

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

EDUARDA TOFOLI CASTELLI

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL

São Paulo

2022

EDUARDA TOFOLI CASTELLI

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharel em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orlando Bortolai Junior
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof.
Universidade

Prof.
Universidade

RESUMO

O presente estudo encontra-se situado na esfera do Direito de Família e busca retratar a possibilidade de aplicação do instituto da Responsabilidade Civil nos casos da infidelidade nas relações afetivo-conjugais, debruçando-se a respeito do alcance da reparação civil entre os cônjuges oriunda do dano moral advindo da quebra dos deveres matrimoniais. A relevância social do tema em comento reside na constatação de uma ampla judicialização de demandas, cujo principal objetivo consiste em reparar o dano extrapatrimonial, quando os deveres matrimoniais são descumpridos. Neste passo, o estudo versa sobre a fidelidade recíproca, que envolve tanto aspectos jurídicos como aspectos morais, tendo sido sancionada inicialmente na esfera penal, passando a ser prevista mais recentemente também pela Legislação Civil. Diante deste contexto, considerando a relevância social da presente temática, o presente estudo tem como objetivo investigar a possibilidade da responsabilidade civil e consequentemente da indenização pelos danos morais causados pela infidelidade conjugal. A fim de alcançar o objetivo proposto, a metodologia utilizada para a construção do presente estudo foi baseada no método hipotético-dedutivo e exploratório, com a utilização de doutrina, jurisprudência e legislação atinente acerca da presente temática. Conclui-se com o presente estudo, que o atual entendimento é que há possibilidade jurídica da aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil mediante às condutas do cônjuge infiel, neste passo, observa-se a necessidade de admissão da reparação civil nas hipóteses de infidelidade nas relações afetivo-conjugais como meio de assegurar a tutela da dignidade humana bem como da integridade psíquica do consorte, conforme assegurado constitucionalmente.

Palavras-chave: Deveres conjugais. Infidelidade. Responsabilidade Civil. Danos Morais.

ABSTRACT

This study is located in the sphere of Family Law and seeks to portray the possibility of applying the Institute of Civil Liability in cases of infidelity in affective-marital relations, looking at the scope of civil reparation between the spouses arising from the moral damage resulting from the breach of marital duties. The social relevance of the theme in comment lies in the finding of a broad judicialization of demands, whose main objective is to repair the extra-patrimonial damage, when marital duties are Di fulfilled. In this step, the study deals with reciprocal fidelity, which involves both legal and moral aspects, having been sanctioned initially in the criminal sphere, and is now also provided for by civil law. In this context, considering the social relevance of this theme, this study aims to investigate the possibility of civil liability and consequently compensation for moral damages caused by marital infidelity. In order to achieve the proposed objective, the methodology used for the construction of this study was based on the hypothetical-deductive and exploratory method, with the use of doctrine, jurisprudence and legislation concerning this theme. It is concluded with the present study that the current understanding is that there is a legal possibility of applying the assumptions of civil liability through the conduct of the unfaithful spouse, in this step, it is observed the need for admission of civil reparation in the hypotheses of infidelity in affective-conjugal relations as a means of ensuring the protection of human dignity as well as the psychic integrity of the consort, as constitutionally assured.

Keywords: Marital duties. Infidelity. Liability. Moral damages.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CRBF – Constituição da República Federativa do Brasil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DO INSTITUTO DO CASAMENTO	9
1.1 DO CONCEITO JURÍDICO DE CASAMENTO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA	9
1.1.1 Casamento civil e casamento religioso pela cultura e pela legislação brasileira	10
1.2 DOS REGIMES JURÍDICOS DO CASAMENTO	12
1.2.1 Regime parcial de bens	12
1.2.2 Comunhão Universal de bens	13
1.2.3 Separação de bens.....	13
1.2.4 Participação final nos aquestos	14
1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CASAMENTO	15
1.4 PRINCIPAIS DEVERES INERENTES AOS CÔNJUGES	16
1.4.1 Dever de fidelidade recíproca.....	16
1.4.2 Dever de mútua assistência.....	18
1.4.3 Dever de consideração e respeito mútuo	18
1.4.4 Dever de Sustento, guarda e educação dos filhos	19
1.4.5 Vida em comum no domicílio conjugal	20
1.5 DA QUEBRA DOS DEVERES CONJUGAIS.....	20
2 DA INFIDELIDADE CONJUGAL	22
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INFIDELIDADE.....	22
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA FIDELIDADE CONJUGAL.....	24
2.2.1 Causas extintivas/excludentes do dever de fidelidade.....	26
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL PELA INFIDELIDADE CONJUGAL	28
3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	30
3.1.1 Excludente de responsabilidade	31
3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL POR INFIDELIDADE	33
3.3 RESPONSABILIDADE POR INFIDELIDADE CONJUGAL: DIFERENTES POSICIONAMENTOS	35
3.4 PARAMETROS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	39
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A família é considerada como a principal base da existência da sociedade, sua formação ocorre por laços afetivos que envolve o compromisso firmado entre os cônjuges. A união entre duas pessoas com o intuito de constituir família, independentemente de sua forma, seja através do casamento ou por união estável, deve possuir como principal base a fidelidade e o respeito mútuo, preservando assim a honra e a dignidade de ambos os cônjuges.

Com a instituição do casamento ou da união estável, os cônjuges assumem entre outros, o dever de fidelidade recíproca e de respeito e consideração mútua, conforme elencado no Código Civil no artigo 1.566 (BRASIL, 2002).

No entanto, por se tratar de um dever, é possível que sua violação seja punida. Desta forma, entende-se que o cônjuge lesado possua direitos de divorciar-se, caso tenha ocorrido infidelidade conjugal. Porém, em algumas situações, a infidelidade ofende a honra da vítima, ocasião em que deverá haver a reparação civil com base no artigo 186 do Código Civil que prevê essa possibilidade.

No que concerne a responsabilidade civil, comprovada a infidelidade conjugal e conseqüente abalo à honra da vítima, surge o direito de ser indenizado moralmente pelo cônjuge ofensor, ensejando assim a reparação do dano moral. Entretanto, nem todas as situações de infidelidade devem ser reparadas à mercê, devendo-se assim analisar as peculiaridades de cada caso concreto.

Todavia, os tribunais demonstram uma certa resistência em conceder provimento aos pleitos de reparação civil nas relações familiares de conjugalidade quando comparadas às relações de parentalidade, sob o argumento de que a imposição do dever de pagamento pecuniário aos cônjuges consubstancia-se na monetização das relações afetivo-conjugais.

A infidelidade não é algo novo no mundo jurídico, porém atualmente é uma prática cada vez mais comum, resultando em muitas dúvidas, incertezas e curiosidades quanto ao fato. Assim sendo, esmiuçando com afinco a problemática do estudo, busca-se responder o seguinte questionamento: havendo violação da fidelidade conjugal, sobrevindo danos morais ao cônjuge lesado, haverá responsabilidade civil do cônjuge infiel?

O presente estudo justifica-se devido a relevância do tema, analisando assim que a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, pode ocorrer em diversas situações nas relações familiares, especialmente no rompimento do casamento, podendo justificar o direito à indenização por dano moral. Visto

que é indispensável a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, e havendo violação desses direitos, [e assegurado o direito a indenização por danos morais.

O presente estudo desenvolveu-se por meio de um levantamento bibliográfico e documental classificado como descritivo, usando métodos dedutivos e abordagem de natureza qualitativa. Logo, a presente pesquisa visa exhibir noções teóricas, buscando esclarecer e basear os pontos inerentes à responsabilidade civil dos cônjuges por atos praticados contra a honra, examinando fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legais que demonstram os conceitos e reflexões sobre a responsabilidade civil, vinculado ao dano moral.

1 DO INSTITUTO DO CASAMENTO

Para o Direito de Família, o casamento consiste em uma relação peculiar, tratado como um negócio jurídico, sendo uma união entre duas pessoas que estabelecem comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres. Neste passo, é importante salientar que a família constitui-se como a base de uma sociedade que dá origem a criação efetiva do Estado. Outrossim, salienta-se que o assunto abordado no presente capítulo que versa sobre o casamento é parte integrante do ramo do Direito que abarca a constituição familiar.

1.1 DO CONCEITO JURÍDICO DE CASAMENTO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Como bem salientado anteriormente, o casamento constitui-se como um negócio jurídico bilateral, consensual e solene, pelo qual duas pessoas seguem perante a sociedade regime monogâmico, com o objetivo de constituir familiar. Por intermédio do casamento os nubentes submetem-se voluntariamente em relações privadas de família, sendo assim, uma união de esforços e fins comuns a assistência e proteção de sua prole. Insta salientar ainda que constitui-se em uma relação jurídica com a proteção estatal (DIAS, 2021, p. 182).

O casamento representado pela união dos cônjuges é responsável pela criação de um vínculo firmado entre ambos, sendo um momento em que se estabelece uma comunhão de vidas entre ambos. A partir desse momento, as relações conjugais passam a ser concretizadas sob uma responsabilidade mútua. Neste sentido, Pereira (2021, p. 2012) aduz que:

Com o casamento, a que se pode chamar também de sociedade conjugal, muda-se do estado civil de solteiro para casado, e estabelece-se o vínculo de parentesco por afinidade com os parentes do outro cônjuge, mesmo que com eles não se tenha nenhuma afinidade. Os pais dos cônjuges tornam-se sogros e os irmãos cunhados. Com o fim do casamento o parentesco em linha reta, ou seja, sogro, sogra, genro e nora, não se dissolve.

Dada essa concepção, com reflexos à positividade abordada pelo Direito de Família, observa-se que no artigo 1.511 do Código Civil tem-se que o “casamento estabelece comunhão plena de vida, baseado na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges”. Neste mesmo sentido, complementa-se essa regra pelo artigo 1.565 que elenca que “pelo casamento, o homem e a mulher assumem mutuamente a condição de consorte, companheiros e responsáveis pelos encargos de família” (BRASIL, 2002).

Neste passo, perante o ordenamento jurídico pátrio o casamento pode ser considerado como uma das instituições que mais possui regulamentação no sistema jurídico de todo mundo. Assim, nota-se que para o Direito de Família o casamento é sinônimo de construção familiar (PEREIRA, 2021, p. 242).

