

DANO MORAL DECORRENTE DA INFIDELIDADE NA RELAÇÃO MATRIMONIAL

Ygor Boaventura Nobre ¹

Orientador: Msc. Antônio Augusto ²

Resumo

O casamento impõe regras a serem cumpridas pelos cônjuges, em especial o dever de fidelidade recíproca. Quando ocorre o descumprimento deste dever o nubente traído pode vir a sofrer um dano moral pela quebra da confiança depositada ao seu consorte e o descumprimento de um dever legal. Conforme definido pela legislação, aquele que causa dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral, tem a obrigação de reparar. Portanto, na ceara do direito de família, considerando disposição expressa do dever da fidelidade recíproca no código civil e a natureza jurídica do casamento, a inobservância deste dever pode ensejar a reparação civil, mesmo que inexistente tal possibilidade na legislação brasileira vigente.

Palavras chaves: Infidelidade, casamento, danos morais, reparação civil, deveres conjugais, dignidade da pessoa humana.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo examinar a possibilidade da aplicação do instituto do Dano Moral afim de se ter uma reparação civil pecuniária quando da infidelidade na relação matrimonial.

Em um casamento ou na constância da união estável, o casal estabelece entre si uma comunhão plena de vida e vinculam-se mutuamente a condição de consortes e companheiros ficando responsáveis pelos encargos familiares.

¹ Ygor Boaventura Nobre, Aluno concludente do curso de Bacharel em Direito da Faculdade Integradas de Caratinga – Rede de Ensino Doctum – Unidade Serra.

² Antônio Augusto, Professor Orientador do Artigo Científico da Faculdade Integradas de Caratinga – Rede de Ensino Doctum – Unidade Serra.

Dessa união tem-se um ato de firmação de uma relação jurídica que se estabelece entre ambos os consortes após observadas as solenidades interpostas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como em toda relação entre duas pessoas que geram deveres, vem as obrigações a serem cumpridas por ambos. No casamento não é diferente. O diploma civil apresenta os requisitos para que os cônjuges possam viver em comunhão, impondo a eles os deveres obrigacionais para a eficácia da relação matrimonial. Dentre os deveres impostos pelo ordenamento jurídico, destaca-se, para fins deste estudo, o dever da fidelidade recíproca.

Quando duas pessoas formam uma relação jurídica os deveres e obrigações devem ser cumpridas pelas partes. O descumprimento de um dever ou de uma obrigação, muitas das vezes, gera um dano à pessoa que estabeleceu este vínculo e não teve satisfeito o que se esperava.

A Constituição Federal e o Código Civil brasileiro preveem a possibilidade do instituto da responsabilidade civil quando alguém causa dano a outrem, tendo este o dever de efetuar a reparação da lesão causada, ainda que este dano tenha sido exclusivamente moral, isto porque a vida é um bem tutelado juridicamente pelo Estado, considerando ainda que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana tem especial atenção sob o manto da proteção estatal.

Assim sendo, aquele que assumiu uma relação matrimonial regida pelo Código Civil brasileiro tendo em seu bojo expressamente a disposição legal para a eficácia do casamento como cláusula de um fazer negativo e o cônjuge não observa este dever, em tese, constitui um ato ilícito, ensejando, pela ótica do diploma civil, uma responsabilidade civil a ser reparada pelo nubente que a deu causa.

Em contrapartida, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição expressa quanto a possibilidade de indenização em decorrência do descumprimento de um dever enquanto se está em uma relação matrimonial, porém, certo é, que a vida em comum necessita de regras para o bom convívio entre os consortes. Neste

contexto, tendo o código civil elencado os deveres a serem observados pelos cônjuges, o descumprimento deste ensejaria o dano moral, mesmo que na ceara do direito de família, sendo assim, justificativa para a aplicação da responsabilidade civil.

É certo que existem várias discussões no âmbito do direito de família acerca da possibilidade de se aplicar, ou não, a reparação civil através do instituto dos Danos Morais, portanto, o presente artigo, objetiva tal tema uma vez que este ainda é muito discutido e inexistente um entendimento pacífico que norteia os julgadores em geral.

