil nos casos de infidelidade conjugal em que gerou humilhação e sofrimento excessivo ao cônjuge traído.

Palavras- chave: Danos morais. Infidelidade Conjugal. Responsabilidade Civil.

Abstract: The quest for civil reparation in relation to marital infidelity is, nowadays, one of the themes that has been most discussed in family law. In this sense, the objective of this study is to analyze the civil liability institute and its applicability when breached the duty of mutual fidelity and to demonstrate that the mere breach of the duty of fidelity, by itself, doesn't cause the right to compensation to the spouse betrayed being, therefore, necessary that such act has a negative repercussion that defile the honor of the innocent consort. Therefore, the methodology of this scientific article was based on bibliographical research through the contributions of renowned authors, doctrines, as well as in jurisprudence of the Brazilian courts. In this way, the present study allows to conclude for the possibility of civil reparation in cases of marital infidelity that generated humiliation and excessive suffering the betrayed spouse.

Keywords: Moral Damages. Conjugal Infidelity. Civil Responsibility.

INTRODUÇÃO

Atualmente o descumprimento do dever de fidelidade é uma das principais causas que influencia na dissolução das relações, pois quando há quebra do dever de fidelidade recíproca, o cônjuge traído poderá sofrer em razão da infidelidade, ocasionando constrangimentos, circunstâncias vexatórias e outras situações que

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

² Professora do curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

³ Professor do curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

⁴ Professora do curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

⁵ Professor do curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

possam denegrir sua dignidade como ser humano e com isso recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter uma reparação em decorrência do dano sofrido.

Considerando ser um tema de grande relevância e que vem sendo alvo de inúmeras discussões no direito de família, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a possibilidade de indenização por danos morais decorrente da violação do dever de fidelidade recíproca especialmente no instituto do casamento, modelo tradicional na sociedade. Para melhor dizer, é a partir do matrimônio que sobrevêm os deveres elencados no art. 1566 do Código Civil, especialmente o dever de fidelidade, objeto de estudo deste presente artigo.

A fim de tornar essa discussão possível, o percurso metodológico deste trabalho centrou-se em pesquisas bibliográficas, doutrina jurídica, artigos científicos, jurisprudências, dentre outros que abordam a responsabilidade civil em face de infidelidade conjugal.

Como forma de explanar esta abordagem, o presente artigo é estruturado em forma de tópicos. O primeiro tópico faz uma explanação acerca da conceituação do casamento até chegar à entidade familiar atual, sua natureza jurídica e ainda, considerações referentes aos deveres da relação conjugal com enfoque no dever de fidelidade recíproca que, uma vez descumprido pode gerar direito a indenização a depender do caso concreto.

No segundo tópico busca-se analisar o instituto da responsabilidade civil dentro das relações conjugais, dispondo sobre o elemento do dano moral, estabelecendo a diferença entre responsabilidade subjetiva e objetiva, demonstrando sua aplicabilidade no direito de família, notadamente em relação à infidelidade conjugal.

O terceiro e último tópico realizou-se uma análise acerca da responsabilidade civil pela a prática da traição e a posição dos tribunais quanto à reparação do dano moral decorrente da violação do dever de fidelidade recíproca e sua aplicabilidade quando a violação deste dever extrapola os limites toleráveis, ocasionando constrangimentos, situações vexatórias, humilhações excessivas e outras circunstâncias que venha a denegrir sua dignidade como ser humano.

O casamento apesar de sua evolução na sociedade é o principal modelo de família, e a partir desta união, sobrevêm obrigações e deveres. Nesse sentido, o presente trabalho visa demonstrar, sob a ótica da natureza jurídica do casamento,

da doutrina e do posicionamento dos tribunais brasileiros, se existe ou não responsabilidade civil diante da infidelidade conjugal.

1 ELEMENTOS JURÍDICOS ACERCA DO CASAMENTO

O Direito de Família é resultado das grandes modificações sociais da humanidade. Com isso, o conceito e diretrizes que versam sobre o instituto da relação conjugal também sofreram significativas mudanças com o decorrer do tempo, sendo o casamento a forma mais tradicional para a formação de uma família.

Para Sílvio Rodrigues (2002) o casamento é a união matrimonial entre o homem e a mulher, os quais contraem os direitos e deveres que a relação conjugal traz, tendo por finalidade de estabelecerem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

O atual Código Civil Brasileiro normatizou no artigo 1.511 que “O casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. O casamento, portanto, é um ato jurídico negocial, complexo, público e solene, pelo qual um homem e uma mulher formam uma família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado, pois sua eficácia depende de atos estatais (LÔBO, 2011).

