

ANÁLISE DA EVENTUAL RESPONSABILIDADE DO CÔNJUGE INFIEL PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES MATRIMONIAIS

Gabriel Pinto de Sousa¹

Orientador: Prof. Dr. Vinicius Pinheiro Marques²

RESUMO

O estudo possui o objetivo geral de analisar a responsabilidade do cônjuge infiel em caso de descumprimento dos deveres conjugais previstos no Código Civil Brasileiro de 2002. A problemática da pesquisa que é averiguar a possibilidade de Reparação Civil (apenas em sede de danos morais) ao cônjuge traído. *A priori*, se abordará as noções introdutórias do instituto que envolve a entidade familiar. No capítulo posterior se discorre sobre a responsabilidade no âmbito do direito civil. E por fim, no último capítulo acerca do descumprimento das obrigações matrimoniais pelo cônjuge infiel e possibilidade de indenização. A abordagem do trabalho é com o uso do método indutivo-dedutivo, sendo realizada pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos e sites jurídicos. Além disso, busca-se uma análise profunda dos julgados envolvendo a questão. Conclui-se que a violação de umas das obrigações do casamento, no caso em foco, a fidelidade recíproca não acarreta o dever de indenizar, deve haver alguma afetação ao Ânimo psíquico do indivíduo (do cônjuge traído).

Palavras-Chaves: Cônjuge Infiel; Deveres Conjugais; Entidade Familiar; Indenização.

ABSTRACT

The study has the general objective of analyzing the responsibility of the unfaithful spouse in case of breach of the conjugal duties provided for in the Brazilian Civil Code of 2002. The research problem is to ascertain the possibility of Civil Reparation (only in the case of moral damages) to the spouse betrayed. *A priori*, the introductory notions of the institute that involves the family entity will be addressed. The following chapter discusses liability under civil law. And finally, in the last chapter about the non-fulfillment of marriage obligations by the unfaithful spouse and the possibility of indemnity. The approach of the work is with the use of the inductive-deductive method, being carried out bibliographic research, through doctrines, articles and legal websites. In addition, an in-depth analysis of the judgments involving the issue is sought. It is concluded that the violation of one of the obligations of the marriage, in the case in focus, the reciprocal fidelity does not entail the duty to indemnify, there must be some affect on the individual's psychic mood (of the betrayed spouse).

Key- Words: Unfaithful Spouse; Conjugal Duties; Family Entity; Indemnity.

INTRODUÇÃO

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas. E-mail: sousa9379@gmail.com

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito do centro Universitário Luterano de Palmas. E-mail: vinicius.marques@ulbra.br

A família possui sua origem estritamente interligada aos primórdios da sociedade, levando em consideração, que as transformações ocorridas no decorrer dos anos contribuíram significativamente para a efetivação de direitos e garantias no contexto atual. O casamento é pilar do direito de família, sua importância abrange desde as formalidades legais, deveres recíprocos entre os cônjuges (que caso violados poderão ensejar dano moral), e também a assistência aos filhos.

A existência de deveres na relação conjugal, impõe que os cônjuges estejam em patamar de igualdade perante o convívio social, mas isso geralmente não ocorre, já que devido a preceitos patriarcais a sociedade sempre acredita na integridade masculina e seu dever para com a família. Dentre essas obrigações conjugais listadas no bojo da lei civil, cita-se a fidelidade recíproca (que será objeto de estudo do trabalho, pois a jurisprudência apenas se atenta para a responsabilidade em caso de infidelidade), prevista no artigo 1.566 do Código Civil. Logo, sendo a mesma exigida por lei, e podendo ser considerada como a mais importante das obrigações conjugais.

Em decorrência do dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico. E o Princípio da Monogamia introduz o costume de que é permitido moralmente tanto o homem como a mulher a ter apenas um cônjuge, e enquanto estiverem sobre a constância de um matrimônio, a poligamia torna-se inviável, mesmo tendo alguns casos excepcionais de ocorrência. Nesse contexto, infere-se a problemática da pesquisa: É possível a Reparação Civil (apenas em sede de danos morais) ao cônjuge traído? Caso o mesmo descumpra um dos deveres matrimoniais.

O objetivo geral de analisar a responsabilidade do cônjuge infiel em caso de descumprimento dos deveres conjugais previstos no Código Civil. A abordagem do trabalho é com o uso do método dedutivo, sendo feita pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos e sites jurídicos. Além disso, busca-se uma análise profunda dos julgados envolvendo a questão.

Inicialmente, se abordará as noções introdutórias do instituto que envolve a entidade família. Em seguida, no capítulo posterior se discorre sobre a responsabilidade no âmbito do direito civil. E por fim, no último capítulo acerca do descumprimento das obrigações matrimoniais pelo cônjuge infiel e possibilidade de indenização.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DA ENTIDADE FAMILIAR

A primeira espécie reconhecida mundialmente pelo Estado e Igreja é o casamento ou matrimônio formada pelo homem e mulher, excluindo-se todas outras formas de constituição de família.

Conforme Loureiro (2020) no Brasil, em decorrência da colonização, igreja católica sempre teve influência na sociedade, par tanto a Carta Magna de 1824, previa como a religião oficial a católica apostólica romana.

Depois da proclamação da República, por intermédio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, foi regulamentado o casamento civil no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o Código Civil de 1916 continuou a estabelecer o casamento civil como sendo a única forma de constituição da família legítima brasileira. (SIQUEIRA, 2010)

Nesse sentido, Dias (2015, p. 136) presume que o matrimônio tem vários preceitos:

Apesar das mudanças, são enormes as exigências à celebração do casamento, de pouco ou quase nada valendo a vontade dos nubentes. Cláusulas, condições, regras e até algumas posturas são prévia e unilateralmente estabelecidas por lei. Os direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até depois de sua dissolução pelo divórcio e até pela morte. Até se poderia chamar o casamento de verdadeiro contrato de adesão. O alcance da expressão “sim” significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges.

O matrimônio é o alicerce mais antigo da família, dando suporte para o surgimento de outros tipos. Até então era a única união aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mas, a partir da Constituição de 1988 (em seu artigo 226, § 3º) passou-se a considerar como entidade familiar a união estável. Além do casamento entre homem e mulher, existem diversas modalidades de relações familiares protegidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002 que serão detalhadas a seguir.