2. DANO MORAL

2.1. CONCEITO

O instituto do Dano se caracteriza pela ofensa ou violação dos bens da pessoa humana quando destas resultam prejuízos quer seja na esfera material, quer seja na esfera moral, nesta última, o fato gerado se dá, levando em consideração que o ser humano é um bem tutelado juridicamente, conforme preconiza a Constituição Federal em seu Art 5º “caput”.³

Assim, o ilustre doutrinador Sergio Cavalieri Filho avalia o dano como sendo “um prejuízo a um bem jurídico, independentemente de seu caráter, seja patrimonial ou extrapatrimonial, neste último, o bem que sofre o dano é a honra, a imagem, a liberdade, a saúde (mental ou física)”.⁴

Ainda no mesmo sentido Arnaldo Wald, traz o dano “como uma lesão ao patrimônio ou integridade física da vítima, abrangendo um bem protegido pelo ordenamento jurídico, pouco importando que seja de ordem material ou imaterial”.⁵

3 Art 5º “caput” CF/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes:

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

5 WALD, Arnaldo, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407

No que se refere a moral, entramos na esfera psicológica do indivíduo, assim a moral corresponde ao bem imaterial, atingindo o bem-estar de cada um, referindo-se ao íntimo do indivíduo. Para o professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes (1999, p.1), a moral quando se trata de dano é “tudo aquilo que está fora da esfera material, patrimonial do indivíduo”.⁶

De modo geral, o dano moral é considerado pela maioria dos doutrinadores como aquele dano que lesiona exclusivamente os sentimentos da vítima. Possui a natureza subjetiva, o que gera certa dificuldade por parte dos magistrados em mensurar a extensão que esses danos causaram.

Neste diapasão, de acordo com o ensinamento de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2003) o dano moral é visto como uma lesão de direitos que não são pecuniários e por sua vez não é comercialmente redutível em dinheiro, ou seja, trata-se de danos que atingem o íntimo das vítimas, lesando seus interesses não patrimoniais.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 359), ao conceituar o dano moral assevera que “Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.”⁷

Assim, o dano moral é todo aquele que atinge o íntimo do ser humano causando-lhe imensa dor, alterando amargamente o estado natural da pessoa, resultando em humilhações, desonra à sua imagem, modificando o equilíbrio psíquico do ser humano.

Segundo o doutrinador Carlos Alberto Bittar “Qualificam-se como morais, os danos em razão da esfera da subjetividade ou do plano valorativo da pessoa na sociedade

⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. Saraiva. São Paulo, 2013. p.43.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – Direito de Família**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

em que vive repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana”⁸.

Como se vê, muitos são os doutrinadores que direcionam o entendimento do dano causado à moral da pessoa humana, aqueles que ferem a honra pessoal, a imagem e boa fama, atingindo diretamente a dignidade da pessoa.

2.2. DANO MORAL PRESUMIDO *IN RE IPSA*

Em regra, a comprovação dos danos ensejadores da reparação civil deve ser prescindido dos pressupostos de sua caracterização, definidos no Art 186 e 927 Código Civil de 2002 (ação, nexos de causalidade e dano), sendo sua indenização medida pela extensão do dano, conforme elenca o Art 944 CC/02. Porém, como muito ocorre no direito, existem as exceções. No dano moral, isso não é diferente.

Em alguns casos é possível a aplicação do instituto do dano moral *in re ipsa*, ou seja, o dano moral presumido. Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça emitiu o informativo 17⁹ sobre o dano moral presumido, *in verbis*:

Informativo 17 – O Dano Moral Presumido na Jurisprudência do STJ
A possibilidade de reparação do dano moral presumido trata-se de uma exceção à regra geral, na medida em que a “indenização mede-se pela extensão do dano”, o qual deve ser certo – isto é, possível, real e aferível.