Importante ressaltar que desde a Constituição de 1988 foi estabelecido o princípio da igualdade entre os consortes:

[...] outro fator importante no matrimônio é a igualdade. Hoje se fala, se não faticamente, ao menos legalmente, na superação da sociedade patriarcal. **A Constituição de 1988 consagrou o princípio da igualdade ao não permitir qualquer discriminação pautada no gênero, o que levou o Código Civil a seguir essa norma superior.** De fato a mulher contemporânea tem os mesmos direitos e deveres que o seu cônjuge (ALBUQUERQUE, 2011, p. 4) (Grifos nosso).

Entretanto, estes conceitos, ainda sim, estariam ultrapassados para atual sociedade, tendo em vista que o casamento não poderia ser formado apenas pela união do homem e da mulher, mas também pela união de pessoas do mesmo sexo. Machado descreve perfeitamente esta situação, senão vejamos:

Hoje a família não decorre somente do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradoura entre homem e

mulher. Por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da CF, a família é concebida, na sua noção mínima, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, abrangendo, também, as outras formas de entidade familiar, como aquela decorrente do casamento civil, do casamento religioso, e da união estável entre o homem e a mulher, nos termos dos outros dispositivos contidos no artigo 226 (MACHADO, 2003, p. 153) (Grifos nosso).

Diante da evolução da sociedade fica claro que o ordenamento jurídico acompanha os clamores sociais. A modificação do conceito e das diretrizes que embasam o casamento refletiu também no atual conceito de família. Nesse sentido, Quirino afirma que a Constituição de 1988 colaborou para a formulação do novo conceito do casamento, inclusive no que tange à união de pessoas do mesmo sexo, vejamos:

Em processo similar ao ocorrido com as ditas uniões espúrias heterossexuais, que viram o reconhecimento jurídico com o advento da Constituição de 1988, as uniões homoafetivas merecerem destino semelhante, embora se saiba que o amor e a convivência entre pessoas do mesmo sexo não é novidade dos dias atuais (QUIRINO, 2014, p. 2).

Entretanto esta realidade só foi possível a partir da publicação da Resolução⁶ do CNJ de nº 175, de 14 de maio de 2013, com a aprovação da celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo. Desta forma, a doutrina moderna e a jurisprudência classificam o casamento como a união legal entre as pessoas, não necessariamente que seja entre homem e mulher, mas que tem o intuito de formar uma família com base no afeto, igualdade e também em deveres.

1.1 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do casamento, ao longo do tempo, recebeu várias teorias na tentativa de buscar definir diretrizes que mais se adequassem à sociedade. Assim, três teorias se destacaram para definir a natureza jurídica do casamento: a teoria clássica; a teoria institucionalista e a teoria eclética.

⁶Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>. Acesso em: 13 de ago 2018.

A teoria clássica ou contratualista, “considerava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes” (GONÇALVES, 2014, p. 30).

Para os adeptos desta teoria como Pontes de Miranda e Caio Mário da Silva Pereira o casamento se adequa às regras comuns de todos os contratos. Deste modo, a manifestação de vontade das partes era elemento essencial para a existência do matrimônio, podendo ser desfeito pela concordância dos nubentes, visto tratar-se de um contrato (QUIRINO, 2014).

Já para a teoria institucionalista, o casamento é uma instituição e precisa da intervenção estatal para que ele possa ratificar a vontade das partes, ou seja, os nubentes podem manifestar suas vontades livremente somente ao ato de casar-se, submetendo-se às regras disciplinadas pelo Estado. Pereira, com maestria, assim expõe sobre o casamento com base na teoria institucionalista:

Dentro da sociedade, a família é um organismo de ordem natural com a finalidade de assegurar a perpetuidade da espécie humana, e bem assim o modo de existência conveniente às suas aspirações e a seus caracteres específicos. Em face disto, o casamento é o conjunto de normas imperativas cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem (PEREIRA, 2014, p. 123).

A teoria institucionalista declara que o casamento compreende a uma grande instituição social, que nasce da vontade dos contraentes, porém a forma prescrita em lei, depois de realizada, fica alheia às suas normas, não podendo alterar sua disciplina (BARROS, 1962).

Para os adeptos da teoria eclética ou mista defendem que o casamento seria um ato complexo, de maneira que engloba contrato e instituição, contrato no que diz respeito a sua formação, mas que durante o seu curso é uma instituição. Neste caso, “o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação” (TARTUCE, 2011, p. 997).

Portanto, o casamento gera efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, um negócio jurídico bilateral e formal. Nesta seara, Lisboa também se manifesta pela teoria eclética, como declara abaixo:

De fato, **o casamento é**, no momento de sua formação, **um negócio jurídico bilateral** (porque gera efeitos para ambas as partes e os deveres

correspondentes) e formal (porque somente pode ser celebrado em conformidade com a solenidade disposta em lei). Todavia, é inegável que o casamento encerra, durante a sua existência, uma série de elementos vinculados não apenas à consolidação do patrimônio, como também à satisfação dos direitos da personalidade de cada cônjuge, por meio da cooperação mútua e da assistência imaterial entre si, e deles com os descendentes que porventura venham a existir. **Diversamente do contrato, o casamento não se restringe às relações econômicas ou apreciáveis pecuniariamente. Pelo contrário, o casamento é meio de comunhão, em princípio permanente, de duas vidas, para a satisfação das suas necessidades personalíssimas** (LISBOA, 2012, p. 31) (Grifos nosso).