De acordo com Oliveira Filho (2011, p. 91) a “Constituição Federal de 1988 consolidou as mudanças no que tange as famílias, ratificando a evolução social. Infere-se que o direito tutelou a realidade fática da sociedade”.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 38): “a família é sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as suas maiores angústias, frustrações, traumas e medos”.

Assim, é bastante notória a relevância da família para a sociedade, que pode ser comparada a viga mestra na construção civil, ou seja, é de suma relevância para o Estado, em todos os seus âmbitos, devendo, utilizando a rede e estabelecer políticas públicas que visem

fortalecer os integrantes desse instituto. O casamento é o pilar da família brasileira, sendo assim uma instituição a qual os cônjuges possuem deveres para com o outro.

Além disso, encontra-se prevista no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Dias (2016, p. 246) define união estável “com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par”.

Para Diniz (2017, p. 396) a união estável “perde o status de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com a união livre, pois nestas duas pessoas de sexos diferentes”. Além de não optarem pelo casamento, não tem interesse de constituir família, visto que, tão somente, assumiram “relação aberta” ante a inexistência de compromisso.

Para a autora, o fator determinante para a formação da união estável se dá pelo convívio dos companheiros diante da sociedade, lembrando ainda que, no caso de união estável não existem as causas de impedimento, salvo se as partes manifestarem a vontade de celebrar o casamento.

Após a morte do apresentador Gugu Liberato, a viúva Rose Miriam tem travado uma briga judicial sobre a herança, reivindicando o reconhecimento da união estável. Todavia, em meio a essa polêmica emerge o chamado contrato de namoro. Segundo Teixeira (2020, p. 34) o contrato de namoro “seria nulo e não produziria nenhum efeito no campo prático. Mas não existe nenhuma proibição na lei para celebração de tal contrato”.

Com a Magna Carta de 1988 as uniões informais deixaram de ser consideradas como sendo concubinato. Dando seguimento, mesmo sendo conhecida como uma espécie de união estável, fasear-se-á necessário estudar a união homoafetiva composta pela relação entre duas pessoas do mesmo sexo.

Durante um longo período, os homossexuais foram injustiçados pela legislação, em razão do fato de não terem os mesmos direitos matrimoniais que as pessoas heterossexuais. Somente em 05 de maio de 2011 ocorreu a alteração no artigo 1.723 do Código Civil de 2002.

O Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, pautando no princípio da dignidade da pessoa humana passou a prevê a união entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, destaca-se a decisão do STF:

Obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. (STF - ADPF 178, Relator (a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 08/07/2009, publicado em DJe-146 DIVULG 04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009, p. 185-186)

A decisão do STF, é marco histórico no Brasil no qual a união entre pessoas do mesmo sexo passou a ser equiparada com a união estável entre o homem e a mulher.

O reconhecimento da união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo no Tribunais pátrios equiparando o Brasil com o contexto internacional que institui a décadas a referida permissão de matrimônio para pessoas do mesmo sexo.

Venosa (2017, p. 233) entende “que refuta a possibilidade de reconhecimento da família homoafetiva como entidade familiar, sendo apenas possível o reconhecimento de reflexos patrimoniais”.

Dias (2016, p. 34) em sentido contrário, “obtempera que nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétreia”.

Por fim, a união poliafetiva que é a simultaneidade de duas ou mais relações amorosas paralelas. Os indivíduos que fazem parte dessa relação possuem total conhecimento dos vínculos afetivos existentes e aceitam uns aos outros.

Em junho de 2018 o Conselho Nacional de Justiça, mais especificamente o Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sessão nº 272 proferiu decisão que proíbe a realização de uniões poliafetivas em todos os cartórios brasileiros.

A doutrina brasileira em sua grande maioria, vem de certa maneira, discriminando a existência de mais de um laço familiar (simultâneo), como não existe uma normativa jurídica a respeito, no entanto, existem posicionamentos favoráveis, que entendem essas famílias sejam formadas com base no afeto.

Segundo Pianovski (2014, p. 502) a doutrina contemporânea já vem consolidando o entendimento de que bastam, para a configuração familiar, “os requisitos de ostentabilidade, estabilidade e afetividade, requisitos estes que podem estar inteiramente presentes na relação simultânea, o que dispensaria outros, a exemplo da mencionada boa-fé ou mesmo a ideia cronológica”.

Afirma Dias (2015, p. 282) “quando preenchidos os requisitos da união estável, ostentabilidade, publicidade e durabilidade e comprovada a boa-fé de um dos parceiros, invoca-se a analogia ao casamento putativo”.

Venosa (2017) apresenta hipóteses que expõem de forma clara o problema. De acordo com o autor, que traz um argumento favorável ao reconhecimento da existência de famílias simultâneas, não há como negar a existência de uma grande demanda de uniões sem casamentos civis no Brasil.

A união poliafetiva é decorrente da união estável, constituindo como a possibilidade de amar mais de uma pessoa, relacionar-se com mais de uma pessoa ao mesmo tempo, seja ela heterossexual ou homossexual.

Aliado a família matrimonial (composta pelos vínculos matrimoniais e monogâmicos), existem na atualidade diversas famílias formadas fora do matrimônio, quais sejam: a união estável, concubinato, união homoafetiva, e união poliafetiva.

Direcionando o enfoque para o objetivo do estudo, a abordagem da evolução da responsabilidade civil também é premissa que merece ser compreendida. Gonçalves (2019, p. 114) na origem da civilização os preceitos responsabilização, não detinham regras, nem limitações, afinal não imperava, ainda, o direito. “Dominava, então a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal”. Veja-se um trecho do que expõe Diniz (2017, p. 155):

Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Na lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério na tabula VII, lei 11ª: “si membrum rupsit, ni cume o pacit, tálío esto” (Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo). A responsabilidade objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Na visão da autora, a evolução da responsabilidade civil é pluridimensional, pois ocorreu tanto na história, nos fundamentos, na extensão, na incidência e na profundidade ou densidade.