Entretanto, em determinados casos a dimensão dos fatos são suficientes para se constatar que, de alguma forma, o indivíduo sofreu um abalo moral. Em tais situações, a doutrina defende que o dano moral é provado *in re ipsa*, ou seja, pela força dos próprios fatos, dispensando-se a vítima do ônus da prova da ofensa moral.

Baseada nesse raciocínio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem definindo as hipóteses em que o dano moral pode ser presumido.

O mencionado dano moral *in re ipsa* decorre naturalmente do próprio fato e não exige comprovação para sua caracterização. Assim, pelo fato do descumprimento de um

8 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 41.

9 https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2015.pdf acessado em 13/06/2017

dever e um ato que, por si só, causa dano a outrem, fica o agente causador obrigado a reparação.

Em tal instituto desnecessário se faz a apresentação de provas que demonstre a ofensa moral sofrida e, portanto, basta-se apenas a prática do ato para que seja passível a reparação civil por danos morais.

Neste sentido, tem-se o ensinamento de Carlos Alberto Bittar ¹⁰:

“(...) na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto”.

Extraí-se, contudo, que o constrangimento causado à pessoa, independe de prova, ou seja, ínsita na própria coisa, logo, para constituir tal dano moral basta a violação de um direito, independente do sentimento negativo de mágoa, angústia, tristeza, humilhação, vexame, vergonha, etc, os quais só terão relevância para a qualificação do dano.

Portanto para a caracterização dos danos morais basta ter preenchido os pressupostos de direito requeridos pelo ordenamento jurídico, quais sejam, ação, nexo e dano, ou então, dependendo do caso, existe permissivo legal para a aplicação do dano moral presumido *in re ipsa* não se fazendo necessário a comprovação do dano, apenas o ato cometido presume-se danoso e merece ser reparado civilmente os danos morais.

2.3. FUNDAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

10 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Revista dos Tribunais, no 32, 1993, p. 202.

A Carta Magna brasileira garante em seu texto constitucional a reparação de um dano causado a determinada pessoa, seja este dano na esfera material quanto, também, na esfera moral, por meio da indenização pecuniária, nos seguintes termos:

Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem

(...)

Art 5º, X - 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;

Seguindo na mesma linha, como não poderia ser diferente, a lei 10.406/02 (Código Civil) trouxe em seus artigos 186 e 927 a denominação do ato ilícito e a obrigação de reparação por quem o comete, seja por ação, omissão voluntária, negligência ou imprudência:

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

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica 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, risco para os direitos de outrem.

2.4. RESPONSABILIDADE DE REPARAÇÃO

A responsabilidade civil tem seu condão no dano propriamente dito, ou seja, por meio de um ato ilícito causador de um dano, surge o dever obrigacional de sua reparação, através do instituto da responsabilidade civil.

Então, aquele agente que causou dano a outrem, tem a responsabilidade de repará-lo. É o que esclarece Cavalieri Filho (2008, p.2):

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil

é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Tal reparação surge como uma sanção civil de natureza compensatória imposta pelo Estado afim de punir o agente lesante e o compeli-lo que cometa novos atos lesivos as pessoas.

O instituto da reparação civil impõe a sociedade em geral uma limitação de suas ações para que delas não resultem prejuízos a outras pessoas. Se alguém agir de forma a gerar danos a outrem responderá pelos seus atos, é o que alude Rui Stoco:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana” (STOCO, 2007, p.114). “¹¹

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz elenca:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”¹²

Sabe-se que o cometimento de um dano mesmo que esse atinge a honra de uma pessoa, surge a obrigação de sua reparação, isso porque o ser humana precisa de normas de equilíbrio para sua própria existência e convivência em sociedade, exigindo, para isso, que o legislador disponha de normas gerais norteadores da boa convivência. Portanto, para Carlos Alberto Bittar¹³ a reparação civil do dano se faz necessário para a própria existência da sociedade:

“Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge à necessidade de reparação, como imposição natural de vida em sociedade e, exatamente, para sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo

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

12 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7, 20. ed. Saraiva.

13 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Revista dos Tribunais, no 32, 1993, p. 202.

tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.”