De acordo com os ensinamentos de Madaleno (2013, p. 32), a definição de casamento sempre trouxe inúmeras controvérsias na doutrina abordando diversas opiniões, dentre elas, uma parte dos doutrinadores defendem a natureza contratual, uma vez que é imprescindível o consentimento dos nubentes. Outra parte dos doutrinadores discorrem que o casamento constitui-se em uma instituição que deve ser regida por normas que discorrem sobre direitos e deveres.

Neste passo, a família que se compõe a partir do casamento deve obedecer a um conjunto de normas imperativas para que a ordem jurídica e social do casamento seja mantida.

Em suma, pode-se dizer que independente dos preceitos históricos, o casamento envolve a concepção da formação da família. De acordo com Dias (2021, p. 148) o casamento é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de diversos arranjos familiares. De acordo com a autora, em decorrência a evolução do pluralismo familiar, admite-se outros núcleos familiares que podem ser formados, o que leva em consideração a formação de outras relações matrimoniais após a dissolução das relações anteriores, tendo em vista que isso tornou-se possível juridicamente após 1977.

Independente da forma como constitui-se a união entre os cônjuges, caberá a proteção do Estado, para que assim, a ordem social seja mantida entre os cidadãos e reconhecido o instituto do casamento, que também assegura direitos e deveres aos cônjuges. Acerca da manifestação do casamento, Mendes (2015) assevera que este ocorre pela vontade dos contraentes, estando mais próximos da realização de um contrato. No entanto, visto que o Direito de Família compreende o casamento como uma forma de consolidação de diversos arranjos familiares e o trata como uma entidade, cabendo assim demonstrar as formas de uniões aceitas pela sociedade jurídica na sociedade hodierna.

1.1.1 Casamento civil e casamento religioso pela cultura e pela legislação brasileira

Tradicionalmente, no período Colonial e Imperial o Brasil reconhecia somente às relações conjugais firmadas através da celebração religiosa realizada exclusivamente pela Igreja Católica que estivesse sobre regime canônico. Com o advento da primeira Constituição

Brasileira, em 1824, foi declarado o cristianismo como religião oficial pelo Estado Imperial e deu-se atribuição ao poder Executivo o direito do Padroado. Neste passo, os padres tornaram-se funcionários da Coroa, por meio do Instituto do Padroado, estando assim, a Igreja Católica como a principal responsável pelos atos de valor civil, testamentos e certidões (SANTOS, 2016, p. 10).

Cabe salientar que foi apenas em 1861 que houve a permissão tácita para o casamento dos não católicos, o que se deu com o surgimento do casamento civil e até 1890, os mesmos efeitos eram considerados tanto para o casamento religioso como para o casamento civil

O casamento civil constitui-se como a celebração que ocorre com base na legislação civil, perante um oficial do cartório de registro civil. É um contrato *sui generis*, cujo preparativo inicia-se com a habilitação, proclama-se e concretiza-se com a celebração perante o Juiz de Paz, formando a partir desse momento um instituto familiar. Cabe salientar que os nubentes devem ser pessoas capazes civilmente, ou seja, maiores de 18 anos ou emancipados.

Ocorre que devido a promulgação do Decreto nº 181 de 1890, que separou os deveres do Estado e da Igreja, momento em que somente o casamento civil era considerado como válido, devendo, portanto, ocorrer antes do ato religioso, que não recebia neste momento, atribuição de efeito civil (LOBO, 2021, p. 349).

A referida norma impôs um resultado tão significativo para o instituto do casamento, que caso não fosse respeitada, o celebrante do casamento incorreria em pena de prisão e/ou multa. Entretanto, em 1891, com o advento da primeira Constituição da República, no rol do artigo 72 parágrafo 2º, o reconhecimento restrito do casamento civil foi mantido, dispensando assim a imposição de que ele fosse realizado obrigatoriamente antes da cerimônia religiosa.

No entanto, no ano de 1937, com o advento da Lei nº 379, concedeu-se novamente os efeitos civis ao casamento religioso, obtendo assim mudanças trazidas pelo Decreto nº 3.200/41, sendo regulamentado posteriormente pela Lei nº 1.150/50 (SANTOS, 2016).

Cabe assim trazer um breve conceito sobre o que vem a ser o casamento religioso com efeitos civis. De acordo com Aspíri:

[...] O casamento cuja celebração se faz em cerimônia religiosa. O § 2º do art. 226 da CR refere-se ao casamento religioso, para dizer que ele terá efeitos nos termos da lei civil. E assim, para que ele seja válido como casamento civil, é necessário que os nubentes tenham feito todo o procedimento para o casamento civil comum, ou seja, tenham feito habilitação, proclamas e registrado o ato de celebração no Cartório de Registro Civil. A única diferença com o casamento civil comum é que a celebração não é feita pelo Juiz de Paz, mas pela autoridade religiosa. (ASPIRI, 2007 p. 156)

Neste passo, mediante as constates evoluções sociais, torna-se imprescindível que as normas jurídicas avancem em consonância com a coletividade e com suas necessidades, assim sendo, pode-se aduzir que emergiram novos meios de constituição do casamento, dentre as quais podem ser citadas, união estável, união poliafetiva, união homoafetiva e união concubinária. Insta salientar que ambas acompanharam a evolução social, e assim, submetem-se ao regime jurídico do casamento.

1.2 DOS REGIMES JURÍDICOS DO CASAMENTO

Como bem salientado anteriormente, a sociedade compõe-se por agrupamentos formados em diversas relações que conseqüentemente forma o vínculo familiar, que origina uma nova entidade familiar nos mais diversos formatos. Em virtude do casamento, tem-se o patrimônio que é composto pelo ativo e o passivo. O primeiro concerne aos bens móveis, imóveis e crédito. Por sua vez, o segundo concerne às obrigações (NADER, 2016, p. 47).

Logo, nessa linha de raciocínio, o doutrinador Lôbo (2021, p. 356), que o regime de bens tem como objetivo regulamentar essas relações matrimoniais que se veem envolta à administração os bens dos cônjuges. Em decorrência disso, é imprescindível que um regime considerado mais adequado seja adotado pelo casal. Estes regimes devem seguir às estipulações convencionais, normas legais ou cogentes, conforme a opção escolhida.

Neste mesmo sentido, de acordo com os ensinamentos de Pereira (2021, p.600), o casamento implica em um dever de escolha de um dos regimes de bens disponíveis em nosso ordenamento jurídico pátrio, o qual será responsável por regulamentar a relação patrimonial entre os nubentes. Ainda de acordo com o autor, este regime pode ser legal, estabelecido de forma obrigatória em determinadas situações, ou ainda consensual, sendo permitido inclusive que os nubentes, construam regime próprio e personalizado às suas necessidades/realidades.

Neste mesmo sentido, Tartuce (2020, p. 149), salienta que o regime de bens ao matrimônio, constitui-se como um conjunto de regras relacionados aos interesses patrimoniais ou econômicos que resultam da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra de ordem privada

1.2.1 Regime parcial de bens

O regime parcial de comunhão de bens possui denominação de regime legal, que aplica-se quando não existe um pacto antenupcial. Assim, passa a valer este regime de casamento a partir do momento em que o matrimônio é firmado. Pode-se dizer que o propósito desta modalidade de regime de bens é de que os bens adquiridos durante a vigência do casamento sejam considerados bens do casal (COELHO, 2016).

Cada nubente guarda para si em seu próprio matrimônio, os bens trazidos anteriormente ao matrimônio. Constitui-se no regime legal, o que vigora no casamento sem pacto antenupcial ou ainda nos quais os pactos sejam considerados nulos. Neste passo, não havendo convenção antenupcial ou sendo esta nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial (CUNHA PEREIRA, 2016, p. 365).

1.2.2 Comunhão Universal de bens

No que concerne à definição dos quatro regimes de bens, Araújo Júnior (2021) aduz que do regime jurídico em comento forma-se uma universalidade patrimonial, independente da origem dos mesmos, mas respeitando as exceções elencadas na legislação. Já para o regime parcial, considera-se os conjuntos de bens particulares dos nubentes adquiridos antes do casamento por cada um deles e; os aquestos (adquiridos posteriormente).

O regime de comunhão universal de bens significa a comunicação de todos os bens, sejam eles presentes ou futuros dos cônjuges ou dos conviventes, assim como as dívidas de ambos. Neste passo, os cônjuges ou companheiros deixam de ter patrimônios particulares e passam a ser meeiros de um patrimônio comum (MADALENO, 2019, 568).

Trata-se assim de uma das espécies de bens que encontram-se elencadas no Código Civil e que pode ser opção dos nubentes, porém deve-se realizar pacto antes do casamento ou mesmo um contrato de convivência, quando o regime for de união estável (MADALENO, 2019, p. 569).

1.2.3 Separação de bens

No regime da separação total de bens existe dois conjuntos de bens que pertencem aos nubentes de modo particular. O regime da participação final dos aquestos apresenta cinco conjunto de bens a saber “os bens particulares que cada um dos cônjuges possuía antes do casamento; os bens que cada um dos cônjuges adquiriu de forma particular durante o

casamento; os bens adquiridos de forma comum durante o casamento” (ARAÚJO JÚNIOR, 2021, p. 33).

Neste diapasão, Pereira (2020) salienta que os regimes de bens devem atender a dois critérios distintos, o primeiro é a origem e o segundo concerne ao objeto. O primeiro discorre que o regime de bens pode prover da convenção assim como também pela legislação. Já para o segundo, as relações econômicas que envolvem os cônjuges possuem como pilar a comunicação ou não de seu patrimônio.

O regime da separação total de bens versa sobre a incomunicabilidade total do patrimônio dos nubentes, no entanto, isso não significa que não há o dever de assistência mútua, inclusive material (conforme elencado no artigo 1.698 do CC), podendo assim os nubentes estabelecerem em pacto antenupcial quem proverá o sustento do lar. Cabe ainda mencionar que é neste regime que existe uma maior justificativa e incidência de pensão compensatória e supletiva (NOSCH GONÇALVES, 2018, p. 36).

Entretanto, conforme preceituado por Gonçalves (2021, p. 174), existe uma possibilidade de regulamentação das relações econômicas entre as partes, conforme elencado nos artigos 1.687 e 1.688, que demonstra a possibilidade de “combinações entre os nubentes” criando-se um regime misto e elegendo um novo e distinto regime jurídico, salvo em ocasiões especiais, conforme previstas no artigo 1.641 incisos I a III nas quais o regime de separação é imposto de forma compulsória.