O novo Código Civil, embora mantendo a sua estrutura, tratada responsabilidade civil com maior profundidade (artigo 97 e seguintes), acrescentando a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral, conforme a Constituição Federal de 1988. Assim, não trata a matéria de forma ordenada, pois traça fundamentos da responsabilidade contratual e, posteriormente, por vários dispositivos retoma o assunto (VENOSA, 2017, p. 11).

Após a promulgação da Constituição de 1988 trazendo na parte de direitos e garantias fundamentais, houve a responsabilidade de indenização aquele que sentir sua honra ofendida, além de outros princípios que afetariam as relações civis do país. No início de 1990, pouco depois da entrada em vigor da nova Constituição, o Governo Federal encaminhou projeto de lei ao Congresso para revogação expressa de vários dispositivos do Código Civil (GONÇALVES, 2019).

A preocupação na época em tratar o tema responsabilidade de maneira mais abrangente e evoluir a legislação, mas isso apenas viria a acontecer efetivamente com a instituição do Código Civil de 2002.

Tem-se que no Direito brasileiro os primeiros dispositivos sobre responsabilidade Civil remontam ao Código Civil de 1916, em alguns artigos e no Título VII: Das obrigações por atos ilícitos.

O legislador de 1916 consagrou apenas alguns dispositivos na Parte Especial sobre regra geral a lei aquiliana, sem muita ordem e nem disposição. A evolução da responsabilidade civil acompanha os primórdios da civilização, por isso deve ser mencionada e compreendida.

2. A RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

A noção de responsabilidade vem do direito romano, o vocábulo responsabilidade vem do verbo latim *respondere*, de *spondeo*, significando garantir, responder por alguém, prometer. No ramo do Direito, a responsabilidade é uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico que sucede a ocorrência de um fato jurídico. O ordenamento ao estabelecer regras de convívio social, impõe limites objetivos à liberdade individual, punindo todo aquele que cause lesão aos interesses jurídicos tutelados.

A responsabilidade civil possui significado específico refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, conseqüentemente causando dano material ou

moral a ser reparado (NADER, 2009, p. 6). Responsabilidade Civil, conforme a definição jurídica de Silva (2008, p. 62) é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que conseqüentemente lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para também 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, com isso há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Complementa o autor que no direito atual, a tendência é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial. Segundo Soares (2019) a palavra “responsabilidade” deriva do latim *respondere*, contudo a sua raiz está na palavra *spondeo*, que também é de origem latina. *Respondere* indica o fato de alguém ter se constituído garantidor de alguma coisa. Já *spondeo* tem sua origem do Direito Romano e era conhecido como o devedor nos contratos verbais. Apesar desses significados, existe grande dificuldade por parte da doutrina em conceituar a responsabilidade civil.

O indivíduo que sofre um dano causado por outrem, surge o dever de indenização por parte dessa pessoa, de modo a amenizar os efeitos causados pela lesão a outrem. Segundo Diniz (2017, p.32) a responsabilidade civil “é aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”. Na visão da autora, a reparação do dano pode vir tanto de um ato que infrinja as regras necessárias de convivência social e cause lesão aos interesses jurídicos da vítima, como atropelar alguém ou danificar um objeto de terceiros, como também no descumprimento de uma obrigação imposta por norma contratual.

Enquadra-se nesse tipo aquele que dolosa ou culposamente causa prejuízo a outro, aquele que descumpre obrigação contratual, entre outros. A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, subornando-se dessa forma, às conseqüências do seu ato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018). Venosa (2016, p. 113) afirma que:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Levando em consideração que a Constituição Federal de 1988 garante direitos e deveres relacionado com o direito de reparação civil plena de danos causados de forma injusta, é dever do Poder Público colocar em prática essas normas.

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado. (CAVALIERI FILHO, 2010).

A responsabilização civil é, pois, o instituto da reparação do dano, através do qual se visa restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano injusto, visando, em outras palavras, restituir o prejudicado ao *statu quo ante*. O prejuízo deve ser indenizado por quem o causou, restabelecendo a pacificação na sociedade (MENDONÇA, 2019).

É imprescindível a transgressão do dever originário, bem como do dano efetivo, em sede de responsabilidade civil, para caracterização da obrigação sucessiva de indenizar, malgrado algumas exceções. Apesar da responsabilidade civil ser um instituto do direito obrigacional, diferencia-se da obrigação por ser um dever sucessivo que nasce 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, por enquanto que a obrigação é um dever jurídico originário (MENDONÇA, 2019).

Desta forma, entende Gonçalves (2019, p. 24), “toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa dano a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”. Funciona ainda como um conjunto de normas com o objetivo de prevenir, reparar ou compensar um dano causado a outrem em razão de conduta própria ou conduta praticada por terceiro. “É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado” (BITTAR, 1994, p. 561 *apud* SANTOS, 2012, p. 45).

Como consequência, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para reparar o dano decorrente da transgressão de um dever jurídico originário, e consequentemente de um dano, assim, o responsável deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação a direito de outra pessoa. Diante de tais considerações, pode definir que a responsabilidade civil, resume-se na obrigatoriedade de indenizar pelo agente causador do dano que precisa ressarcir os prejuízos causados a outrem.

Apenas existirá o dever de indenizar a vítima de ato ilícito quando alguns pressupostos forem admitidos. Alguns doutrinadores dividem em quatro: da conduta do agente, da culpa, do dano e do nexo de causalidade.

A conduta deverá ser voluntária, controlável pela vontade. Acerca da voluntariedade, cabe transcrever os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 74):

A voluntariedade, que é a pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

A conduta é o que ensejará no nível de responsabilização do agente causador do dano a outra pessoa, além disso, menciona que o ato praticado pelo indivíduo pode ser voluntário ou involuntário tudo vai depender da análise no caso concreto. O núcleo da conduta é a voluntariedade, que se concretiza na liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento para ter consciência daquilo que faz. Desta forma, ato voluntário significa, pois, comportamento controlável ou dominável pela vontade. (WALD; GIANCOLI, 2011).

Entende Diniz (2017, p. 56) que a conduta, pressuposto da responsabilidade civil “vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.

A ação é a forma mais comum de exteriorização de conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar seus semelhantes (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 48). A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda danos causados por coisas e animais que lhe pertençam (GONÇALVES, 2019, p. 26).