Portanto, com relação a reparação civil motivada pela infidelidade na relação matrimonial, objetivo principal deste artigo, não há disposto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro quanto a possibilidade da aplicação do instituto do dano moral como uma obrigação de reparação de um dano, considerando a inobservância do dever conjugal em comento, porém, vale ressaltar, que a interpretação dos artigos que dispõe sobre a reparação civil, trata-se de direito resguardado a pessoa que se sinta lesada, mesmo que este ato tenha sido praticado na constância do casamento.

3. DO INSTITUTO DO CASAMENTO

3.1. CONCEITO

Quando duas pessoas se manifestam livremente o animus de estabelecer um vínculo conjugal para formação de uma estrutura familiar, nasce um ato de firmação de uma relação jurídica entre ambos.

Neste sentido, entende-se por casamento a união entre duas pessoas que se unem em comunhão, atendendo as formalidades e requisitos que a lei dispõe, assumindo mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos familiares.

Preceitua o professor Washington de Barros Monteiro, o casamento como sendo “a união permanente entre homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem filhos”.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da resolução nº 175/2013 ¹⁴, chancelou a união entre pessoas do mesmo sexo, não havendo distinção para a concretização da relação matrimonial, *in verbis*:

¹⁴<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515> (acessado em 14/06/2017)

RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Assim, Dimas Carvalho (2015, p. 153) em sua obra direito da família 4º edição, trouxe a definição “o casamento, portanto, pode ser definido atualmente como a união legal de duas pessoas, com diversidade ou igualdade de sexos, em razão da Resolução CNJ n. 175/2013, com o intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres”.

Para que o casal esteja devidamente casado sob a ótica do direito civil, há que se observar as formalidades especiais e requisitos legais impostas pela lei. Como sendo o casamento um contrato solene é assegurado a publicidade deste ato, promovendo e demonstrando a todos ser a livre manifestação da vontade dos nubentes, assim preceitua Eduardo Espínola:

“...as solenidades do casamento civil se destinam exclusivamente a patentear a gravidade e importância do ato, bem como assegurar, de modo iniludível e com a maior publicidade, a livre vontade dos contraentes, uma vez reconhecida a sua capacidade matrimonial” (Anotações ao Código Civil brasileiro, Rio de Janeiro, LithoTypo fluminense, 1922, v. 2, p. 225)

No casamento os consortes se obrigam com todos os encargos familiares exercendo de forma colaborativa a direção e a condução desta sociedade conjugal, em observância primordial aos interesses do casal e dos filhos.

No mesmo sentido Regina Beatriz Tavares da Silva considera o casamento como “um contrato especial de direito de família, porque está marcado pela vontade das partes envolvidas, em sua constituição, duração e extinção”.¹⁵

Conceitua ainda Sílvio Rodrigues:

15 MONTEIRO, Washington de Barros & TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de Direito Civil – Direito de Família. Volume 2. Edição 42ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

“casamento é um contrato do direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, em conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole e se prestarem mútua assistência.”

A conceituação de casamento é muito ampla e sua unificação se torna difícil, porém, o que extrai é que por meio deste os nubentes contraem as obrigações e deveres conjugais e para a verificação da possível responsabilidade civil, necessário se faz entender sua natureza jurídica.

3.2. NATUREZA JURIDICA

A natureza jurídica do casamento é bem incontroverso entre os doutrinadores. Eis que existem 3 teorias: teoria Contratualista, teoria Institucionalista e a teoria Mista.

A teoria contratualista ou classista, considera o casamento como uma relação contratual por meio da manifestação da vontade dos contraentes. Segundo essa teoria, a eficácia do casamento dá-se por meio do contrato não observando em primeiro plano os dogmas da igreja católica, tampouco a intervenção do estado.

Silvio Rodrigues nos preceitua que “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem a mútua assistência” (Direito civil..., 2002, p. 19).