1.2.4 Participação final nos aquestos

Consiste em uma modalidade de regime de bens trazida pelo Código Civil de 2002, que apresentou uma determinada supressão do regime total. Acredita-se que sua influência seja oriunda do Direito Europeu, porém teve pouca aplicabilidade e receptividade no ordenamento jurídico pátrio. Esta modalidade de regime de bens deve obrigatoriamente ser realizada através de pacto nupcial (MORAES, 2019).

Cabe trazer uma breve conceituação acerca do que vem a ser aquestos. Conforme Nahas (2018, p, 158):

Aquestos, como se sabe, são os bens adquiridos na constância do casamento, e também da união estável, e que tem um sentido semelhante ao de mancomunhão. No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge ou convivente tem patrimônio próprio e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título

oneroso, na constância do casamento ou da união estável (NAHAS, 2018, p. 154).

Assim sendo, pode-se dizer que nesta modalidade de regime ocorre a formação de massas de bens particulares que são incomunicáveis durante a vigência do casamento. É o que refere-se ao patrimônio próprio aos bens particulares de cada um dos nubentes, somados pelo casamento. No que concerne aos aquestos, estes são bens próprios pertencentes a cada um deles, adquiridos durante a vigência do casamento somados àqueles bens que adquiridos conjuntamente por ambos durante a vigência matrimonial (NOSCH GONÇALVES, 2018).

1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CASAMENTO

Os regimes de casamento, assim como outros assuntos que figuram o Direito, também possuem seus princípios, sendo destacados para este os seguintes: autonomia privada, indivisibilidade do regime de bens, variedade de regime de bens e; mutabilidade justificada (TARTUCE, 2020, p. 56).

No que concerne o princípio da autonomia privada, este se verifica no artigo 1.639 do Código Civil que traz: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver”. Pode ser compreendido como a liberdade de escolha do regime como um direito de autorregulamentação, mesmo com os limites legais (BRASIL, 2002).

Quanto ao princípio da indivisibilidade, conforme explica Tartuce (2020) é possível criar regimes jurídicos viáveis que não estejam previstos em lei, contudo, importa dizer que o regime de bens deve ser o mesmo para o casal, assim não sendo possível fracionar, sendo passível de nulidade do pacto antenupcial.

Em relação ao princípio da variedade de regime de bens, relaciona-se a possibilidade de escolha de um dos quatro regimes de bens disponíveis pelo Código Civil. Ainda, o último princípio mencionado, mutabilidade justificada, é sobre a alteração do regime de bens sob autorização judicial, com motivação de pedido pelos cônjuges, expondo razões e justificativas para essa alteração (TARTUCE, 2020, p. 76).

Cabe dizer que instituto do regime de bens tem grande relevância para o planejamento matrimonial, dado seus reflexos jurídicos na sucessão. A escolha do regime de bens é realizada com pacto antenupcial, processo que antecede a habilitação do casamento. Aos casais que optarem por viver em união estável, a escolha do regime de bens poderá ser feita no contrato de convivência, ou até mesmo na escritura pública de união estável (CARVALHO, 2020).

No entanto, um casamento não deve ser observado sob o prisma de suas repercussões entre escolhas de regimes, modalidades, culturas ou outros, importa dizer também que é uma relação que envolve deveres e obrigações para ambas as partes.

1.4 PRINCIPAIS DEVERES INERENTES AOS CÔNJUGES

No que concerne os direitos e deveres, observa-se que o Código Civil, aborda a isonomia entre o casal, somados ao que encontra-se elencado no artigo 1.511: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Complementa tal realização nos termos do artigo subsequente 1.514: “no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (BRASIL, 2002).

Ainda de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 226 discorre sobre a família, como já mencionado anteriormente, além disso em seu artigo 5º, discorre acerca dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, que deve ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Mediante a estas finalidades contempladas pela legislação em comento, Schreiber (2021) salienta que os direitos e deveres oriundos do matrimônio são: fidelidade recíproca; vida em comum domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos e; respeito e consideração mútuos.

1.4.1 Dever de fidelidade recíproca

De um modo geral, pode-se dizer que a fidelidade recíproca constitui-se como um dos principais deveres firmados entre os cônjuges, tendo sua atuação com base na Lei nº 9.278 de 1996, em seu artigo 2º, que discorre que “São direitos e deveres iguais dos conviventes: respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos comuns” (BRASIL, 1996).

Neste sentido, de acordo com os ensinamentos de Pereira:

A fidelidade conjugal não é apenas afetiva e sexual, mas também econômica e financeira, e que está contida no conceito de lealdade. A traição afetiva e sexual constitui muito mais uma categoria de regra moral e religiosa do que propriamente jurídica. Isto porque a sanção correspondente à sua infração

perdeu sentido, especialmente após a Emenda Constitucional nº 66/2010 que eliminou do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, em que se podia ficar buscando o culpado pelo fim do casamento. Em 2005, o adultério deixou de ser crime, com as alterações promovidas pela Lei 11.106/2005 no Código Penal (PEREIRA, 2012, p. 803).

Assim, entende-se que a natureza jurídica do casamento não é definida pelo Código Civil, mas seu principal pressuposto encontra-se elencado no artigo 1.511 quando discorre que os cônjuges devem estabelecer um estado de comunhão pela vida, sustentando a igualdade de direitos e deveres de ambos os nubentes.

Ainda para salvaguardar a possibilidade isonômica a todos, aduz-se que o artigo 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 5º aduz acerca da gratuidade do casamento civil para os casais que declararem ausência de recursos econômicos (BRASIL, 1988).

Segundo os ensinamentos de Lisboa (2013), o dever de fidelidade e derivado do dever de assistência imaterial, possuindo aporte implícito na exclusividade do casamento e dos direitos que dele decorrem, tendo então a obrigação de não cometer adultério. Dessa forma, o dever de fidelidade emerge da obrigação de não trair aquele com o qual contraiu matrimônio. Essa fidelidade compreende tanto a fidelidade física como psíquica.

Nesta toada, Madaleno (2019, p. 103) assevera que: “a fidelidade supõe exclusividade do débito conjugal, pois, como no casamento, também na união estável cada cônjuge ou convivente renuncia à sua liberdade sexual [...]”, com base neste pensamento, caso haja rompido a barreira da união, deixa de existir a fidelidade recíproca. Outrossim, ainda discorrendo sobre a fidelidade como dever recíproco, nos casos de quebra, aplicar-se-á previsão legal do Código Civil conforme retrata o artigo 1.573, observa-se que:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum (BRASIL, 2002).

Diante da leitura do artigo 1.724 do Código Civil não restam dúvidas de que as relações pessoais inferem dever de lealdade que se trata de uma condição elementar para configurar a união estável, exclusiva de um relacionamento. Ainda menciona sobre o artigo 1.723 parágrafo

1º que o casamento precedente, sem uma separação impede que outra união seja realizada concomitante, mas se a pessoa casada não convive mais com o cônjuge, o impedimento já não existirá (MADALENO, 2019, p. 32).

1.4.2 Dever de mútua assistência

Quanto ao dever de mútua assistência, acata o envolvimento de questões materiais cujo se resalta assuntos econômicos, como no caso da prestação alimentar e questões de índole pessoal. “A mútua assistência não é só material, mas também moral” (ALMEIDA JR., 2004, p. 143).

De acordo com os ensinamentos de Pereira (2021, p. 925), a assistência, o respeito e a consideração não são apenas regras, visto que inserem-se também na categoria de princípios constitucionais, especialmente quando concerne a solidariedade. A mútua assistência deve ir muito além do sustento e pensão alimentícia em caso de dissolução da união, significa também atenção, amparo, afeto e cuidado um para com o outro, cujo descumprimento como já bem salientado anteriormente, pode ter como consequência reparação civil.

Neste passo, trata-se de um dever que resguarda assistência a ambos os cônjuges, como auxílio recíproco, independente dos níveis, amparando tanto as questões materiais como as questões morais e espirituais. Em suma, compete a assertiva de um companheiro mútuo, em que resta estabelecido um verdadeiro vínculo de solidariedade (DINIZ, 2016).

Ainda de acordo com o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.724 “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002), cabendo aos cônjuges manter com os seus deveres e obrigações.

1.4.3 Dever de consideração e respeito mútuo

O dever de respeito e consideração mútuos tem a base constatada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, complementa Almeida Jr. (2004, p. 155) que “o maior respeito que um cônjuge pode render ao outro é quanto à vida de seu parceiro, em todos os seus desdobramentos, quer morais, quer físicos, quer psíquicos”.

Esse dever de respeito assegura o fato de não maltratarem um ao outro, assim como de não acusarem com falsas afirmações ou palavras e atos humilhantes. Isso porque com vistas a

essas ações, estaria caracterizando a injúria que “é toda ofensa à honra, a respeitabilidade a dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras” (ALMEIDA JR., 2004, p. 158).

Entretanto, sabendo que o artigo 1.566 do Código Civil menciona alguns deveres do casamento, como já anunciado anteriormente, esse rol extensivo traz o reconhecimento doutrinário de que esses direitos não se aplicam de todo aos consortes, havendo prevalência dos mais importantes por àqueles reclamados pela ordem pública e interesse social (MADALENO, 2018).

Diante desse contexto, ainda se pode mencionar, por exemplo, o dever da sinceridade, respeito pela honra e dignidade própria e da família, por não expor o outro companheiro a situações degradantes, bem como não o conduzir para locais de baixa moral e por aí em diante (MADALENO, 2018). Ante ao exposto, considera-se relevante que esses deveres significam muito para a convivência sadia do casal, atrelado a isonomia de poderes e deveres que não desmerece nem um nem outro. Outrossim, importa dizer que há a possibilidade de divórcio, o qual devido à quebra dos deveres dos cônjuges, afeta diretamente a sua união.

1.4.4 Dever de Sustento, guarda e educação dos filhos

Mesmo sabendo que a prole não é essencial ao casamento, refere-se a um elemento fundamental de existência conjugal. É fundamental a orientação educacional no lar e na escola, sendo obrigação dos pais, as duas modalidades, assim como a prestação de alimentos. Fica assegurada a obrigação de sustentar os filhos menores, dando-lhes orientação e os educando mesmo após o divórcio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Guarda e educação dos filhos é a regra que traduz hoje o princípio constitucional da paternidade responsável, que vai além de uma obrigação decorrente do casamento. Estas regras, associadas ao princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade que embasam o raciocínio jurídico de reparação civil por abandono afetivo, além é claro, de traduzir-se também como pensão alimentícia (PEREIRA, 2016, p. 369).