A conduta envolve a ação de um agente acarretando prejuízo a outrem e com isso surge o dever de reparar. Caso seja realizada por um ato involuntário não é algo indenizável, pois há tipicidade do ato.

A culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar, e não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever (VENOSA, 2016, p. 25).

Para o direito, essa culpa pode ter três graus: grave, leve e levíssima. Para Roberto Gonçalves (2019, p. 61–62) “a culpa grave é a falta imprópria ao comum do homem, é a modalidade que mais se avizinha do dolo; a culpa leve é a falta inevitável com a atenção ordinária; e culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária”. Aponta o autor que, no entanto, há possibilidade de responsabilização sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

É classificada quanto à modalidade e o fato ocorrer por negligência, imprudência e imperícia. Para Venosa (2017, p. 30) a negligência é quando o agente não age com atenção devida em determinada conduta; a imprudência é quando o agente é intrépido, açodado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais; já a imperícia é quando o agente demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade.

Em consequência, o ato poderá ser lícito ou ilícito. A “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco”. (DINIZ, 2017, p. 56). Alguns doutrinadores baseiam-se na culpa, outros no dever de reparar o dano derivado de fato em que é a pessoa é autor direto ou indireto e existem os que ainda baseiam-se na obrigação de reparar alguém por um dano causado por fato seu ou dependentes. Para Venosa (2013) o dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico.

Já para ilustre doutrinadora Diniz (2017, p. 58):

O dano é um pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde não há que reparar.

Além do Código Civil, o artigo 5º da Constituição Federal traz no inciso X que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Somente haverá responsabilidade civil se houver um dano a ser reparado. Diniz (2017, p. 45) ressalta que para que haja dano indenizável, será imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos:

a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) causalidade, já que deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado, ou seja, o dano não pode já ter sido reparado pelo responsável; e) legitimidade: para

que possa pleitear a reparação a vítima precisa ser titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, porque podem ocorrer danos que não resultem dever ressarcitório, como os causados por caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima etc.

Na realidade, pode-se entender diante do vislumbrado que a responsabilidade civil sempre esteve atrelada a existência de um dano, segundo o supracitado autor, apenas haverá o dever de reparar se existir o dano.

No ensinamento de Venosa (2017, p. 47) dano moral “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano”.

Para Cavalieri Filho (2010, p. 77-78) o dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”.

O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido (GONÇALVES, 2019, p. 62). Em contraponto ao dano material a doutrina tradicionalmente aponta o dano moral. Para Bittar (1994, p. 31), os danos morais: “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.

Facchini Neto (2010) ressalta que o mais correto cientificamente é utilizar a expressão dano extrapatrimonial, do qual o dano moral é apenas uma espécie, ao lado do qual existem outras, como o dano estético. Evidencia-se que o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, em outras palavras também envolve os direitos intrínsecos a pessoa desde sua concepção, em outras palavras envolve direitos fundamentais.

Acerca do nexos de causalidade, entende Gonçalves (2012, p. 62) como “relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente”.

Assim, determinam-se as excludentes de nexos causal, ensina Venosa (2016, p. 39): o caso fortuito e a força maior são excludentes do nexos causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso. Ainda completa o autor se é o dano ocorrer

por culpa exclusiva da vítima, também não aflora o dever de indenizar, porque se rompe o nexo causal.

O pressuposto nexo de causalidade pode considerado por muitos talvez o requisito mais complexo. Analisa-se a conduta causadora do evento danoso excluindo-se as demais, através do método indutivo, elegendo qual causa é a mais adequada, a que teve maior relevância para produzir o dano. Ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 48).

Segundo Venosa (2016, p. 39), nexo causal:

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Não há que se falar em responsabilidade civil sem existir relação de causalidade entre o dano e a conduta que o provocou. O nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano sofrido pela vítima demonstra que o ofensor somente será responsabilizado pelo dano causado se a sua conduta realmente for a causa da lesão sofrida. Para que se possa falar em responsabilidade civil, existindo dever de indenizar tem que haver prática de uma conduta que nasce com um dano e para que isso ocorra há um nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Tem-se que a responsabilidade civil pode ser classificada em diferentes espécies, dependendo da perspectiva a ser analisada, quanto ao fato gerador, quanto ao fundamento e quanto ao agente.

Do fato gerador, segundo a professora Diniz (2017, p. 120):

Quanto ao seu fato gerador, hipótese em que se terá a) responsabilidade contratual, se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou de mora no cumprimento de qualquer obrigação. [...] b) responsabilidade extracontratual ou aquiliana, se resultante do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (CC, art. 927), visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual.

A responsabilidade contratual está configurada quando se preexiste um vínculo obrigacional, sendo o dever de indenizar consequência do inadimplemento, de acordo com Cavalieri Filho (2012, p. 38).

E se fundamentaria pelos artigos 186 c/c 927 do Código Civil. Logo, a responsabilidade extracontratual é decorrente de um mandamento legal (oriundo de um contrato), por força da atuação ilícita do agente infrator, assim como da ordem pública, mas sempre ligada a violação de um dever jurídico preexistente. (BRASIL, 2002)

Já o fundamento da responsabilidade civil, pode ser dividido em subjetivo e objetivo, conforme ensina Diniz (2017) a subjetiva se fundamenta na culpa ou dolo, ocasionada por uma ação ou ainda uma omissão praticada pelo o agente, conforme os artigos 186, 187 e 927, *caput*, do código civil.

A responsabilidade civil pode ser dividida ainda quanto ao agente, em direta ou indireta (DINIZ, 2017). A responsabilidade civil direta é a regra, sendo suportada pelo agente causador do dano, no fato próprio.

No entanto, a responsabilidade civil indireta decorre de terceiro, a quem o responsável está ligado, por um dever de guarda, vigilância e cuidado. (CAVALIERI FILHO, 2012)

Então, cabe ao agente lesado buscar a reparação com o responsável legal. Conquanto, o instituto da responsabilidade civil está em constante mudança é necessário com isso analisar a nuances de dos casos na prática.