Na teoria institucionalista, como o próprio nome diz, remete à ideia de que o casamento é uma instituição social baseado numa relação contratual livremente estabelecida por vontade própria dos nubentes, porém, essa relação matrimonial contem a intervenção do estado limitando a liberdade contratual dos nubentes em observância as normas, efeitos e a forma do casamento. Ou seja, quando os nubentes se casam adquirem para si os deveres e obrigações do matrimônio ditados pela legislação que lhe impõe regras a serem seguidas.

Neste sentido, defende Maria Helena Diniz:

“Por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalizada, que o considera uma instituição social”¹⁶

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro defende o caráter institucional do casamento:

“Para ele, repousa o contrato, precipuamente, no acordo de vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade civil para sancionar e homologar o acordo livremente manifestado pelos nubentes”.¹⁷

Afirma ainda que o casamento é:

“uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos...A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei”.

E por último tem-se a teoria mista o qual entende que o casamento possui hora a teoria contratual ou classista, hora a teoria institucional. Quando do ato do casamento onde os nubentes apresentam a livre manifestação da vontade de ambos que é algo natural do ser humano, onde não existe nenhuma intervenção de leis criadas pelo estado, tem-se a relação contratual, portanto, aplicar-se-á a teoria classista neste momento. Agora, durante todo o pacto nupcial, os nubentes estão limitados aos regramentos interpostos por lei, há neste momento a intervenção estatal e, assim, a teoria institucional estaria, neste interregno temporal, sendo aplicada, conforme defende Silvio de Salvo Venosa “Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico bilateral; o casamento-estado é uma instituição.” (Direito Civil, 2005, página 45).

Portanto, percebe-se que doutrinadores divergem entre si quanto a natureza jurídica do casamento. Para o desenvolvimento deste artigo utilizar-se-á como marco teórico os ensinamentos dos renomados doutrinadores Washington de Barros Monteiro e

16 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito de família / Maria Helena Diniz. - 26. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

17 MONTEIRO, Washington de Barros & TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Volume 2. Edição 42ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

Maria Helena Diniz os quais defendem a aplicação da natureza jurídica institucionalista, tendo interferência estatal nas relações conjugais.

Contudo é importante salientar que a relação matrimonial gera deveres e obrigações para os nubentes, sendo que a inobservância desses podem acabar por ferir a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental ínsito também nas relações conjugais.

3.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A BUSCA DA FELICIDADE

O princípio da dignidade da pessoa humana é, sob o prisma constitucional, um dos mais importantes, sendo certo que dele os demais princípios encontram seus fundamentos, conforme bem define SARLET, p. 89 ¹⁸.

“Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas [...]”

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 36), a dignidade humana é “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, obstando todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano”.

Encontra-se permissivo legal no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. SARLET, op. cit., p. 89.

Ainda o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos considera o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

Inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 477.554 AgR-MG, Segunda Turma, DJe 26/8/2011, citou o princípio da dignidade da pessoa humana e a busca da felicidade inerentes aos seres humanos como sendo um princípio que “inspira todo ordenamento jurídico constitucional em nosso País”:

“DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina.

O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado.

Assim, em qualquer relação que envolva o ser humano deve ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana. No direito de família, o casamento, objetivo deste estudo, os nubentes devem manter o respeito visando a proteção dos consortes quanto a dignidade da família já que essa é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade ¹⁹.

19 Artigo 226 da Constituição Federal de 1988 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Ao tratar-se do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário que os nubentes observem os deveres conjugais impostos pelo ordenamento jurídico.

3.4. DEVERES CONJUGAIS DOS NUBENTES

O Ordenamento Jurídico brasileiro tem por finalidade hierarquizar as normas jurídicas, possibilitando, assim, que uma sociedade viva na mais pura harmonia e paz social. Muitas são as normas jurídicas que trazem de várias formas uma maneira coercitiva para direcionar os deveres e obrigações conduzindo a pessoa humana ao caminho que trará o bom convívio entre seus semelhantes.

Mesmo com essa tentativa de direcionamento ao convívio harmonioso, vários são os casos em que as pessoas se desviam do que a sociedade traz como comportamento moral digno da aceitação por parte dos indivíduos que integram essa sociedade.