Desta forma, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a Teoria Mista, por abranger os aspectos da teoria contratual e da teoria institucionalista, pois se entende que esta teoria seria a mais adequada, tendo em vista que unem elementos de ambas as teorias. É, portanto, considerada um negócio jurídico especial, que tem por base os efeitos decorrentes da lei e da livre vontade das partes.

1.2 Deveres da Relação Conjugal

O casamento constitui comunhão plena de vida, e para isso traz direitos e deveres para ambos os cônjuges, qual seja a fidelidade recíproca, vida em comum no lar conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e considerações mútuos que estão elencados no artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro de 2002⁷.

Ressalta-se que o descumprimento de qualquer um de seus deveres enseja a ruptura do matrimônio por parte do cônjuge prejudicado. O dever de fidelidade é tido como mantenedor da sociedade conjugal porque quando desrespeitado, faz surgir entre eles a suspeita de desamor, trazendo ao cônjuge traído angústia, aflição, desilusão, dor e sofrimento (SANTOS, 2001).

Além de estar expresso no ordenamento jurídico, trata-se de um dever exclusivamente moral, que pode acarretar dano pessoal o que geraria sofrimento e constrangimento a quem foi traído. Portanto, a infidelidade não é admitida, pois configura como:

⁷ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

[...] toda quebra de confiança, relacionada à sexualidade, não sendo necessária a prática de relações sexuais com outra pessoa, bastando condutas libidinosas sem a conjunção carnal, ou mesmo a simulação de infidelidade (MORAES, 2014, p. 119).

Nesse sentido, a infidelidade não se materializa apenas com a prática do ato sexual, mas também com atos de afeto com o intuito de satisfazer o instinto sexual fora da sociedade conjugal, chamando-se isto de quase adultério e se soma a outros casos de violação ao direito civil (SANTOS, 2001).

Por mais que o adultério hoje não seja mais considerado como crime, e que não tenha uma penalização expressa em lei, haja vista que tal conduta foi revogada por não ser mais considerado como conduta criminosa, isso não extingue o dever de fidelidade recíproca. O fato de não ser crime não afasta sua ilicitude, tanto que seu descumprimento geralmente enseja causa para o divórcio, assim como indenização por dano moral, a depender do caso concreto, tendo em vista que o casamento trata-se de um contrato, e a violação deste dever constitui ilícito civil.

Em relação ao dever de coabitação, também denominado como vida em comum, no domicílio conjugal afirma-se ser “a imposição legal, de ordem pública, aos cônjuges, de seu relacionamento fisiológico, sexual, recíproco, enquanto durar a convivência no lar conjugal” (AZEVEDO, 1999, p. 196).

É notório que mesmo que a doutrina compreende que este dever implica na coabitação, ainda subsiste a crença sobre o *debitum conjugale*⁸ que, atualmente não vem sendo considerado como elemento fundamental para o casamento, senão vejamos:

A previsão da vida em comum entre os deveres do casamento não significa imposição de vida sexual ativa nem a obrigação de manter relacionamento sexual. Essa interpretação infringe o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa, o direito à liberdade e à privacidade, além de afrontar direito à inviolabilidade do próprio corpo. Não existe sequer a obrigação de se submeter a um beijo, afago ou carícia, quanto mais de se sujeitar a práticas sexuais pelo simples fato de estar casado (DIAS, 2011, p. 24).

Nesse aspecto, o art. 1569 do Código Civil Brasileiro admite que ambos os cônjuges “podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício da sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”. Entretanto, se ocorrido o abandono do lar conjugal, sem justa causa ou sem

⁸ “Direito - dever do marido e de sua mulher de realizarem entre si o ato sexual” AZEVEDO, Álvaro Villaça. Dever de Coabitação: inadimplemento. São Paulo: Bushatski, 1976.

concordância do consorte, configuram-se ofensas a esse dever, estabelecendo motivos que ensejam a separação judicial (ALMEIDA JUNIOR, 2004).

O dever de mútua assistência está inserido em dois aspectos, material e moral. No que diz respeito à obrigação material, esse dever está condicionado à comprovação da necessidade do cônjuge a fim de averiguar o *quantum* alimentar para manter o provimento da família. A assistência moral diz respeito aos cuidados para com o outro, apoiando nos momentos difíceis, tanto no seu caráter pessoal como social, sem violar os direitos de ambos (MADALENO, 2013).