Retrata Venosa (2015) que a guarda e educação dos filhos são características entre genitores e a prole, estabelecidas como direitos e deveres; contudo, o sustento dos filhos é exclusivamente um dever, uma vez que os filhos são dependentes desse país, e perduram nesta condição mesmo que ocorra a separação matrimonial.

1.4.5 Vida em comum no domicílio conjugal

Sobre a vida em comum no domicílio conjugal, que também pode ser conhecida como dever de coabitação é o segundo dever recíproco entre os casais, que significa que eles devem conviver sobre o mesmo teto e possuir uma comunhão harmoniosa de vida. Azevedo (2009, p. 196-197) formulou uma conceituação sobre este dever, destacando que o mesmo é “a imposição legal, de ordem pública, aos cônjuges, de seu relacionamento fisiológico, sexual, recíproco, enquanto durar a convivência no lar conjugal”.

Sob a convivência no mesmo teto está o fato de compreender o débito conjugal, tendo por expressão religiosa a finalidade da procriação, o que enseja a satisfação de ambos sobre as necessidades conjugais. Contudo, sabendo que não se trata de elemento fundamental do casamento, a falta destas pode configurar a sua anulação, mas, são preceitos que não se transportam à regulamentação do casamento (DINIZ, 2016).

Este dever possui o significado de que um dos cônjuges pode ter a obrigação de ceder à vontade do outro para satisfazer seu desejo sexual. No que se refere à ausência de relações sexuais, dada a recusa de um dos cônjuges não significa que há possibilidade de custear danos morais ou efeitos indenizatórios (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

1.5 DA QUEBRA DOS DEVERES CONJUGAIS

A quebra dos deveres imposto pela união de comum acordo não será de responsabilização de terceiros e sim dos nubentes, isso de acordo com Cordeiro e Gomes (2015), a seguir:

[...] diante da mudança legislativa promovida pela Emenda Constitucional 66/2010, a culpa pela violação de deveres conjugais deixou de ser apreciada para a dissolução do casamento. [...] Vê-se que a imputação da obrigação de reparar o dano (material ou moral) causado ao consorte inocente é a maneira mais eficaz de tutelar sua dignidade. Tal conclusão não se baseia apenas na necessidade de justiça e bom senso, encontrando perfeito fundamento legal nos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil. Com efeito, não há porque considerar inaplicáveis tais disposições legais aos casos de violação de deveres conjugais se todos os requisitos para tanto estiverem presentes, que são: a) conduta ilícita que viola direito do consorte (o descumprimento de deveres conjugais viola disposição legal expressa que prevê direitos e deveres entre os cônjuges); b) dano (prejuízo moral ou material sofrido pelo cônjuge inocente); c) nexos causal (que o dano, material ou moral, tenha decorrido da conduta ilícita do cônjuge); d) culpa (ausência de justificativa do

descumprimento dos deveres conjugais) (CORDEIRO; GOMES, 2015, p.230; 240)

Conforme demonstrado alhures, analisa-se que o dano moral, é um elemento da responsabilidade civil, do cônjuge que quebrou as regras, que se comprometeu na união de vida a dois, lesando assim o seu companheiro, podendo ser passível de condenação de reparação dos danos, de acordo com a sua capacidade monetária.

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. (TARTUCE, 2013 p. 423).

Ocorrendo quebra dos deveres deverá ser responsável de seus atos contra a honra e boa-fé de seu cônjuge. No entanto, caso ocorra o desrespeito a fidelidade recíproca do casal, deixando marcas sentimentais profundas, ocasionará o direito a indenização por dano moral por infidelidade conjugal (conforme será demonstrado mais à frente no presente estudo).

2 DA INFIDELIDADE CONJUGAL

As relações familiares de conjugalidade sofrem os efeitos da infidelidade elencados no ordenamento jurídico pátrio, por isso, cabe analisar, no presente estudo, a possibilidade do arbitramento judicial da indenização pecuniária em face da infidelidade conjugal. Para tanto, cumpre apresentar uma breve análise da tutela jurídica disposta acerca do adultério, a fim de investigar os efeitos jurídicos imputados à conduta da infidelidade. Ademais será analisada a possibilidade de reconhecimento da fidelidade conjugal como dever jurídico, com o intuito de perquirir, ao final, se a conduta do cônjuge infiel consiste em um ato ilícito passível de reparação pecuniária.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INFIDELIDADE

Como é de conhecimento geral, a infidelidade (cometida através da prática do adultério), consiste em uma relação íntima firmada com um terceiro estranho ao matrimônio. As normas inerentes às relações de conjugalidade demonstram no panorama histórico que consiste no ato de relacionar-se com um terceiro durante a vigência do matrimônio desde os tempos mais remotos sempre foi entendida como uma grave violação aos direitos e deveres conjugais, importando nas mais diversas modalidades sancionadas. Entretanto, dada a natureza e objetivo do presente estudo, não pretende-se esgotar as investigações acerca das penas possivelmente impostas em todas as épocas e civilizações, mas sim para as implicações trazidas pelo adultério na sociedade hodierna.

Historicamente, a fidelidade sempre foi uma exigência mais enfática para as mulheres do que para os homens, observando assim uma evidente tolerância quanto a infidelidade masculina, o que pode ser considerado como uma das características da sociedade patriarcal, em que o homem era entendido como superior às mulheres, que não possuíam direitos sobre o seu matrimônio a não ser a submissão aos seus cônjuges e a sua relação propriamente dita, devendo “aceitar” todas as condições que lhes eram impostas. Neste mesmo sentido, no panorama histórico da humanidade é possível observar a razão da tolerância da infidelidade sexual masculina, já que o homem “não tinha que garantir que sua prole pertence a sua mulher, o que era perceptível pela gravidez e pelo parto” (HOLANDA, 2012, on-line).

Entretanto, decorrência das inúmeras modificações ocorridas na sociedade, a fidelidade conjugal foi adquirindo novas características marcantes, especialmente a reciprocidade e passou

a ser observada como obrigação recíproca de ambos os nubentes e, portanto, elemento norteador das relações de conjugalidade. Desta forma, é que o Código Penal no rol do artigo 240, passou a instituir o adultério como crime contra o casamento, do qual poderiam ser sujeitos passivos tanto o homem como a mulher (BRASIL, 1940).

Assim sendo, para a configuração do adultério masculino não se faz mais necessário que o homem mantivesse concubina, basta apenas o simples ato da infidelidade para a configuração do delito, igualando à conduta das mulheres. A prática de adultério sujeitava-se, à época, à pena de detenção de quinze dias a seis meses, aplicável inclusive ao corréu, sujeitando-se a ação penal à iniciativa do ofendido. Assim, pode-se observar o que encontra-se elencado no artigo 240 do Código Penal *in verbis*:

Art. 240. Cometer adultério: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses. § 1º Incorre na mesma pena o corréu.
§ 2º A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.
§ 3º A ação penal não pode ser intentada:
I - pelo cônjuge desquitado;
II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.
§ 4º O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;
II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil (BRASIL, 1940).

A redação supratranscrita vigorou até o advento da Lei n. 11.106/05 (BRASIL, 2005), responsável pela revogação expressa do art. 240 do Código Penal de 1940, sob o fundamento de que a ofensa provocada pelo adultério não era considerada grave o suficiente à sociedade para ensejar sua inserção na órbita do Direito Penal. Dessa forma, com a descriminalização do adultério, a conduta de infidelidade conjugal deixou de ser sancionada através de pena privativa de liberdade, passando a ser analisada somente sob a perspectiva de um ilícito civil, e não mais penal previsto nos arts. 231, I do CC (BRASIL, 1916) e nos arts. 1.566, I; 1.573; 1.724, todos do novo Código Civil (BRASIL, 2002)

Em decorrência do que encontra-se elencado na legislação civil, basta somente a transgressão da fidelidade conjugal por quaisquer uma das partes para que o descumprimento do dever de fidelidade seja configurado (SANTOS, 2016, p. 21).

Além disso, uma vez inserido no Direito privado enquanto ilícito civil, não é mais adequado falar em violação ao dever de fidelidade como adultério, visto que essa nomenclatura está intrinsecamente associada ao antigo crime previsto no ordenamento jurídico pátrio para o

qual a relação sexual era imprescindível. Neste diapasão, a infidelidade conjugal ganhou espaço na doutrina nacional, visto que denota uma maior amplitude ao conceito do ilícito civil, que passa a incluir práticas genéricas que violem a boa-fé conjugal, como será elucidado posteriormente.

É evidente que justifica-se mais a utilização dos antigos fundamentos para sancionamento das práticas de infidelidade, sejam eles estabelecidos com base em argumentos que justificam o homicídio da mulher pelo marido traído, sejam pautados no argumento de violação à propriedade do cônjuge atraindo, muito menos respaldados na criminalização da conduta infiel por violação à moral e aos bons costumes. Nesse sentido, de acordo com as lições de Albuquerque (2015) não mais é cabível “[...] pautar a existência do dever de fidelidade no *jus in corpus*, porque seria profundamente anacrônico, inconstitucional e iria ao exato contrário da repersonalização das relações matrimoniais”.

Atualmente, o fundamento que permite discussões acerca da responsabilidade civil por infidelidade conjugal é constitucional, pautado na ideia de proteção à dignidade do cônjuge traído - art. 5º, X, V da Constituição Federal (BRASIL, 1988), boa-fé objetiva e do afeto como valores jurídicos relevantes, permitindo, assim, um diálogo direto com o direito civil-constitucional (ALBUQUERQUE, 2015).

Devido a este motivo, a infidelidade conjugal deve ter igual peso em relação a ambos os cônjuges, merecendo reprovação jurídica que culmine com a aplicação de sanções capazes de atingir igualmente a ambos os gêneros, sobretudo em virtude do princípio que rege todo o ordenamento jurídico e também o direito de família: a igualdade entre homens e mulheres.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA FIDELIDADE CONJUGAL

A fidelidade conjugal recíproca é um dever negativo, tendo em vista que implica no não engajamento sexual, emocional ou afetivo com pessoas externas à relação conjugal, configurando um “não-fazer”; por isso mesmo, não raro seu estudo é negligenciado pela doutrina, sobretudo em face da impossibilidade de ser executado em juízo.