Assim, de acordo com a natureza jurídica do casamento, a relação matrimonial não se desvincula das ações coercitivas impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se também que o casamento é um vínculo estabelecido entre duas pessoas, e como bem definido pelo Código Civil de 2002, estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges ²⁰.

Para Regina Beatriz Tavares da Silva o casamento:

“Tem natureza monogâmica, com direitos e deveres de cunho jurídico, como a recíproca fidelidade, o respeito de um cônjuge pelo outro e a mútua assistência, no direito vigente e projetado” ²¹

Desde o início do casamento os direitos garantidos pela Constituição Federal e leis esparsas permitem a convivência harmoniosa ditando, não somente os direitos dos nubentes como também os deveres que devem ser observados ao longo da subsistência do casal e da família.

20 Artigo 1.511 Código Civil Brasileiro de 2002

21 MONTEIRO, Washington de Barros & TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Volume 2. Edição 42ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

Sabidamente, a doutrinadora Maria Berenice Dias trouxe que “todas as relações oriundas de um vínculo de afetividade, pressupõe que sejam eternas, estáveis, duradouras e com uma perspectiva infinita de vida em comum”.²²

Neste diapasão, complementa Maria Helena Diniz:

“Nos casamos para instituímos a família matrimonial; para procriarmos, porque os filhos são uma consequência lógico-natural do casamento, contudo a falta de filhos não anula um casamento; estabelecimento dos deveres patrimoniais, ou não, entre os cônjuges; atribuição do nome ao cônjuge e aos filhos.”

Neste sentido, as pessoas que contraíram núpcias trazem consigo os direitos e deveres provenientes dessa relação matrimonial regida pelo Direito Civil e ramificada entre as normas jurídicas que, com base no comportamento moral da sociedade, ditam normas que possibilitam a vida harmoniosa entre os cônjuges.

Assim sendo, a relação matrimonial estabelece deveres aos nubentes, tendo em vista que ambos assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, devendo, cada qual, agir de forma a manter o bom convívio familiar provendo a manutenção de ambos e da eventual prole.²³

Tanto é que a Lei 10.406/02 (Código Civil) dispõe um capítulo inteiro elencando sobre a Eficácia do Casamento, em seu Artigo 1.566 e seus incisos do Código Civil.

CAPÍTULO IX - Da Eficácia do Casamento

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.

22 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

23 Art 1.565 CC/2002 - Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. / Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Para a eficácia do casamento deve-se observar os deveres conjugais da fidelidade recíproca entre os cônjuges, viver em domicílio conjugal partilhando, ambos, da vida em comum com respeito, consideração e assistência mútua, provendo sustento, guarda e educação dos filhos.

Importante ressaltar que na União Estável os companheiros deverão observar os mesmos deveres conjugais do casamento. Assim dispõe o Código Civil em seu artigo 1.724.

"Art 1.724 CC/02 - As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Ainda, a Constituição Federal de 1988 prevê o reconhecimento da união estável como entidade familiar:

Art. 226 CF/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.²⁴

No mesmo sentido, a Lei nº 9.278/1996, assegura aos companheiros em união estável os direitos e deveres em sua constância, estando ínsito a essas a fidelidade recíproca.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I - respeito e consideração mútuos;
- II - assistência moral e material recíproca;
- III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Portanto, a união estável e o casamento se equiparam quanto ao requisito da fidelidade recíproca por ser este um dever de lealdade e de respeito entre os cônjuges e companheiros, devendo, durante este artigo, estender o entendimento do dever de fidelidade recíproca tanto ao casamento quanto para a união estável.

24 RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013 Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Contudo, ao que pese aos demais deveres conjugais como requisitos para a eficácia do casamento, para fins deste estudo ater-se-á ao inciso I do Art. 1.566 CC/02 no que tange a fidelidade recíproca.

3.4.1. DEVER DA FIDELIDADE RECÍPROCA

O casamento é uma relação monogâmica onde os cônjuges se unem a fim de viverem a vida em comum sempre visando o respeito mútuo em busca da felicidade humana. Nesta jornada, o dever de fidelidade se demonstra um importante e primordial alicerce do casamento.