A responsabilidade civil é instituto do direito civil que aborda sobre a reparação do dano, com a finalidade de restituir a pessoa que foi prejudicada com a conduta praticada pelo agente, ou seja, trata-se de obrigação de surge em decorrência de uma conduta (um dano). Ademais, para configuração da responsabilidade é necessário que estejam presentes algum dos requisitos caracterizadores do ato, quais sejam: a conduta, o dano, a culpa, e nexo de causalidade.

3. O DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES MATRIMONIAIS PELO CÔNJUGE INFIEL E POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO

O casamento produz efeitos jurídicos, resultando impactos também na sociedade, pois a união matrimonial além de envolver duas pessoas, engloba a formação de uma entidade familiar que é tutelada pelo Estado. No momento em que se contrai matrimônio o casal, passa a ter direitos e deveres recíprocos um para com o outro.

As obrigações matrimônias estão dispostas no artigo. 1.566 inciso I do Código Civil de 2002:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

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

A primeira obrigação é a fidelidade recíproca no casamento e na união estável. Vale ressaltar que embora o dever de fidelidade não esteja previsto expressamente para a união estável, na Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 3º, “há equiparação desse instituto ao casamento, encaixando o dever de fidelidade ou lealdade”.

Conforme Diniz (2017), a fidelidade conjugal é exigida por lei, por ser o mais importante dos deveres conjugais. O dever moral e jurídico de *fidelidade mútua* decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.

Venosa (2017, p. 45) obtempera que a “fidelidade recíproca é corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo”. A fidelidade recíproca possui características sociais, morais e conseqüentemente normativas, pois no contexto atual funciona como tradição histórica da sociedade. Devendo ser praticada pelos cônjuges dia a dia, presando sempre pelo o disposto na Carta Magna de 1988 e no Código Civil.

A vida em comum no domicílio conjugal é dever imposto no inciso II do artigo 1.566 do Código Civil de 2002, entende-se pela convivência na mesma residência. Afinal quem se casa tem como interesse morar na mesma casa, viver em comunhão.

Contudo, pondera Lobô (2011, p. 124) que o instituto “encontra-se relativizado e a escolha dos cônjuges de viverem em domicílios separados por convivência pessoa afeiçoa-se ao princípio constitucional da liberdade”. Gomez (1998, p. 45) compreende que coabitação se trata de:

A coabitação representa mais do que a simples convivência sob o mesmo teto. É, sobretudo, *o juris in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*. Não só convivência, mas união carnal. O *jus in corpus* de cada cônjuge sobre o outro implica, no lado passivo, o “débito conjugal” que tem de ser cumprido para que a sociedade conjugal se mantenha íntegra.

Conforme o autor supradestacado, tanto a doutrina como a jurisprudência distinguem, no dever de coabitação dois aspectos fundamentais: o imperativo de viverem juntos os consortes, e o de prestarem mutuamente o débito conjugal, entendendo este como o direito-dever do marido e da mulher de realizarem entre si o ato sexual.

A mútua assistência está entre os deveres conjugais, relacionado ao cuidado para com o outro dentro da relação amorosa. Segundo Venosa (2017, p. 156) é “derivada da união material e espiritual, consubstancia-se a comunhão de vidas nas alegrias e nas adversidades”. É um dever que o casamento gera e que não se refere apenas ao fornecimento de materiais e alimentos.

Assim, a mútua assistência reflete tanto aspectos pessoais quanto patrimoniais, de modo que um cônjuge deve apoiar o outro em sua rotina e problemas, bem como responsabilizar-se solidariamente com as despesas familiares ou com a economia doméstica. Também engloba alguns deveres implícitos, como o de sinceridade, zelo pela honra do outro, e dignidade do cônjuge e da família, de acatar a liberdade eletrônica e de comunicação telefônica e privacidade do outro. (STUCHI, 2019)

Diniz (2017, p. 145), diz que na apreciação desses deveres, “diante da amplitude da formula legal, deve se levar em conta também as condições e ambiente de vida do casal, e claro, a educação dos consortes e circunstâncias de cada caso”. O rompimento do dever de mutua assistência rompe com a infidelidade, em razão da separação de corpos, posteriormente com a separação judicial e o divórcio.

Em seguida, há o sustento, guarda e educação dos filhos, trata-se não apenas de deveres entre os cônjuges, mas também de deveres entre pais e filhos em razão do poder familiar da paternidade responsável.

O sustento e guarda dos filhos é aspecto fundamental do casamento. Incumbe a ambos os pais o sustento material e moral dos filhos, tendo, estes, todo o apoio dos seus ascendentes. (VENOSA, 2017, p. 156)

O respeito e considerações mútuas, quando ausentes, periclitam a convivência conjugal. Na apreciação desses aspectos, devem ser levados em conta as circunstâncias, as condições e o ambiente em que vive o casal. Dentro da igualdade conjugal não há de se admitir, que qualquer um dos cônjuges incorra em violação dos direitos de personalidade ou de direitos individuais. (VENOSA, 2017)

Farias e Rosenvald (2012, p. 297) destacam que “a compreensão do respeito recíproco entre os cônjuges deve ser compreendida na complexidade social e na confiança estabelecida entre o casal, possibilitando uma perspectiva bem mais ampla do que apenas a visão sexual”.

O respeito e consideração são requisitos que precisam necessariamente estar presentes no lar do casal e também fora dele, os cônjuges devem evitar ao máximo ofensas, insultos a imagem do outro perante a sociedade.

Destarte que o casamento (suas espécies) e as obrigações resultantes do vínculo conjugal (fidelidade recíproca, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos) são descritos como pilares da família brasileira.

No transcorrer do tempo o casamento vai se dilatando e com isso a relação entre o casal acaba conturbada, dando ensejo a prática da infidelidade por umas das partes. E conseqüentemente, a ação do ser humano acarreta um problema de responsabilidade, desse modo, é considerado um dever jurídico que surge após a violação de um direito.

A Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, enumera como um dos deveres do casamento a fidelidade, sendo considerada como lealdade e firmeza nos compromissos firmados (RANGEL, 2016).

Em contrapartida, já no que se diz respeito a responsabilidade por dano moral em decorrência da infidelidade conjugal, tem-se que essa reparação surge com base na traição por parte de um dos cônjuges. Com isso, é que surgem questionamentos sobre a possibilidade de reparação do dano. Conforme Pizetta (2008) O Instituto do Dano Moral, embora já aplicado no Direito Brasileiro anterior à atual Constituição Federal (1988), a partir de então, passa a integrar o texto constitucional e ganha status de garantia constitucional de todos os cidadãos.