No entanto, ainda que não se possa coagir um cônjuge a cumprir com a fidelidade conjugal esperada de uma relação afetiva exclusiva (por opção prévia das partes), isso não significa que a sua violação não tenha outro tipo de consequência a favor do cônjuge lesado (SILVA, 2019).

Nesse diapasão, é que se reitera o interesse acadêmico-científico na apreciação da possibilidade de reconhecimento da fidelidade conjugal (art. 1.566, I, CC/0217) como dever jurídico cujo descumprimento seja passível de sanções jurídicas, especificamente, o dever de reparação civil. Dessa forma, a definição do status jurídico da norma disposta no Código Civil conforme elencando no art.1.566, I – é imprescindível, pois a partir daí se aventará ou não a perspectiva segundo a qual a violação do dever de fidelidade conjugal autoriza a mobilização do aparelho estatal no intuito de ressarcimento do cônjuge traído (BRASIL, 2002)

Afinal, se a conduta do agente ofende unicamente regras morais, encontra reprovação apenas na sua consciência e pode atrair lhe, no máximo, o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica, no entanto, inobservância de norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito ou para a sua punição (PEREIRA, 2021, p. 343).

Destaca-se que, não obstante a previsão legal do art. 1.566, inciso I, que dispõe ser dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca, parte da doutrina discorda da proposição de que a fidelidade conjugal seja alçada à posição jurídico-valorativa de dever jurídico. Talvez por isso, a infidelidade consubstanciada na esfera familiar nem sempre é considerada pela jurisprudência pátria como uma conduta passível de reparação, diante dos danos morais causados ao cônjuge traído.

De acordo com Maria Berenice Dias (2021, P. 543), não há sentido em impor deveres aos cônjuges, pois a norma legal não é capaz de ditar o modo de viver dos consortes, razão pela qual seria descabida e desnecessária a concepção que entende a fidelidade conjugal como dever conjugal. Seguindo o mesmo entendimento, a autora entende ainda que nenhum dos deveres familiares pessoais estaria sujeito à tutela mais consistente dos deveres jurídicos, pelo que estaria o cônjuge lesado impossibilitado de pleitear a correlata indenização.

Especificamente a respeito da fidelidade conjugal, afirma a autora que as relações conjugais constituem interações pessoais de caráter tão íntimo que seria impossível forçar externamente a sua observância, através da mobilização do aparelho estatal. De acordo com essa parte da doutrina, a fidelidade conjugal, por não ser diretamente exequível, jamais alcançaria a posição valorativa de dever jurídico, tratando-se de mera recomendação ou faculdade para o sujeito que se dispõe a conviver afetivamente com o outro. A infidelidade constatada no leito conjugal, então, seria apenas um comportamento conjugal que afronta aos bons costumes, a moral social e estrutural, não tendo aptidão de permitir, portanto, sancionamento na esfera cível.

Em que pese a relevância doutrinária e argumentativa dos fundamentos acima expostos, não parece acertado negar que a fidelidade conjugal seja alçada à posição de dever jurídico. Afinal, o ordenamento deve salvaguardar a tutela jurídica da confiança, que impõe verdadeira obrigação de não serem adotados comportamentos contrários às expectativas de outrem. É o que se depreende da análise do princípio da vedação do comportamento contraditório, que se relaciona diretamente com a boa-fé objetiva, na medida em que busca tutelar a confiança legítima que exsurge das relações humanas.

Considerando especificamente as relações de conjugalidade, a afetividade que fundamenta o relacionamento marital, traduz-se na confiança e na lealdade esperada pelos consortes, sendo imprescindível o respeito à fidelidade conjugal e à dignidade do outro.

Destarte, propõe-se o reconhecimento da posição jurídico-valorativa de dever jurídico para a fidelidade conjugal, pelo que a conduta do cônjuge infiel deve ser considerada como ilícito civil passível de reparação. Apesar disso, não é possível afirmar, categoricamente, que a infidelidade sempre importa no descumprimento de dever jurídico, fazendo-se necessário o estudo das causas que excluem a observância daquele dever pelo cônjuge.

2.2.1 Causas extintivas/excludentes do dever de fidelidade

Cabe salientar que o dever de fidelidade conjugal recíproca conforme já salientado anteriormente não é de todo absoluto, considerando a possibilidade da existência de algumas causas extintivas da ilicitude do comportamento do cônjuge infiel, tais como a configuração do estado de separação de fato entre os nubentes ou ainda o perdão marital.

Por um lado, aponta-se a caracterização da separação de fato como causa excludente de ilicitude no âmbito da relação conjugal, o que faz o dever de fidelidade recíproca subsistir somente enquanto houver verdadeira comunhão de vidas no leito marital (SILVA, 2011).

Ainda de acordo com a autora supracitada, para a ocorrência da infidelidade é essencial que ambos ou ao menos uma das partes mantenham a *affestio maritalis* (relacionamento matrimonial). Se o casal mantém apenas a unidade domiciliar e o compartilhamento de bens maritais, não há que se falar em dever de fidelidade” (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 213).

Ressalta-se ainda, o perdão do cônjuge aviltado pela infidelidade do outro enquanto causa excludente da ilicitude do comportamento infiel. Isso porque, a mobilização do judiciário na busca da proteção da dignidade do cônjuge traído, nesses casos, pressupõe que a reação do cônjuge seja imediata após cada episódio de descoberta de relação extraconjugal. Ao contrário,

havendo reconciliação do casal ou mesmo o perdão do cônjuge vitimado pelo agravo moral a sua dignidade, tal feito importa em renúncia ao direito de invocar culpa, para quaisquer fins de reparação civil (SANTOS, 2016).

Observando as lições de Gonçalves (2010), resta evidente que, se após o descobrimento da infidelidade pelo cônjuge inocente, não houver imediata ação de divórcio e de compensação pelos danos decorrentes da infidelidade conjugal, presume-se perdoada a relação extraconjugal. Em termos processuais, então, se o réu conseguir provar que, mesmo após a descoberta da infidelidade pelo cônjuge traído, a convivência conseguiu fluir, não tornando insuportável a vida em comum do casal, o perdão pode ser utilizado na ação de reparação civil como uma excludente de ilicitude e de responsabilização.

Cumprido investigar, diante das discussões acima perfilhadas, se o descumprimento do dever de fidelidade conjugal é apto a gerar como efeito jurídico a reparação civil, nos casos em que não se incidem as mencionadas excludentes de ilicitude. Para tanto, será apreciado no capítulo posterior a possibilidade de compatibilizar os pressupostos da responsabilidade civil às relações familiares de conjugalidade.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL PELA INFIDELIDADE CONJUGAL

A Responsabilidade é um instituto vivo e dinâmico que se renova constantemente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que surgem sempre novas teses jurídicas, com o objetivo de entender e se adequar as novas realidades que vão surgindo com o decurso do tempo. Porém cabe ponderar, que este instituto teve maior desenvolvimento nos últimos 100 anos, sofrendo evolução pluridimensional, considerando que sua expansão se deu quanto a sua história, a seus fundamentos, a sua área de incidência e a sua profundidade

A origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano, e está calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido (GALIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 11).

Em meio ao convívio social ocorrem situações conflitantes que podem causar prejuízos a terceiros, com isso é necessário que se organize a vida em sociedade para corrigir esse tipo de problema. Com isso foram criadas regras e práticas de condutas nas quais nosso ordenamento jurídico abarcou com a finalidade de regular justamente essas relações interpessoais. Desse modo surge o conceito de responsabilidade civil previsto no artigo 186 do Código Civil, que nada mais é do que a ocorrência de um prejuízo, onde através de uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência se viola direitos e assim acaba causando danos a outrem, mesmo que exclusivamente moral, ainda sim comete ato ilícito.

De acordo com o entendimento do doutrinador Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6).

O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de De Plácido e Silva é:

“Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convenionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção” (SILVA, 2010, p. 642).

Assim, o objetivo da reparação civil é justamente devolver a vítima o status quo, baseado no princípio da “*restitutio in integrum*” que nada mais é do que restaurar a condição

originária a quem sofreu o dano, imputando ao agente que o causou o dever de restituir por meio de uma indenização.

Dentro do ramo do direito brasileiro, há a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual tem por início a inexecução do negócio jurídico bilateral ou unilateral, isto é, a partir do descumprimento de uma obrigação, sendo assim a falta de seu cumprimento ou da mora de qualquer obrigação gera esse ilícito contratual. (MARQUES, 2012)

Na responsabilidade contratual, não precisa o contratante provar a culpa do inadimplente, para obter reparação das perdas e danos, basta provar o inadimplemento. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar. Para que o devedor não seja obrigado a indenizar, o mesmo deverá provar que o fato ocorreu devido a caso fortuito ou força maior. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 14)

Desta forma, a responsabilidade contratual é oriunda da violação de uma obrigação previa, e para que aquela exista é imperioso, que está já esteja positivada, a exemplo disso podemos citar o comodatário que permite por sua própria culpa o perecimento e em virtude disso deixa de entregar ao dono um objeto que lhes fora emprestado, o segurado que dolosamente furta-se de pagar a indenização devida ao segurado, o escritor que por negligencia, omite-se de entregar ao editor, o prazo fixado por contrato, a obra prometida e previamente anunciada, ou ainda o que fora previamente firmado em contato, seja descumprido.

No que concerne a responsabilidade extracontratual ou como também é conhecida, aquiliana, é aquela oriunda de um ato ilícito extracontratual, isto é, de uma prática delituosa cometida por uma pessoa, considerada capaz ou incapaz de acordo com o que é descrito no artigo 156 do Código Civil, não existindo vínculo anterior entre ambas as partes, uma vez que não estão ligados por uma relação obrigacional (MARQUES, 2012)

Esta responsabilidade tem por objetivo a inobservância da lei, sendo, portanto, considerada uma lesão a um direito tutelado, sem que haja qualquer relação jurídica entre a vítima e o agente, como por exemplo um indivíduo que atropela outrem, resultando em lesão corporal, deverá o indivíduo que cometeu o dano, repará-lo de acordo com o que está elencado no artigo 1538 do Código Civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 145)

Assim, o causador da lesão, deverá promover a reparação do dono que causou a outrem, como o descumprimento do preceito legal ou a violação do dever geral de abstenção inerentes aos direitos reais ou de personalidade. Assim, será de responsabilidade da vítima

provar o dano que sofreu. É a vítima que deve provar a culpa do agente, e caso não consiga provar, não caberá indenização. Além dessa responsabilidade baseada na culpa, a responsabilidade Aquilina abrange também a responsabilidade sem culpa baseada no risco, que será a base deste trabalho. (MARQUES, 2012).