Em uma relação matrimonial cada consorte deve agir com lealdade um para com o outro evitando que suas ações venham denegrir a imagem, boa fama e principalmente a honra de seu companheiro causando-lhe sofrimentos, vexames e humilhações. A essas ações negativas inclui-se, principalmente o dever da fidelidade recíproca.

A melhor doutrina conceitua a fidelidade recíproca como sendo a lealdade que deve existir nos cônjuges para que os anseios sexuais sejam satisfeitos dentro da relação matrimonial. É o que bem traduz Regina Beatriz (2013, pag. 71):

O dever de fidelidade, o primeiro dos deveres mútuos entre os casados (art. 231, inciso I, do Código de 1916 e art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002), pode ser conceituado como a "lealdade, sob o aspecto físico e moral, de um dos cônjuges para com o outro, quanto à manutenção de relações que visem satisfazer o instinto sexual dentro da sociedade conjugal"

Assim, o casamento em seu caráter monogâmico restringe aos cônjuges ações que ferem o dever moral da família, sendo essa a base da sociedade²⁵ e o alicerce do casamento. Maria Helena Diniz (2011, pag. 145) prescreve que:

"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"

25 Art. 226 CF/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Por fim, Paulo Nader (2016, pag. 130 e 131) define “A infidelidade se caracteriza com o ato corporal, independentemente do *animus*. É desinfluyente, pois, tenha o ato de traição sido praticado com sentimento, paixão, amor ou simplesmente pela volúpia do prazer carnal”.²⁶ É neste sentido o comentário de Roberto de Ruggiero: “Qualquer relação estranha contamina o tálamo e viola a obrigação da fidelidade, ainda que seja fugaz e nela tenham entrado somente os sentidos e não o ânimo”.²⁷

Portanto, não apenas a conjunção carnal, mas também o *animus* do cônjuge em buscar a satisfação sexual fora do casamento configuraria o descumprimento deste dever legal. Assim, trocas de mensagens por meio de aplicativos como o *WhatsApp*, ligações telefônicas de cunho sexual denotando a vontade de se ter conjunção carnal com outrem, e-mails trocados no mesmo sentido. É o entendimento de Maria Helena Diniz (2011, p. 147), “É preciso não olvidar que não é só o adultério (ilícito civil) que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal [...]”.

O dever de fidelidade recíproca é tão importante que o adultério já foi tipificado como crime no código penal em seu artigo 240, onde previa a pena de detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses²⁸, porém, como ocorre em diversos ramos do direito, as transformações sociais influenciadas pelos costumes da sociedade alteram as fontes materiais. Foi o que aconteceu com o artigo 240 do Código Penal, quando houve a revogação do mesmo a partir da Lei 11.106/2005.

Neste sentido, o adultério deixou de ser tipificado como crime no Brasil, e como reflexo no âmbito Civil, a traição deixou de ser justificada e até mesmo meio de prova para o divórcio, bastando o cônjuge demonstrar sua falta de interesse de continuar casado para que o fim da relação fosse efetivado.

26 RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, 1ª ed. da tradução de Paolo Capitanio da 6ª ed. italiana, Campinas, Bookseller, 1999, vol. II, apud NADER, Paulo (2016, p. 130)

27 RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, 1ª ed. da tradução de Paolo Capitanio da 6ª ed. italiana, Campinas, Bookseller, 1999, vol. II.

28 Art. 240 Código Penal (revogado pela lei 11.106 de 28/05/2005) - Cometer adultério: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses. § 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.

Por outro lado, na ótica do direito Civil, o descumprimento deste dever de fidelidade recíproca resta configurado o adultério, situação motivadora para o rompimento de uma relação matrimonial.

3.4.2. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DA FIDELIDADE RECÍPROCA

O diploma civil prevê as situações, não se limitando à aquelas, das quais torne a vida em comum dos cônjuges impossíveis de serem suportadas.