Salienta Sá (2017, p. 56) que a tese da indenização por dano moral nos casos de infidelidade conjugal é polêmica, mas o Poder Judiciário:

Já se manifestou em diversas oportunidades a respeito do tema e reconheceu, em casos muito específicos, o direito à reparação. A violação ao dever de fidelidade recíproca, por si só, não acarreta o dever de indenizar. O direito à indenização por dano moral, só nasce quando a infidelidade conjugal faz com que o outro cônjuge passe por sofrimento excessivo, humilhação ou constrangimentos que vão além do mero desgosto e mágoa comuns e normais ao término de qualquer relacionamento. Em outras palavras, quando a infidelidade de um dos cônjuges durante o casamento se desdobra em situações humilhantes, causando excessivo sofrimento físico e moral que interferem intensamente no comportamento psicológico do outro, abre-se margem para que o cônjuge inocente requeira a reparação civil através de uma ação própria no Juízo Cível. A ação indenizatória deve ser movida contra o cônjuge infiel, e não contra terceira pessoa cúmplice da traição por falta de previsão legal neste sentido. Todavia, como a infidelidade não é suficiente para configurar o dano moral, torna-se indispensável que o autor da ação indenizatória prove a presença de todos os elementos necessários à responsabilização civil, quais sejam: a conduta dolosa ou culposa, o dano e o nexo causal entre um e outro.

Assim, quando o tema se insere nos danos morais em decorrência da infidelidade conjugal existe uma discussão polêmica, e para que a reparação ocorra é necessário que o cônjuge traído prove que foi violando em seu íntimo pelo o cônjuge infiel.

A monogamia impede que a pessoa realize outro casamento, mas não pressupõe a proibição da união estável. Além disso, alguém que, sendo casado com pessoa do mesmo

sexo, contrai novas núpcias, com outra pessoa independentemente de esta ser do mesmo sexo ou do sexo oposto, estará caracterizando o crime de bigamia disposto no artigo 235 do Código Penal. (MASSON, 2017)

Nucci (2017, p. 143) argumenta em seu livro que acredita ser a união estável preceito para configuração do delito descrito no artigo 235 do Código Penal. Então para o ilustre doutrinador, alguém que sendo casado mantém união estável com terceiro, responderia pelo crime acima descrito.

Bigamo é aquela pessoa que é casada civilmente e contrai novamente casamento com outra pessoa e essa pessoa que contraiu este segundo matrimônio, sabendo do primeiro também comete o crime. Antes de trair, um dos cônjuges devia repensar que o ato possivelmente poderá ensejar em reparação, a separação é o divórcio poderia amenizar o fato e não incidiria em responsabilização por parte do cônjuge que traiu. Diante dessas considerações, tanto o divórcio quanto a separação são causas terminativas da sociedade conjugal especificadas no artigo 1.571 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da monogamia, o indivíduo pode contrair somente um casamento, levando em consideração que o disposto legalmente em vigência. O princípio da monogamia é o pilar do matrimônio e pune a bigamia quando constatada. O dano moral ocorre quando o indivíduo é atingido em sua esfera extrapatrimonial, onde seus direitos de personalidade, seu âmago e sua paz de espírito são acarretadas por dor, sofrimento, tristeza e humilhação, decorrente de um ato ilícito.

O instituto do dano moral não pode ser banalizado ao ponto de gerar enriquecimento ilícito. Ora, evidente que a mensuração dos danos morais deve ficar adstrita ao critério do magistrado, devendo ser considerado os princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade. As causas decorrentes da infidelidade, também deverão ser examinados quanto a reparação civil, já que podem causar inestimável lesão a quem sofreu, não podendo de nenhum modo serem afastados do Direito de Família. É preciso analisar alguns julgados a respeito do assunto em questão:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. EXPOSIÇÃO DE TRAIÇÃO EM GRUPO DE WHATSAPP. PRESERVAÇÃO DA HONRA. DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1 - Na forma do art. 46 da Lei 9.099/1995, a ementa serve de acórdão. Recursos próprios, regulares e tempestivos. Pretensão indenizatória de danos morais. Recurso do segundo autor visando à procedência dos pedidos. 2 - Responsabilidade civil. Dano moral. Infidelidade conjugal. Divulgação em rede social. O reconhecimento da responsabilidade civil por danos morais pressupõe a prática de ilícito. Sem demonstração de ilegalidade não se acolhe pedido de indenização por danos morais (art. 186 do Código Civil). À ré é imputada a prática de divulgar, em grupo de WhatsApp, a traição de que fora

vítima, envolvendo seu marido e a esposa do recorrente. O ato atribuído à ré, de divulgar a existência da traição em rede social, não afeta a reputação ou a honra do autor. Como destacado na bem lançada sentença; em relação ao trabalho demonstra que toda a sua vergonha e constrangimento decorreriam da própria traição em si e não de alguma conduta da autora com quem, aliás, se solidarizou no sofrimento da traição comum?. No recurso, o autor não apresentou qualquer argumento novo que leve a conclusão distinta daquela da sentença. Por conseguinte, não há ato ilícito a ser sancionado, pelo que não cabe a condenação em reparação por dano moral. Sentença que se confirma pelos seus próprios fundamentos. 3 - Recurso conhecido, mas não provido. Custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% da condenação, pelo recorrente vencido, cuja exigibilidade resta suspensa em face da gratuidade de justiça que ora concedo. (TJ-DF 07000884720188070017 DF 0700088-47.2018.07.0017, Relator: Aiston Henrique de Sousa, Data de Julgamento: 15/06/2020, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicação no Dje: 14/07/2020)

CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - VIOLAÇÃO AOS DEVERES MATRIMONIAIS - OMISSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - VIOLAÇÃO DA HONRA SUBJETIVA - DANOS MATERIAIS - INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. NÃO SOMENTE A INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE FIDELIDADE, MAS TAMBÉM O PERÍODO EM QUE O AUTOR PERMANECEU ACREDITANDO SER O PAI BIOLÓGICO DA MENOR, EM RAZÃO DA OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA, JUSTIFICAM O DANO MORAL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO. OS DANOS MATERIAIS EXIGEM A DEMONSTRAÇÃO EFETIVA DOS PREJUÍZOS SUPORTADOS EM DECORRÊNCIA DE UMA CONDUTA ILÍCITA PRATICADA COM DOLO OU CULPA. (TJ-DF - Apelação Cível: APL 322602020078070001 DF 0032260-20.2007.807.0001; Relator(a): LÉCIO RESENDE; Julgamento: 16/12/2009; 1ª Turma Cível; Publicação: 25/01/2010, DJ-e Pág. 42)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano Moral. Infidelidade da requerida demonstrada, com nascimento de filho fruto de relacionamento amoroso com outro homem. Conduta desonrosa da ré que ocasionou ao autor sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral. Dano Moral indenizável caracterizado. Indenização devida [...] (TJ-SP -APL 21887820078260629 SP 0002188-78.2007.8.26. 0629, Relator: Luiz Antônio de Godoy, Data de Julgamento: 13/11/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/11/2012)

A jurisprudência tem aplicado a responsabilidade civil apenas em casos onde o descumprimento do dever matrimonial acarreta em violação de um direito indenizável, sendo indispensável também o nexo causal entre os danos sofridos.

Isso se revela para evitar que o Requerente não se enriqueça ilicitamente às expensas do Requerido, na forma de uma “indústria de danos morais” que deve ser combatida. Em vista dos argumentos apresentados, o dano moral necessita do preenchimento de três pressupostos ao ato ilícito para ser configurado, quais sejam: conduta, nexo causal e dano, sendo que a conduta deve ser ilícita.

A respeito do amante do Cônjuge que traiu, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em 2009, no julgamento do Resp 1.122.547/MG decidiu que

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ-REsp 1.122.547/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE 27/11/2009)

Com isso, desde então as decisões do Superior Tribunal de Justiça, estão caminhando no mesmo sentido (responsabilizando o cônjuge que traiu quando comprovado o prejuízo ao íntimo do outro cônjuge). De acordo com Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 922.462/SP, que assim dispõe:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE INCOMPATÍVEL COM A VIA INTEGRATIVA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. FAMÍLIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. IMPUTAÇÃO AO CÚMPLICE DA TRAIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. PERCENTUAL. 1. Não se reconhece a negativa de prestação jurisdicional alegada quando o acórdão embargado encontra-se suficientemente fundamentado, abordando, com a profundidade adequada, toda a matéria devolvida a esta Corte Superior em sede de recurso especial. 2. O intuito infringente contido nas razões dos declaratórios é incompatível com a via recursal integrativa. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que os juros serão calculados à base de 0,5% ao mês, nos termos do artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC. 5. Embargos de declaração acolhidos apenas para esclarecer o percentual dos juros moratórios em virtude da condenação decorrente do provimento do recurso especial." (STJ-EDcl no REsp n. 922.462/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14/4/2014)

Nesse mesmo liame, o dever de fidelidade recíproca é atributo somente ao cônjuge e não se estende ao cúmplice da traição (amante) que não pode ser imputado pelo término da

sociedade conjugal, em função na inexistência de legislação abordando sobre tal responsabilidade. (SILVA, 2016)

Dessa forma, a ação indenizatória não pode ser movida contra terceira pessoa, paralela a relação conjugal (cúmplice da traição) devido à ausência de previsão legal a responsabilidade somente decairá sobre o cônjuge que traiu (SÁ, 2017).

Destaca-se que em sede de união estável (envolvendo a responsabilidade do cônjuge que traiu) a jurisprudência vem pautando no seguinte sentido, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Tocantins:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE AMBOS OS CONVIVENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DE DEVERES MATRIMONIAIS. ADULTÉRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. RECURSO IMPROVIDO. - Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens (CC, art. 1.725), devendo, pois, serem partilhados os bens comprovadamente adquiridos na constância da união. - Eventual falta de contribuição pecuniária de um dos conviventes não basta para afastar seu direito com relação à meação nos bens adquiridos onerosamente em comum, porquanto é presumido o esforço conjunto do casal para o crescimento patrimonial da família, ainda que com competências distintas de cada companheiro dentro da entidade familiar. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. - Não logrou êxito a autora em demonstrar a alegação de infidelidade de seu ex-companheiro durante a união estável, ônus este que lhe competia, por se tratar de fato constitutivo do direito da autora (CPC, art. 333, I). - A alegação de adultério do companheiro durante a união estável, por si só, não gera o dever de indenizar, uma vez que, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, consagrada no art. 927 do Código Civil, o dano moral não se presume, cabendo a demonstração de que houve constrangimento ou vexame significativo à honra da autora. - Recurso conhecido e improvido. (TJ-TO - AP 0010843-75.2015.827.0000, Rel. Des. MOURA FILHO, 1ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 06/04/2016).

Observa-se que o Tribunal de Justiça do Tocantins decidiu em desfavor do cônjuge traído, devido ao fato das provas apresentadas no processo não serem suficientes para configuração da responsabilidade civil em sede de danos morais na união estável. Ressalte-se que não foram encontradas no mencionado Tribunal jurisprudências direcionadas aos cônjuges apenas abordando sobre a responsabilidade na união estável.

Em aspectos gerais, a responsabilidade requer a prova de que a conduta gerou o dano moral, ou seja, que sejam ainda provados os fatos que geraram o dever de indenizar. Nesse prisma, percebe-se que para a configuração do dano moral, há necessidade de lesão a um dos direitos da personalidade, tais como a honra, a dignidade, a intimidade ou a imagem, a comprovação de tais abalos que ensejam a indenização por dano moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto da família passou por diversas transformações, inclusive em sua formação, devido a diversidade de tipos de entidade familiares presentes no ordenamento jurídico brasileiro, passando a família ser reconhecida como o pilar da sociedade. O rompimento do vínculo familiar entre o homem, a mulher e conseqüentemente a prole que é afetada diretamente, com o desfazimento da família, já que o menor possivelmente pode ter seu desenvolvendo prejudicado.