3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

A Responsabilidade Civil divide-se em subjetiva e objetiva, onde a primeira tem como norte a teoria da culpa e a segunda baseia-se pela teoria do risco.

A responsabilidade civil subjetiva tem como incidência quatro requisitos, além dos seus pressupostos que são: conduta voluntária do agente, dano e nexo de causalidade e ainda assim tem-se por obrigatoriedade a presença da culpa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 121)

De acordo com o assunto exposto, Gagliano e Pamplona Filho nos relata:

[...] a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2016, p.165/166)

Nessa vertente, o artigo 186 do Código Civil de 2002 define a culpa de uma forma ampla, que compreende como vimos no texto acima, o dolo e a culpa no sentido estrito. Ao mencionar "ação ou omissão voluntária" a legislação está se referindo ao dolo, já os termos "negligência ou imprudência" faz menção a culpa em sentido estrito. (MARQUES, 2012)

Diante disso, o dolo é um comportamento consciente e intencional, ou seja, o agente quer causar prejuízo a vítima. A culpa em sentido estrito possui três elementos que a compõe: a negligência, que é a inobservância do dever de cuidado, por omissão.; a imprudência que é quando o agente atua contra as regras básicas de cautela; e temos a imperícia, que está relacionada a falta de habilidade específica para realizar alguma atividade técnica ou científica. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 132)

Em relação ao que foi explicado, está mais do que provado que esta modalidade de responsabilidade civil é primordial para que se comprove a culpa do agente. Porém com a globalização e o avanço da sociedade, bem como a massificação do consumo, essa responsabilidade que é amparada pela culpa acaba por algumas vezes não passar para o

consumidor uma segurança jurídica, devido à dificuldade de se comprovar este elemento. Deste modo a teoria do risco, que nos possibilita de responsabilizar o sujeito que de certa forma empreende atividade perigosa independentemente de sua culpa, passou a ganhar espaço, e a embasar a responsabilidade civil objetiva. (MARQUES, 2012)

Com o Código Civil de 2002 consagrou-se de forma expressa a teoria do risco, admitindo-se além da responsabilidade subjetiva (aquela baseada na culpa), a responsabilidade objetiva, conforme descrito no artigo 927 do Código Civil de 2002, vide texto abaixo:

"Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem é obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem." (BRASIL, 2002)

A responsabilização baseada na teoria do risco exclui o ônus que comprova a culpa do agente, tendo como consideração o risco ou perigo da atividade desenvolvida pelo causador do dano. Desta forma deve-se demonstrar apenas a conduta, o dano e o nexo de causalidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 121)

Comprova-se que o Código Civil adota uma regra para a responsabilidade subjetiva, devendo ser levado em consideração o dolo e a culpa para fins de responsabilização civil e a consequente reparação de danos. No entanto também faz menção à responsabilidade objetiva nos casos expressamente especificados em lei, e em casos de atividades de risco. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 112).

3.1.1 Excludente de responsabilidade

Em decorrência da realidade enfrentada pela sociedade com o decorrer do tempo, restou inadequada a aplicação universal da responsabilidade, desta forma, estabeleceu-se no Direito Pátrio os excludentes de responsabilidade, que são definidos como as situações em que mesmo o dano estando presente, suscitam incapacidade de indenização, sendo denominados, portanto, como danos lesivos, porém não indenizáveis.

Nesta toada, os excludentes podem ser subdivididos em grupos distintos, dentre os quais encontram-se: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito, estrito

cumprimento do dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiros (OLIVEIRA, 2018).

Segundo os ensinamentos de Diniz (2018, p. 431) o estado de necessidade ocorre quando o direito de outrem é ofendido com o objetivo de combater um perigo iminente, onde há deterioração da coisa alheia para que um mal maior seja evitado. Tal excludente é aplicado somente quanto estritamente necessário para que ocorresse a proteção do dano e ainda que sua proporção seja adequada para afastar o perigo, segundo o que dispõe o artigo 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...] II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O conceito de estado de necessidade provém de uma analogia ao artigo 24 do Código Penal, que discorre que é considerado como um estado onde um dano é cometido para que um mal superior ao dano seja evitado, na busca por salvar um indivíduo de um perigo iminente. Porém de acordo com o dispositivo supracitado, para aqueles que possuem como obrigação afastar o perigo, este excludente não pode ser utilizado.

Outro excludente de responsabilidade é a legítima defesa que embora não possua expressa definição no Código Civil baseia-se no estabelecido no Código Penal de 1940 da seguinte forma no Art. 25: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 213), se o particular repele injusta agressão ele substitui o Estado, realizando o necessário para manter a ordem jurídica, não podendo se falar acerca de indenização.

No que concerne ao exercício regular do direito, pode-se dizer que o mesmo ocorre quando o agente realiza ato lesivo durante o exercício de um direito autorizado pela legislação, é excludente pois trata-se de ato lícito, ainda que lesivo. Exemplificando, um caso em que um particular realiza prisão em flagrante de um indivíduo, ainda que este indivíduo se sinta lesado moralmente, este não terá o direito de indenização, pois o artigo 301 do Código de Processo Penal permite que o agente pratique o ato.

Dentro da esfera dos excludentes do nexa causal encontra-se o caso fortuito e força maior, estes versam acerca de fatos inevitáveis ou imprevisíveis que independem da pretensão

do agente. Aludidos no artigo 393 do Código Civil, o legislador não estabeleceu a distinção entre os dois conceitos, fato que torna a definição de ambos ainda não pacificada no Direito, certos autores inclusive tratam como conceitos idênticos.

Acerca do tema dispõe José dos Santos Carvalho Filho (2014) que caso fortuito e força maior são aqueles fatos imprevisíveis estabelecidos pela doutrina, ressaltando a grande divergência doutrinária na definição destes eventos, sendo que alguns autores tratam a força maior como sendo um acontecimento que se origina na vontade do homem, já o caso fortuito trata do evento produzido pela natureza. Seriam então exemplo de força maior fatos como a greve, e o caso fortuito seriam os eventos como furacões (OLIVEIRA, 2018).

O excludente por culpa exclusiva de vítima ocorre quando a vítima é responsável exclusivamente pelo dano sofrido, apesar do Código Civil ter definido apenas a culpa concorrente, a culpa exclusiva teve seu significado construído pela jurisprudência, doutrina e pela legislação. A culpa exclusiva da vítima "desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima", sendo assim, há a ruptura do nexo causa.

Por derradeiro define-se como culpa de terceiro, quando alguém além da vítima e do agente foi o único culpado no fato que gerou o dano, isto, por si só, isenta o agente de responsabilizar a vítima, uma vez que rompe o nexo causal (DINIZ, 2018, p. 231).

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL POR INFIDELIDADE

De acordo com os ensinamentos de Cavaliere Filho (2010), levando em consideração o sentido etimológico, a responsabilidade civil significa a obrigação, encargo ou contraprestação. Por direito, o mesmo entendimento indica o dever de reparar a violação ocorrida a outro dever jurídico previsto legalmente.

A questão fundamental a ser tratada neste item é a possibilidade de se obrigar o cônjuge que causou prejuízo, seja este moral ou material, a ressarcir mediante indenização os danos causados ao outro. Motta (2020, p. 40) exemplifica muito bem a importância de tal discussão: “começamos falando de amor e terminamos sempre falando de dinheiro”. Todos querem ser indenizados pelo prejuízo sofrido decorrente do término de uma relação afetiva. E apesar de a culpa não mais ser um pressuposto para o novo divórcio, a mesma ainda pode ser discutida na esfera civil, mediante ação de indenização.

A quebra dos deveres vem sendo considerada violação à boa-fé objetiva, lesando a legítima confiança que um deposita no outro. Este é o fundamento invocado nas ações de indenização por dano moral, que vem lotando os tribunais. De qualquer modo, as regras estabelecidas para vigorarem durante toda a vida em comum tem utilidade somente para fundamentar o pedido de indenização, ou seja, invocáveis depois de findo o casamento.

A identificação de culpas, se algum proveito traz, é só para auxiliar ao que se sentiu traído a elaborar o luto da separação. Traz-se como exemplo, o que chama de estelionato do afeto, concluindo que: “Comete abuso de direito quem não exercita o seu direito de ser feliz sozinho e mantém uma união sob a falsa premissa de existência de amor” (ALVES, 2006, p. 483)

A legislação impõe deveres e assegura direitos no casamento, conforme exposto no Capítulo 1. Porém as violações desses deveres não constituem por si só, ofensa à honra e dignidade dos consortes, a ponto de gerar obrigação indenizatória. Os danos psíquicos são inquestionáveis. No entanto, a obrigação indenizatória decorre da prática de ato ilícito, consumado ou tentado conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil, e não da existência do vínculo familiar. A origem da obrigação é o delito penal, e não o descumprimento de deveres conjugais. Com o desaparecimento da separação, a tentativa de morte e as sevícias, expostas no artigo 1.573, II e III do Código Civil, deixam de servir de fundamento para a dissolução do casamento, mas geram direitos indenizatórios a título de dano moral, sem a necessidade de comprovação de sequelas na pessoa da vítima.

Quanto a violação dos demais deveres do casamento, como adultério, abandono do lar, condenação criminal e conduta desonrosa, previstos no artigo 1.573, I, IV, V e VI do Código Civil, que servia de motivação para a ação de separação não gera por si só a obrigação indenizatória. Porém, inclina-se a doutrina a sustentar que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública comprometerem a reputação, a imagem e a dignidade do par, cabe a indenização por danos morais.

No entanto, é mister a comprovação dos elementos caracterizadores, quais sejam a culpa, o dano e nexos de causalidade, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia. Há uma controvérsia, difícil de ser vencida, sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito das famílias, uma vez que a resposta deve levar em conta, inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral.

3.3 RESPONSABILIDADE POR INFIDELIDADE CONJUGAL: DIFERENTES POSICIONAMENTOS

Tendo sido reconhecida a possibilidade aplicação dos regramentos da Responsabilidade Civil às relações conjugais e determinada a modalidade de reparação aplicável, passa-se a elencar as teorias doutrinárias que investigam a amplitude e os fundamentos da responsabilização por danos morais em decorrência, especificamente, da infidelidade conjugal.