O dever de sustento, guarda e educação dos filhos elencado no inciso IV do artigo 1566, relaciona-se a assistência material, o convívio familiar e o provimento necessários para o desenvolvimento dos filhos. Assim, torna-se um dos principais deveres, porque compete aos pais zelar pelo sustento dos filhos, à sua formação, para que se tornem úteis na família e na sociedade. Nesse sentido, envolve também o zelo moral, a fim de que, contribua no caráter do filho (GONÇALVES, 2010).

Os deveres de respeito e considerações mútuos constituem a base para a comunhão plena de vida. Assim, Gonçalves expõe acerca de tais deveres:

O reconhecimento legal do caráter exemplificativo do rol dos deveres dos cônjuges. Tais deveres constituem o corolário do princípio da comunhão plena de vida formada entre os cônjuges, com base no princípio da igualdade material em direitos e em deveres, e se fundamentam no aspecto espiritual e ético que devem, necessariamente, existir no casamento (GONÇALVES, 2008, p. 102).

Nesse sentido, inclui-se o dever de respeito, não apontar falsas alegações humilhantes contra o cônjuge, assim como não maltratar um ao outro. Os consortes devem render-se reciprocamente respeito e considerações mútuas um ao outro, pois, “de tudo que é mais odioso entre os cônjuges, talvez o mais ignóbil seja o atentado contra a vida de seu companheiro” (ALMEIDA JUNIOR, 2004, p.155).

Nota-se, portanto, que o desrespeito a este dever viola os direitos individuais e da personalidade devendo ser levadas em consideração as características pessoais do cônjuge. Assim sendo, a violação dos deveres matrimoniais pode acarretar danos indenizáveis ao cônjuge quando obedecidos os pressupostos da responsabilidade civil.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil é a aplicação de medidas impostas a uma pessoa a reparar danos patrimoniais ou morais causados a uma terceira pessoa, que surge por meio de um descumprimento de uma obrigação ou um mero acordo feito entre as partes ou ainda, pela negligência as regras normativas atribuídas pela sociedade (DINIZ, 2007).

Nessa linha de raciocínio, Rui Stoco traz a ideia de que nenhum dano passe despercebido, sem receber a devida reparação ou aplicação, para que nenhuma pessoa seja prejudicada injustamente:

A noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, 2007, p.144).

Nesse contexto, a Responsabilidade Civil resulta de uma conduta antijurídica remetendo ao indivíduo o dever de reparar o prejuízo decorrente de um mal causado ou do descumprimento de uma obrigação ou ainda, pelo inadimplemento de um acordo feito entre as partes (PEREIRA, 2009). Assim, se o agente não tem o intento de ocasionar prejuízo, comete ato prejudicial a alguém, é notório que este ato será ilícito, resultando assim, a conduta ilícita do agente:

Se o agente ao praticar o ato, o pratica contra o Direito, ainda que sem intenção clara e manifesta de prejudicar, ocasionando, contudo, prejuízo ou dano a alguém, sem dúvida quem pratica um ato ilícito que, por sua vez, pode consubstanciar-se num único ato ou em vários, daí decorrendo a conduta ilícita do agente (COUTO, 2004, p.148).

O dever de reparar surge de atos ilícitos, sendo necessária a demonstração da culpa do lesante em caráter excepcional, ou seja, a vontade de causar o dano e por força de disposição legal expressa, de atos lícitos, que criam aquele dever com base no fato de o agente ter colocado em ação para proveito próprio, forças que são fontes de risco e de potenciais danos para outra pessoa (SANTOS, 1999). Nesse sentido, visando restabelecer ao equilíbrio emocional através de uma reparação, conclui que:

[...] a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a finalidade do Direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecimento de ditame de *neminem laedere* (SANTOS, 1999, p. 131).

Dessa forma, seguindo essa linha de reparação que gera responsabilidade civil é que se aplica no Direito de Família, principalmente nas relações conjugais, pois quando um cônjuge comete ato lesivo contra o outro, descumprindo os deveres e a obrigações do matrimônio, com ocorrência de danos, faz surgir o direito a reparação civil à pessoa ofendida em decorrência do dano sofrido.

2.1 Espécies de Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil é aplicada em ocasiões que uma pessoa tem o dever de arcar com as consequências de um fato, ato ou negócio danoso, gerando o dever de indenizar. Assim, subsistem duas modalidades de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva.

No entendimento de Gonçalves (2011) a responsabilidade civil subjetiva depende necessariamente da demonstração do elemento culpa como pressuposto necessário para o dano indenizável. Em síntese, o elemento da responsabilidade civil está relacionado no modo de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Ou seja, não seria um fato humano qualquer que geraria um efeito ressarcitório, mas sim uma determinada conduta que a ordem jurídica atribui certos requisitos ou determinadas características, qual seja, o comportamento do agente, ou simplesmente a culpa (PEREIRA, 1990).