O direito de liberdade, esculpido na Carta Magna de 1988, possibilita que o ser humano fomente livremente suas decisões, desde que não viole a lei, e no âmbito do direito de família isso não é diferente, o indivíduo possui liberdade em decidir com quem irá se relacionar. Nesse sentido, o direito de liberdade expresso constitucionalmente remete-se à possibilidade de estabelecer comunhão de vida sendo vedada a intervenção, seja de ordem privada ou pública, conforme preceitua o artigo 1.513 do Código Civil Brasileiro.

Além disso, foi essencial analisar o posicionamento jurídico e jurisprudencial acerca do tema em foco, bem como averiguar a incidência de dano moral levando em consideração que cada pessoa possui liberdade em relação aos seus sentimentos, mesmo que isso possa ensejar em frustração para outrem, em decorrência da existência de uma traição.

Tendo em vista que o Poder Judiciário é o responsável por fundamentar as decisões envolvendo o assunto em questão, conquanto, necessária uma abordagem acerca de casos concretos abarcando possibilidade de reparação quando houver um rompimento do dever de fidelidade recíproca por parte de um dos cônjuges na constância do matrimônio.

Sendo assim, foi necessário compreender o que tem levado o Poder Judiciário, reconhecer ou não direito a indenização nos casos envolvendo descumprimentos das obrigações matrimoniais que foram praticados na constância do casamento.

Além disso, a doutrina possui divergência, uma parte defende que o descumprimento dos deveres conjugais provoca a obrigatoriedade em indenizar o cônjuge traído. Em contrapartida, outra parte se baseia em alguns entendimentos da jurisprudência que entende que somente haverá o dever de indenizar o cônjuge traído, quando este tiver sofrido alguma humilhação de saber público.

Conclui que a violação de umas das obrigações do casamento, no caso em foco, a fidelidade recíproca não acarreta o dever de indenizar (instantemente), deve haver alguma afetação ao animo psíquico do indivíduo. Já que em alguns casos é preciso estarem presentes no caso concreto todos os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil para que possa ocorrer a indenização ao cônjuge traído.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União nº 191 - A, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 7 dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07 de maio 2021

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**.-Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 07 de maio 2021

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 de maio 2021

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 07 de maio 2021.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013. **Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 07 de maio 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp n. 922.462/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14/4/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.122.547/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 27/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**, Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 07 de maio 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 477.554**, Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>. Acesso em: 07 de maio 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 178**, Relator (a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 08/07/2009, publicado em DJe-146 DIVULG

04/08/2009 PUBLIC 05/08/2009 RDDP n. 79, 2009, p. 185-186. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>. Acesso em: 07 de maio 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 0700088-47.2018.07.0017, Relator: Aiston Henrique de Sousa, Data de Julgamento: 15/06/2020, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicação no Dje: 14/07/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível: APL 322602020078070001 DF 0032260-20.2007.807.0001; Relator(a): LÉCIO RESENDE; Julgamento: 16/12/2009; 1ª Turma Cível; Publicação: 25/01/2010, DJ-e Pág. 42

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL 21887820078260629 SP 0002188-78.2007.8.26.0629, Relator: Luiz Antônio de Godoy, Data de Julgamento: 13/11/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/11/2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Tocantins. AP 0010843-75.2015.827.0000, Rel. Des. MOURA FILHO, 1ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 06/04/2016

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família. 31. ed. rev. atual. São Paulo, Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 6. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n.º 1, jan-mar 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMEZ, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. v. 3. 16. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

LOUREIRO, Antônio José Cacheado. A religião na Constituição Imperial do Brasil: análise jurídica positiva das referências religiosas na Carta política de 1824. **Âmbito Jurídico**, 01/02/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-religiao-na-constituicao-imperial-do-brasil-analise-juridico-positiva-das-referencias-religiosas-na-carta-politica-de-1824/>. Acesso em: 07 de maio 2021

MASSON, Cléber. **Direito penal parte especial**, v. 3. 7. ed. São Paulo: Editora Método; 2017.

MENDONÇA, Rafael Dantas Carvalho. A responsabilidade civil no direito brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 20 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51542/a-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 07 de maio 2021

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal parte especial**, v. 3; 1. ed. Rio de Janeiro; Forense; 2017.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus. **Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011.

PIZETTA, José. Danos morais na infidelidade conjugal e no direito de família em geral, a garantia constitucional, a doutrinalização e a jurisprudencialização do direito de família. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2535>. Acesso em: 07 de maio 2021

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. Publicado 2014. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf Acesso em: 07 de maio 2021

RANGEL, Tauã Lima Verdan. O reconhecimento da violação ao dever de fidelidade como pressuposto de responsabilidade civil: uma análise à luz do entendimento pretoriano do STJ. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18042&revista_caderno=14. Acesso em: 07 de maio 2021

SÁ, Gillielson. **Infidelidade conjugal, em determinados casos, pode justificar pedido de indenização por dano moral**. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <<https://gillielson.jusbrasil.com.br/artigos/516135826/infidelidade-conjugal-em-determinados-casos-pode-justificar-pedido-de-indenizacao-por-dano-moral>>. Acesso em: 07 de maio 2021

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875. Acesso em: 07 de maio 2021

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, José Afonso. O Estado é o protetor e não tutor da família. **Revista IBDFAM**. Edição 27, p. 5 - 11, jun. /jul., 2016.

SIQUEIRA, Alessandro Marques. O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar. **Âmbito Jurídico**, 01/10/2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-81/o-conceito-de-familia-ao-longo-da-historia-e-a-obrigacao-alimentar/>. Acesso em: 07 de maio 2021

SOARES, Mila Alves de Oliveira. Aspectos gerais da responsabilidade civil. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 20 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52604/aspectos-gerais-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 07 de maio.2021

STUCHI, Yanara. **Direitos e deveres recíprocos no casamento**. Publicado em 04/2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73483/direitos-e-deveres-reciprococos-no-casamento>. Acesso em: 07 de maio 2021

TEIXEIRA, Aléxia. **O que o caso Gugu e um contrato de namoro tem a ver com minhas relações pessoais?** Jus Brasil, 2020. Disponível em: <https://alexiateixeira.jusbrasil.com.br/artigos/808420301/o-que-o-caso-gugu-e-um-contrato-de-namoro-tem-a-ver-com-minhas-relacoes-pessoais>. Acesso em: 07 maio.2021

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. v. IV. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.