A matéria não é pacífica e tem dividido a doutrina e a jurisprudência, de modo que, durante a investigação, será avaliado o conteúdo argumentativo de cada uma das teorias, a fim de que se possa firmar entendimento sobre aquela que mais se coaduna com os pressupostos da responsabilidade civil já consolidados no ordenamento nacional. Nesse sentido, de acordo com as lições de Cahali (2000), o dano moral consiste na diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem, afetando o seu patrimônio moral social (honra e reputação), o patrimônio moral afetivo (saúde) ou causando o dano moral puro (dor e tristeza).

Ao se admitir a possibilidade de indenização cível no âmbito da conjugalidade surgem, como decorrência, dois tipos de danos: aqueles advindos de fatos ocorridos no convívio entre os cônjuges pela infração aos deveres do casamento e aqueles decorrentes da própria dissolução conjugal, seja pela separação ou pelo divórcio (SANTOS, 2017).

O presente estudo volta-se, a possibilidade do reconhecimento de danos morais decorrentes do primeiro caso, uma vez que a fidelidade conjugal recíproca consiste precisamente em um dever expressamente previsto na seara familiar.

Outrossim, segundo os teóricos negativistas, muito embora a violação de alguns dos deveres conjugais (como o dever de respeito mútuo ou mesmo o dever de assistência) seja capaz de ensejar reparação civil, haveria uma impossibilidade absoluta de pleitear indenização por danos morais em decorrência da violação a fidelidade conjugal, haja vista que não existiria certeza jurídica quanto ao direito violado, ante a previsibilidade da infidelidade no casamento, como consequência da deterioração natural de uma relação.

Em outras palavras, os adeptos daquelas teorias sustentam que as relações conjugais são eivadas de risco, razão pela qual não deve prosperar qualquer perquirição de culpa pela eventual infração do dever de fidelidade conjugal. Ademais: “[...] não são os danos morais a resposta jurídica para qualquer dor humana, especialmente quando esta, além de tudo, é previsível no âmbito do afeto, que opera com falibilidades” (MATOS; OLIVEIRA, 2015, on-line).

Nesse mesmo sentido, Casabona (2009) entende que não se pode exigir fidelidade de um casamento em que não existe mais afeto e comunhão de vida, razão pela qual as frustrações e decepções advindas do término da relação amorosa compreenderiam riscos assumidos pelas partes, teoricamente não indenizáveis. Afinal, são os cônjuges os protagonistas de sua relação e de suas escolhas, não cabendo ao Estado interferir nelas para aplicar os regramentos da responsabilidade civil (PEREIRA, 2021).

O mesmo entendimento pode ser observado, inclusive, do julgamento da Apelação Cível nº 0011989-14.2011.8.19.0066, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2013:

INDENIZAÇÃO MORAL - VIOLAÇÃO DO PACTO DE FIDELIDADE MATRIMONIAL. I - A traição fere o dever de fidelidade imposto pelo casamento e acarreta, como efeito maior, o direito à ruptura desse vínculo. II- O casamento importa em relação afetiva onde, por vezes, a razão pode ceder à emoção. Desgaste advindo de um convívio que veio se deteriorando a acarretar a atração por terceiro, que redundou em discreto relacionamento amoroso. III- Ausência, no caso, de situação vexatória e humilhante, que dê ensejo à pretensão indenizatória. IV- Fato da vida que alguns denominam de risco próprio do vínculo afetivo corroído pelo tempo e pela ausência de carinho e presença de pouco caso. Máxima Rodriguiana: "perdoa-me por me traíres" V- Incabível o pedido de indenização moral formulado pelo Autor à sua ex-esposa, assim como aos demais réus, que não têm sequer o dever de zelar pelos deveres reciprocamente assumidos pelo casal, notadamente o de fidelidade, não podendo se responsabilizar pelo insucesso da união havida entre eles. VI Descabimento da indenização moral pleiteada pela ré-reconvinte, porque se foi atingida em sua honra, seu patrimônio ideal, tal se deu por sua própria culpa. VII- Recursos aos quais se nega provimento. (RIO DE JANEIRO, 2013).

Ademais, referem as teorias negativistas que a fragilidade de garantia dos direitos dos cônjuges na esfera familiar consiste no argumento fulcral para a negação da responsabilidade civil em decorrência da infidelidade conjugal, pelo que, os direitos pessoais familiares teriam garantia mais frágil do que aquela que cabe aos direitos de crédito, sob a justificativa da harmonia familiar (PINHEIRO, 2010).

Isso porque a imposição de cumprimento de deveres conjugais, como a fidelidade recíproca, iria de encontro à natureza da essência humana, pautada pelo afeto e pela felicidade. Assim, “[...] aprisionar o ser humano em seus sentimentos, fazendo-o observar deveres

Em adição aos argumentos levantados, os pleitos relativos a danos morais nos casos de infidelidade conjugal são muitas vezes julgados como improcedentes, sob o argumento de que os transtornos psicológicos que o conhecimento do adultério ocasiona ao cônjuge traído consubstanciam mero aborrecimento, incapaz de configurar dano moral indenizável. Observasse dos precedentes elencados em seguida:

EMENTA: AÇÃO DE DIVÓRCIO - PARTILHA - MEAÇÃO DE DÍVIDAS - IMPOSSIBILIDADE - SENTIMENTO DE TRAIÇÃO - DANO MORAL - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - INEXISTÊNCIA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO "IN SPECIE". - A infidelidade, por si só, não gera direito à indenização por danos morais. - As decepções e os aborrecimentos no restrito campo dos sentimentos não são suficientes para gerar indenização por abalo moral. - Não tendo o réu comprovado de forma segura a existência de dívida contraída na constância do casamento, inviável a pretensão de meação deste alegado passivo entre o casal" (MINAS GERAIS, 2014, on-line.).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – Indenização por danos morais – Infidelidade conjugal que – embora constitua descumprimento de um dos deveres do casamento, não constitui – por si só – ato ilícito apto a gerar abalo moral indenizável – Circunstâncias do caso concreto que não autorizam a condenação do réu – Sentença de improcedência mantida – Apelo desprovido. (SÃO PAULO, 2015, on-line)

Nesse mesmo sentido, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no ano de 2020, deu provimento parcial à Apelação Cível n. 0000114-37.2015.815.0351, para afastar a condenação por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) aplicada a uma mulher, baseada na acusação de suposta traição no relacionamento afetivo. O Juízo de piso havia sentenciado no sentido de condenar a mulher a indenização por danos morais em razão da infidelidade, pelo que, irressignada, a ré recorreu da decisão alegando, sobretudo, que a infidelidade no relacionamento não consistiria em situação capaz de legitimar a condenação por danos morais e, ainda, que as mensagens acostadas pelo autor para provar a traição sequer indicavam a data em que os fatos teriam ocorrido.

Segundo Carvalho Neto (2013), a violação dos deveres maritais gera duas modalidades de dano: os danos imediatos, advindos do mero descumprimento do dever conjugal; e os danos mediatos, causados pelo rompimento do vínculo conjugal. Destarte, é possível depreender daí que a mera constatação da infidelidade conjugal, para o autor, corresponde a ato ilícito indenizável. Nesse mesmo sentido, para Reis (2011) a simples violação do dever de fidelidade conjugal constitui causa imediata de lesão à dignidade e aos direitos da personalidade do cônjuge traído, fazendo gerar ato ilícito passível de reparação. Em suma, para os adeptos da teoria da ampla responsabilização, estando configurados o ato ilícito (desrespeito voluntário do dever conjugal de fidelidade recíproca), a culpa e o nexo causal, cabível será a responsabilidade civil nas relações de família. Ressalvam, dessa forma, a dispensabilidade da comprovação do dano moral suportado pelo cônjuge traído, dado o aspecto intrinsecamente subjetivo desse dano,

bastando que se verifique na realidade fática o desrespeito ao dever de fidelidade de que resulta a comprovação do dano moral de maneira objetiva – dano moral *in re ipsa* (SANTOS, 2017).

Em síntese, então, percebe-se que a infidelidade conjugal se configura como conduta ilícita, haja vista que representa a violação da norma jurídica prevista no art. 1.566, I, CC (BRASIL, 2002), além de representar conduta desleal que atenta contra a dignidade do cônjuge traído e contra a boa-fé que rege as relações jurídicas, caracterizando verdadeiro ilícito civil. É uma conduta ilícita que possui real potencial ofensivo de causar danos à honra objetiva (humilhação social) ou subjetiva (sofrimento pessoal) do consorte e, uma vez comprovados esses danos, devem ser reparados por meio de compensação pecuniária. Ressalta-se, todavia, a necessidade de se estabelecer, no caso concreto, a relação de causalidade entre o ato ilícito (infidelidade) e o dano suportado, para que se configure o dever de indenizar, bem como a comprovação da conduta voluntária e culposa do cônjuge traidor (PEREIRA, 2021).

Vejamos no Julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C ALIMENTOS C/C PEDIDO INDENIZATÓRIO. O PRESENTE CASO RESIDE EM DUAS DISCUSSÕES: 1) O CABIMENTO (OU NÃO) DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RAZÃO DA INFIDELIDADE CONJUGAL DO RÉU; 2) O ALEGADO DIREITO DA AUTORA AO RECEBIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA.

1) A VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL NÃO CARACTERIZA, POR SI SÓ, ATO ILÍCITO CAPAZ DE JUSTIFICAR EVENTUAL REPARAÇÃO POR DANO MORAL. É NECESSÁRIO QUE A CONDUTA DO CÔNJUGE INFIEL TENHA SIDO CAPAZ DE MACULAR A HONRA, A DIGNIDADE E A REPUTAÇÃO DO PARCEIRO PERANTE O MEIO SOCIAL EM QUE VIVEM, EXTRAPOLANDO A ESFERA DA INTIMIDADE DO CASAL.

2) REALIZADA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, AS TESTEMUNHAS CORROBORARAM A TESE AUTORAL DE QUE A INFIDELIDADE CONJUGAL EXTRAPOLOU O ÂMBITO DE INTIMIDADE DAS PARTES E PASSOU A SER UM CASO PÚBLICO, COMENTADO POR TODO O GRUPO SOCIAL NO QUAL O CASAL ESTAVA INSERIDO, TENDO EM VISTA QUE RESULTOU NO FECHAMENTO DE UMA IGREJA EVANGÉLICA, ALÉM DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO DA AMANTE.

3) MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANO MORAL ARBITRADA EM R\$15.000,00 (QUINZE MIL REAIS), EM RAZÃO DO INTENSO CONSTRANGIMENTO E DA GRANDE HUMILHAÇÃO SOFRIDA PELA DEMANDANTE, QUE CAUSARAM INQUESTIONÁVEIS DANOS PSÍQUICOS, CONFORME RECEITUÁRIOS MÉDICOS JUNTADOS AOS AUTOS.

4) NO TOCANTE AO PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA, A AUTORA POSSUI, ATUALMENTE, 67 (SESSENTA E SETE) ANOS, ENCONTRA-SE EM SÉRIO TRATAMENTO DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DO TRAUMA GERADO PELA RUPTURA ABRUPTA DA UNIÃO CONJUGAL E RECEBE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NO VALOR

EQUIVALENTE A 1 (UM) SALÁRIO-MÍNIMO, RAZÃO PELA QUAL REVELA-SE RAZOÁVEL A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS NO VALOR EQUIVALENTE A 10% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO RÉU, QUE É BOMBEIRO MILITAR REFORMADO.

5) PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR. ARTIGOS 1.694 E 1.695 DO CC/02. NATUREZA REBUS SIC STANDBUS DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. ART. 1.699 DO CC/02.

MANUTENÇÃO DO JULGADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0001594-51.2020.8.19.0064 - APELAÇÃO. Des(a). MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA - Julgamento: 23/03/2022 - QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Resta comprovado, que para que se gere o dever de indenizar, não basta somente a infidelidade conjugal de fato, essa infidelidade deve caracterizar algum prejuízo moral a vítima.

Desta forma em outra decisão do mesmo corrobora-se com o aludido:

CASAMENTO. SEPARAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE E INFIDELIDADE CONJUGAL. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÕES VEXATÓRIAS E ABALO EMOCIONAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

Sentença de improcedência. Apelo autoral.

Autora que não comprovou os fatos alegados.

Decretação de perda de prova, por ausência de arrolamento de testemunhas.

Não comprovação de situação de humilhação pública. Quebra dos deveres do casamento que não ensejam por si em dano moral indenizável.

RECURSO DESPROVIDO.

(0040646-17.2018.8.19.0002 - APELAÇÃO. Des(a). NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA - Julgamento: 24/02/2022 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

3.3 PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

É cediço que a infidelidade é capaz de gerar graves abalos psíquicos ao cônjuge traído, atrelados ao sentimento de frustração e de instabilidade emocional, de modo que o ressarcimento surge como medida capaz de restabelecer o equilíbrio comprometido pelo dano imaterial, através da estipulação de uma indenização em dinheiro (RIZZARDO, 2007). O arbitramento do quantum a ser pago a título de danos morais, no entanto, é objeto de discussões doutrinárias, sobretudo tendo em vista as dificuldades de estabelecimento de uma rigorosa avaliação do dano em pecúnia.

Assim, de acordo com Silva (2013, on-line), na apreciação de uma possível responsabilidade civil por violação da fidelidade conjugal, além dos parâmetros usualmente utilizados pelo magistrado para aferição dos danos morais, deve este apreciar, ainda, o modo

de vida de cada casal, para aferir a amplitude da interferência da infidelidade na plena comunhão de vida do casal. Com efeito, esclarece a autora que “[...] um mesmo comportamento pode representar a violação de um dever conjugal para determinado casal e não ter qualquer relevância para outro[...]”, de modo que cabe ao juiz avaliar o caso concreto para fixação do quantum indenizatório.

Ademais, enumera-se, ainda, como fatores determinantes no estabelecimento do montante reparatório dos danos morais o grau de culpa do agente, a gravidade da falta por ele cometida, a intensidade do sofrimento da vítima, a extensão e repercussão da ofensa, a situação patrimonial das partes e a eventual vantagem do lesante com relação à prática do ato ilícito. Tendo em vista esses fatores, ressalta-se o posicionamento de Rizzardo (2006), para quem a quantificação do dano deve olvidar-se da posição social dos indivíduos, de modo que a sua capacidade econômica não seria capaz de interferir na fixação de danos morais decorrentes da infidelidade. Carvalho Neto (2013), por sua vez, entende que a fixação dos danos não deve se basear nas possibilidades econômicas das partes, mas sim na reparação integral dos prejuízos causados ao cônjuge aviltado. De igual modo entende Reis:

Assim, é nessa esfera em que se operam as indenizações marcadas por lesões que repercutem profundamente na intimidade dos cônjuges. O que justifica essa realidade é a magnitude da dignidade da pessoa humana presente na sociedade conjugal, e por essa razão, os valores relativos ao quantum indenizatório devem corresponder a essa situação, caso contrário, estar-se-ão possibilitando novas situações ofensivas no plano da instituição familiar. (Reis, 2006, p. 228)

O deferimento de quantias irrisórias, então, nos casos de constatação de danos morais em decorrência da infidelidade conjugal importa na inobservância das funções fundamentais que assume a responsabilidade civil no ordenamento jurídico nacional. De acordo com Almeida (2019, p. 180), são elas: a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação do enriquecimento injustificado do lesado (função indenitória) 47; c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora). Com razão, leciona Cahali (2000, p. 175) que “[...] a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir [...]”, sobrevivendo nova função: a de prevenir futuras condutas ilícitas, cujo caráter é eminentemente pedagógico.

Ao final, percebe-se que a matéria não é pacífica, restando assentado, no entanto, que a análise da quantificação do dano moral deve ser casuística, haja visto que depende necessariamente da observância de diversas circunstâncias fáticas para alcançar a fixação da

indenização adequada ao caso concreto, amenizando o prejuízo moral do cônjuge traído, com base no princípio da reparação integral de danos, evitando-se o seu enriquecimento ilícito e garantindo, ao final, a repreensão pedagógica em relação ao ilícito cometido.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo foi possível observar que ao ser apresentando os direitos e deveres dos cônjuges, quando quebrados poderá resultar no dever de reparar o dano causado ao cônjuge, especialmente nos casos em que resta comprovado o abalo moral em decorrência da infidelidade conjugal.

Destarte, nota-se que a responsabilidade civil aplicada ao direito de família, de um modo geral, encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, em face da notável preocupação, desde o advento constitucional em 1988, com o respeito a dignidade da pessoa humana, imputando-se o dever de pronta responsabilização para aqueles que ofendem esse valor jurídico. Assim, salienta-se que a admissão da responsabilidade pelos efeitos causados pela infidelidade conjugal tem como escopo tutelar a dignidade e a integridade dos nubentes na vigência do casamento.

A partir desse entendimento, notou-se a compatibilidade existente entre o regramento da responsabilidade civil e as relações conjugais, considerando que a cláusula geral da reparação do dano mostrou-se plenamente aplicável as relações afetivo-conjugais, carecendo assim de reparação civil quando qualquer lesão de direitos trouxer prejuízos de ordem extrapatrimonial a uma das partes.

No entanto, pode-se observar que ao exigir que a culpa do nubente infiel no caso concreto exceda os limites da normalidade e traga danos excepcionais ao cônjuge traído, normalmente publicizados e terceiros, resultante do abalo psíquico e da autoestima da vítima, necessitando assim de reparação, embora o dano moral não possa ser de fato quantificado.

Outrossim, feitas essas considerações acerca da plena indenizabilidade dos danos morais decorrentes da infidelidade conjugal, constatou-se, ainda, mediante a análise dos possíveis sujeitos passivos nas correlatas ações indenizatórias, que não se pode excluir o terceiro cúmplice (ou amante) do dever de reparação, tendo em vista que este é capaz de causar danos diretos ao cônjuge traído, pelos quais se obriga solidariamente a repará-los.

Destarte, reconhecendo-se que as conclusões firmadas não esgotam todo o estudo da matéria ventilada, apresenta-se sugestões para o desdobramento da pesquisa, sobretudo, no que tange a propositura de uma análise comparativa dos ordenamentos jurídicos alienígenas, buscando investigar o tratamento jurídico dado para a infidelidade no direito estrangeiro, para fins de melhor adequar a solução jurídica proposta neste estudo. Considerando, portanto, todas as ponderações realizadas no decorrer do presente estudo, conclui-se que a admissão da

responsabilidade civil na hipótese de infidelidade no casamento é medida que se impõe no direito brasileiro, sendo indispensável para assegurar a tutela da dignidade humana e da integridade psíquica dos consortes, nos moldes assegurados pelo Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino. **Prática no direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ASPIRI, Jorge O. **Régimen de bienes en el matrimonio**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

CAHALI, Francisco José. **Sucessão decorrente do casamento e da união estável**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARUSO, Maria Regina Fernandes. **Casamento e separação: o desenvolvimento emocional necessário**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3 ed. São Paulo. Saraiva. 2016

DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 14. ecl. rev., atual. e ampl. -- Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Talita Rodrigues et al. O erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas**, São Paulo: Saraiva, 2019

LOBO, Paulo. **Direito Civil Volume 5-Famílias**. Saraiva Educação SA, 2021. Ebook

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Túlio Max Freire. **Doutrinas Essenciais do Dano Moral: dano moral por violação ao dever conjugal de fidelidade recíproca: alarde na judicialização de relações sentimentais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Ana Gabriela da Silva. **O casamento na implantação do Registro Civil Brasileiro (1874- 1916)**. In: I Encontro de Pós-Graduandos da Sociedade Brasileira de Estudos do Oitocentos, 2016. Anais...Encontro de Pós-Graduandos da Sociedade Brasileira de Estudos do Oitocentos, 2016.

SOARES, Francisco José Passos; SHIMIZU, Helena Eri; GARRAFA, Volnei. Código de Ética Médica brasileiro: limites deontológicos e bioéticos. **Revista Bioética**, v. 25, 2017.

TARTUCE, Flávio **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2 / Flávio Tartuce**. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

TJRJ. **APELAÇÃO. 0001594-51.2020.8.19.0064**. Julgamento: 23/03/2022. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>. Acesso em 06 de nov. 2022.

TJRJ. **APELAÇÃO. 0040646-17.2018.8.19.0002**. Julgamento: 24/02/2022. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>. Acesso em 06 de nov. 2022.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Eduarda Tofoli Castelli

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31892566, período noturno, turma T, tendo realizado o TCC com o título: sob a orientação do(a) Professor(a) Dr. Orlando Bortolai Junior

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

Eduarda TC

Assinatura do discente