Já a responsabilidade objetiva prescinde totalmente da prova de culpa, necessitando somente da relação de causalidade entre a ação e o dano. O Código civil em seu art. 927, parágrafo único, baseado na teoria do risco afirma que existe obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa quando a atividade desenvolvida pelo o autor trouxe risco à vida de outra pessoa. Portanto, o elemento principal para dar ensejo à indenização é a ocorrência do fato e não da culpa:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente,

surge o dever de indenizar, quer este último tenha agido ou não culposamente (RODRIGUES, 2002, p. 10).

Nas relações conjugais, aplica-se a responsabilidade subjetiva tendo em vista que não é toda situação de infidelidade que ocasiona o dever de indenizar, ou seja, não basta apenas à relação de causalidade para dar ensejo a uma reparação, se faz necessário que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil, a saber: a culpa.

2.2 Responsabilidade Civil na Relação Conjugal

O dever de fidelidade recíproca elencado no inciso I, do art.1.566 do Código Civil está relacionado à confiança mútua entre os consortes no que se refere a relacionamentos afetivos decorrentes do princípio da monogamia estabelecidos por nossa sociedade:

Decorre o dever de fidelidade recíproca da organização monogâmica da família decorrente da tradição costumeira e legal de nosso povo e consiste na abstenção dos cônjuges de praticar relações sexuais com terceiros (STOCO, 2013, p.1043).

Quando descumprido este dever, configura traição que segundo o ordenamento jurídico, constitui ilícito civil, passível de reparação. Dessa forma, o dever de fidelidade encontra-se assegurado no art. 186 do Código Civil que diz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, o dever de fidelidade encontra-se expresso em lei e quando descumprido caracteriza ato ilícito, podendo configurar assim o dano moral. Para tanto, é necessário que haja a comprovação da existência do dano, seja ele moral ou material, decorrente da violação do dever de fidelidade, para que sejam aplicados os princípios da responsabilidade civil (MONTEIRO, 2007). Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Minas Gerais:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INFIDELIDADE CONJUGAL – AUSÊNCIA DE PROVA DE OFENSA À HONRA SUBJETIVA – RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. A alegação de infidelidade conjugal, por si só, sem a prova de ofensa à honra objetiva da vítima, não enseja a condenação em indenização por danos morais, por ausência dos elementos configuradores da responsabilidade civil.

(TJ-MG-AC: 10699060652137001 MG, Relator: Brandão Teixeira, Data de Julgamento: 10/07/2013, Câmaras Cíveis/ 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2013) (Grifo nossos).

Embora a infidelidade traga sofrimento, dor, angústia ao cônjuge lesado, só será possível a indenização por danos morais se ficar comprovada a culpa e que tal ato tenha causado danos psíquicos irreversíveis à pessoa, de modo que o ressarcimento seja uma forma de reequilibrar a situação pessoal do cônjuge.

Partindo dessa premissa, parte da Doutrina entende que inexiste a obrigação de indenizar por dano moral a pessoa traída. Maria Berenice Dias (2016, p. 170) entende que o dever de fidelidade “não mais admite punição, nem na esfera civil, nem na criminal”. Portanto, para a autora o casamento seria uma união dissolúvel através do divórcio, e a infidelidade não ensejaria dano moral indenizável, pois não há como exigir em juízo o cumprimento do dever de fidelidade.

Com igual posicionamento, Maria Celina de Bodin Moraes (2005) enfatiza que a relação conjugal se dá entre pessoas aptas para exercerem espontaneamente sua liberdade, sendo, portanto, o casamento uma união dissolúvel. A infidelidade não ensejaria propriamente dano moral indenizável, haja vista ter para isso, uma sanção específica: o divórcio. Corroborando com o mesmo pensamento das autoras supracitadas, o Tribunal de Santa Catarina fundamentou sua decisão no seguinte sentido:

APELAÇÃO CÍVEL- ACÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INFIDELIDADE - PERDAO TÁCITO –ABALO MORAL – INOCORRÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. **A quebra do dever de fidelidade não gera, por si só, um abalo moral passível de indenização**, mormente quando há perdão pelo cônjuge traído e restabelecimento da relação.(TJ-SC – AC124023 SC 2006.012402-3. Relator: Jaime Luiz Vicari, Data de Julgamento: 30/11/2009, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível).

Portanto, para que haja a responsabilização do cônjuge, é necessário que reste demonstrado que o descumprimento do dever de fidelidade causou danos psíquicos significantes ao cônjuge traído, humilhação social ou sofrimento excessivo. A mera quebra do dever de fidelidade não ensejaria a reparação por danos morais.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL

Certamente, a infidelidade é uma das causas de rompimento mais dolorosa na dissolução de um casamento, pois gera dor, sofrimento e angústia para o cônjuge traído. É de saber de todos, portanto, que o dever de fidelidade é um dos deveres do casamento elencados no Código Civil e, uma vez descumprido, pode gerar direito a um dano indenizável.

Para que seja configurado este dano, é preciso que a ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo tenha causado alterações psíquicas ou prejuízo à moral do indivíduo. Ou seja, acontecimentos do dia-a-dia como aborrecimento, discussões, não abrangem as situações que realmente necessitam de tutela jurisdicional:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 89).

Percebe-se que o dano moral corresponde à dor e ressalta seus efeitos prejudiciais, caracterizados pelo sofrimento, fazendo surgir à frustração, a humilhação e o constrangimento da pessoa que foi ofendida em sua honra e em sua dignidade.

Dentro dessa perspectiva, a fim de atender essas demandas foi criado um projeto de lei de nº 5.716/16 proposto pelo Deputado Rômulo Gouveia, que pretende incluir no Código Civil Brasileiro, o art. 927-A, tendo a seguinte redação: “O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge”.

A estruturação deste artigo considera que a simples comprovação da infidelidade asseguraria por si só, fundamento legal para a formulação do pedido de indenização por dano moral, sem necessidade de comprovar o efetivo dano sofrido e as circunstâncias, contrariando assim, o entendimento dos Tribunais em que é necessária a comprovação do dano e as conseqüências deste.

Contudo, aparentemente o projeto de lei não desfigura a necessidade de comprovar o dano moral, devendo, pois, provar todos os elementos que caracterizam a responsabilidade civil, ou seja, não basta apenas comprovar o descumprimento do dever de fidelidade. Deste modo, há de se ressaltar que o referido projeto ainda não foi aprovado e aguarda o parecer do Relator da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) na Câmara dos Deputados.

Observa-se que diante das várias relações de família existentes na sociedade, o referido projeto deve ser abordado de forma cautelosa, uma vez que traria entendimentos equivocados tanto pelas as pessoas quanto pelo judiciário, pois embora o dever de fidelidade esteja expresso em lei e, por conseguinte, deve ser respeitado, tal admissão ensejaria um número de demandas muito grande nos tribunais. Por isso, a necessidade da demonstração da culpa, para evitar que os tribunais brasileiros se vêem diante de tal problema.

3.1 Posicionamentos dos Tribunais Quanto à Reparação do Dano Decorrente da Quebra do Dever de Fidelidade Recíproca

Tramitam nos tribunais brasileiros dezenas de ações de indenização por dano moral decorrente da violação do dever de fidelidade. Todavia, o descumprimento do dever de fidelidade não seria o bastante para caracterizar a reparação do dano, sendo necessária a repercussão extraordinária do fato. Confirmando essa tese, recentemente, o Tribunal do Distrito Federal entendeu que:

APELAÇÃO CIVEL. DIREITO CIVIL. INFIDELIDADE CONJUGAL. PROVA. OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO. 1. **O simples descumprimento do dever jurídico da fidelidade conjugal não implica, por si só, em causa para indenizar, apesar de consistir em pressuposto, devendo haver a submissão do cônjuge traído a situação humilhante que ofenda a sua honra, a sua imagem, a sua integridade física ou psíquica.** Precedentes. **2.No caso, entretanto, a divulgação em rede social de imagens do cônjuge, acompanhado da amante em público, e o fato de aquele assumir que não se preveniu sexualmente na relação extraconjugal, configuram o dano moral indenizável.** 3. Apelação conhecida e não provida. (TJ-DF 20160310152255 DF 0014904-88.2016.8.07.0003, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, Data de Julgamento: 21/03/2018, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE:26/03/2018. Pág. 415-420) (Grifo nosso).

Conforme demonstrado, o que ensejou o dano provido na ação não foi à simples quebra do dever de fidelidade, mas o ato praticado que ocasionou ao consorte inocente humilhação e constrangimentos inaceitáveis, possibilitando o dever de indenizar. No caso retro, a publicidade do relacionamento extraconjugal foi além da normalidade de forma que a repercussão de tal ato ofendeu os direitos de personalidade do cônjuge inocente.

Diante disso, percebe-se que o pedido deve ser embasado em situações vexatórias em que o cônjuge vitimado ficou exposto e uma vez comprovado os elementos da responsabilidade civil, há de ser reparado o dano, já que o descumprimento do dever de fidelidade imposta em lei caracteriza um ilícito civil.

Como ocorre no inadimplemento contratual, o descumprimento do dever de fidelidade recíproca não implica, por si só, causa para indenização, embora consista como pressuposto, sendo necessária a submissão do cônjuge traído a uma situação humilhante que ofenda sua honra, sua imagem e sua integridade física ou psíquica:

[...] a publicidade do relacionamento extraconjugal impôs a autora um vexame social e ensejou humilhação que extrapolou o limite do tolerável, ou seja, entendo que as ofensas desferidas contra a autora atingiram certa publicidade maculada a honra e a imagem da vítima no seio social (vizinhança) e familiar, pois as fotos publicadas possuem caráter depreciativo da honra da autora, bem como ofende direitos inerentes à sua personalidade, **haja vista que demonstra que o réu realizou a conduta de manter relação extraconjugal na constância do matrimônio, ensejando, assim, a reparação do dano sofrido pela a autora.3.** Apelação conhecida e não provida. (TJ-DF 20160310152255 DF 0014904-88.2016.8.07.0003, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, Data de Julgamento: 21/03/2018, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE:26/03/2018. Pág. 415-420) (Grifos Nosso).

No caso acima mencionado, o que ensejou o direito à reparação civil foi o fato de o cônjuge traído ter sido exposto a uma situação vexatória que extrapolou o limite tolerável, em que as ofensas desferidas contra a autora ofenderam sua personalidade, razão pela qual, a indenização seria uma forma justa de reparar a vítima pelos danos e as humilhações sofridas.

Em casos desta natureza, fica evidente que a responsabilidade civil é a subjetiva, devendo tal pretensão ser interpretada à luz do elemento culpa, ou seja, analisar se a intenção do consorte infiel era expor ou lesionar o outro. Corroborando com esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu a seguinte decisão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano Moral. **Infidelidade da requerida demonstrada**, com nascimento de filho fruto de relacionamento amoroso com outro homem. **Conduta desonrosa da ré que ocasionou ao autor sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral. Dano Moral indenizável caracterizado.** Indenização devida [...] (TJ-SP -APL 21887820078260629 SP 0002188-78.2007. 8.26. 0629, Relator: Luiz Antônio de Godoy, Data de Julgamento: 13/11/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/11/2012.

No caso descrito, o Relator baseou sua decisão no fato de que o relacionamento extraconjugal do qual resultou o nascimento da criança e o caso de assumir a paternidade e ser enganado ensejou o dano moral, consistente na vergonha, sendo cabível a reparação a fim de punir a cônjuge infiel por ter enganado o seu companheiro por muito tempo e compensar este pela vergonha e a humilhação sofrida.

Ressalte-se, que uma vez demonstrado o dano e o nexos causal e caracterizados os requisitos indispensáveis ao ato faz surgir o direito à indenização, podendo o consorte lesado pleitear em juízo ação de reparação civil por danos morais promovidos pela infidelidade conjugal. Portanto, cabe ao cônjuge infiel, quando demandando, indenizar o cônjuge traído, tendo em vista que ao violar o dever de fidelidade recíproca poderá causar danos graves e irreversíveis ao indivíduo.

Percebe-se que diante da ausência de regra específica no ordenamento jurídico que tipifica o dever de reparação com relação à violação do dever de fidelidade, existe uma lacuna quanto à responsabilidade civil no direito de família e especificamente em relação à infidelidade conjugal, e cabe aos Tribunais construir uma jurisprudência justa e adequada em cada caso.

É o que decidiu o Juiz de Direito Substituto Rodrigo Foureaux, da 2ª Vara Cível de Niquelândia/GO⁹ ao analisar um pedido de divórcio admitindo a indenização por dano moral por infidelidade conjugal caso que, as conseqüências do ato extrapolaram a seara do descumprimento dos deveres conjugais atribuindo ao outro consorte uma situação vexatória que advém da publicidade alterando as condições de convívio no meio social. No caso supracitado, o juiz fundamentou sua decisão no

⁹ <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI268660,21048-Homem+deve+indenizar+exesposa+por+traição>.

sentido de que a indenização não seria uma reparação de prejuízo, mas sim, uma compensação, da dor e da humilhação.

Conforme demonstrado, as ações que houve configuração de danos morais não foram concedidas pela simples violação do dever de fidelidade recíproca, mas pelas circunstâncias que ocasionaram ao cônjuge dor e sofrimentos profundos, possibilitando o direito a uma reparação. Nesse entendimento, a quebra do dever de fidelidade não gera, por si só, direito à indenização, surgindo apenas quando o consorte inocente tem sua honra abalada, sofrendo um prejuízo de ordem moral.

A partir das decisões jurisprudenciais elencadas, vislumbra-se que os tribunais vêm reconhecendo a possibilidade de indenização por danos morais em decorrência da violação do dever de fidelidade, entretanto a responsabilidade deste pelo descumprimento de tal dever deve ser ponderada caso a caso, haja vista que se trata de questões de peculiaridades diversas e nem todas ofendem a personalidade do consorte a ponto de ensejar reparação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A infidelidade conjugal tem sido uma das principais causas das separações conjugais e vem admitindo o direito à indenização por danos morais decorrente de um ato ilícito praticado por qualquer um dos consortes. Dessa forma, a responsabilidade civil tem grande interferência no direito de família, mas é preciso cautela quanto a sua caracterização, pois o simples descumprimento do dever de fidelidade recíproca não implica o dever de reparar, devendo ser pautada na ocorrência do ato ilícito sendo necessário que o cônjuge lesado demonstre que sofreu danos psíquicos, humilhação social ou sofrimento excessivo.

No entanto, ainda há algumas divergências na doutrina e na jurisprudência brasileira sobre a possibilidade de indenização por danos morais decorrente do descumprimento do dever de fidelidade conjugal, apesar de que a jurisprudência atualmente vem decidindo sobre a responsabilidade civil do cônjuge que viola o dever de fidelidade causando ao cônjuge traído danos psíquicos irreversíveis.

Todavia, cumpre ressaltar que não é todo caso de infidelidade que o cônjuge infiel tem a obrigação de reparar o dano. Somente devem ser pleiteados os danos

morais quando o ato decorrente da infidelidade tenha causado repercussão na vida da pessoa.

Embora não exista na legislação previsão que dispõe sobre reparação do dano em face da infidelidade conjugal praticado pelo consorte, mas que de alguma forma tornou-se pública, comprometendo assim, a imagem, dignidade e a reputação do outro cônjuge, merece a aplicação das regras gerais do instituto da responsabilidade civil, uma vez que os Tribunais vêm decidindo favoravelmente a fim de que possa construir uma jurisprudência justa e adequada para cada caso.

Conclui-se que o posicionamento jurisprudencial vem ganhando força, mas é pacífica quanto à aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nas relações conjugais, inclusive no que se refere à violação do dever de fidelidade. Isto posto, porque não se trata de uma dor que pode ser facilmente superada, mas de uma desonra permanente, que pode ocasionar consequências irreparáveis e perpétuas ao psíquico do cônjuge traído tendo em vista a exposição ou a humilhação pública .

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Gabriela Maria Negreiros. Deveres Conjugais e Indenização por Danos Morais: Uma análise da Doutrina ao caso concreto. **Revista do Direito dos Monitores**, 2011. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/issue/view/22>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **As Relações entre cônjuges e companheiros no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Temas e Ideias, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de Coabitação**: inadimplemento. São Paulo: José Bushatsky, 1999.

BARROS, Washington Monteiro de. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1962.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2ª Câmara Cível, - **Apelação Cível nº 10699060652137001**, Relator: Brandão Teixeira, Julgado em 10 de set. de 2013. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116055244/apelacao-civel-ac-10699060652137001-mg>. Acesso em: 13 de set de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2ª Câmara de Direito Civil, - **Apelação Cível nº 124023 SC 2006.012402-3**, Relator: Jaime Luiz Vicari, Julgado em 30 de Nov. de 2009. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6864133/apelacao-civel-ac-124023-sc-2006012402-3/inteiro-teor-12680548>. Acesso em 13 de set de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 7ª Turma Cível, - **Apelação Cível nº 20160310152255 DF 0014904-88.2016.8.07.0003**, Relator: Fábio Eduardo Marques, Julgado em 21 de março de 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560293747/20160310152255-df-0014904-8820168070003>. Acesso em: 14 de set de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, - **Apelação Cível nº 0002188-78.2007.8.266.0629**, Relator: Luiz Antônio de Godoy, Julgado em 13 de Nov. de 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22630297/apelacao-apl-21887820078260629-sp-0002188-7820078260629-tj-sp>. Acesso em: 14 de set de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090162>.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COUTO, Antônio. SLAIBI, Nagib Filho. ALVES, Geraldo Magela e outros. **A Responsabilidade Civil e o Fato Social no Século XXI**. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v5: direito de família**. 18. Ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Manual de direito de famílias [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias — 4. Ed.—São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 3,03 Mb; PDF.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. __ 11. Ed. __ São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito Civil Brasileiro. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v.5: direito de família e sucessões**/Roberto Senise Lisboa. 7. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**/ Martha de Toledo Machado. Barueri, SP: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf, 1954 – Curso de direito de família/ Rolf Madaleno. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v.2: direito de família. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: direito de família: secessão em geral: sucessão legítima e testamentária: disposições finais transitórias (arts. 1511 a 2.046). São Paulo: Renovar, v. IV, 2014.p.119.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 5 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense,1990;

_____. **Instituição de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

QUIRINO, Israel. Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia: um olhar sobre a atualidade do instituto jurídico do casamento. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4141, 2 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30642>>. Acesso em: 10 de maio 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva,2002. v. 4.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência** – Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VADE MECUM, Código Civil. 23 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2017.