Como resultado da infidelidade tem-se o adultério como uma infração grave e totalmente desonrosa para consorte traído e a família. A prática do adultério mostrar-se motivo ensejador do rompimento do vínculo conjugal. Assim, dispôs o legislador no artigo 1.573 do Código Civil de 2002:

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.

Como bem leciona Carlos Roberto Gonçalves, o próprio ato do adultério, *per si*, já é uma situação coercitiva para que a comunhão de vida se torne impossível, ou seja, é uma causa peremptória da separação judicial, *in verbis*:

“O adultério, a tentativa de morte, a sevícia, a injúria grave, o abandono voluntário do lar conjugal, bem como a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa (quando representem desrespeito e falta de consideração ao outro cônjuge), caracterizam grave violação dos deveres do casamento e, ao mesmo tempo, evidenciam a impossibilidade da comunhão de vida, que não precisa ser demonstrada pelo autor da ação. Desse modo, pode-se afirmar que, na realidade, o novo diploma optou pelo sistema das causas peremptórias de separação judicial.”²⁹

29 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6, direito de família /Carlos Roberto Gonçalves. — 9. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 216.

Sendo o adultério nas palavras de Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 35 e 36) considerado “como a mais nítida manifestação de falência da moral conjugal”, o resultado do descumprimento da fidelidade se mostra defasador tendo reflexos negativos na vida conjugal, podendo, inclusive, atingir diretamente a honra e a dignidade da pessoa humana do cônjuge traído.

Contudo, indaga-se: O descumprimento do dever de fidelidade, em tese, pode constituir um ato ilícito, e ensejaria uma responsabilidade civil a ser reparada pelo nubente que a deu causa tendo em vista que o próprio diploma impõe que a fidelidade é dever dos cônjuges na constância do casamento ou convivência?

Para se ter uma resposta e entender melhor quanto a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil por danos morais através da indenização pecuniária, passa-se a tecer o item abaixo.

4. INFIDELIDADE CONJUGAL X DANO MORAL – POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL

Como se viu ao longo deste artigo, a infidelidade conjugal é o descumprimento de um dever legal disposto no diploma civil brasileiro, como um dos requisitos, senão o mais significativo aos olhos da sociedade, para a eficácia do casamento. A observância do requisito da fidelidade recíproca está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana e da felicidade, considerando que desta união os nubentes devem se revestir da confiança entre ambos e o respeito mútuo, visando sempre o bem-estar e a honra da família.

Se viu também, conforme mencionado no item 2 deste artigo, que os danos morais são caracterizados quando alguém viola direitos causando dano a outrem por meio de uma ação ou omissão, ainda que este dano seja exclusivamente moral, cometendo, assim, ato ilícito e devendo, portanto, arcar com a reparação civil suficiente afim de amenizar o sofrimento causado.

Assim, quando se há uma quebra na confiança inerente a relação matrimonial por meio da prática da infidelidade, a dignidade do cônjuge traído bem como o princípio

da felicidade são amargamente atingidos acabando por afetar profundamente a honra do consorte traído. Com a ação da infidelidade do cônjuge gera-se um abalo profundo a moral do outro produzindo um dano, uma vez que presente está a infringência do princípio constitucional inerentes a todas as pessoas, ou seja, princípio da dignidade da pessoa humana e a busca da felicidade.

O dano moral experimentado pelo cônjuge traído, ainda que no âmbito familiar, é possível a aplicação da reparação civil invocando ser está ação um ilícito civil por estar descumprindo um dever legal e ao mesmo tempo indo em confronto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2013, p. 96):

“No âmbito do direito das famílias, cabe a responsabilidade civil do cônjuge ou do companheiro autor do dano? Ainda que não haja expressa previsão sobre a possibilidade de indenização em decorrência da vida em comum, a lei também não a proíbe. Numerosos dispositivos do Código Civil (12, 1.572, 1.573, 1.637, 1.638, 1.752, 1.773, 1.814 e 1.995) apontam condutas a serem observadas pelos cônjuges, parentes, herdeiros, tutores e curadores, cujo descumprimento gera direito de indenização.”

Neste sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p 36) traz que “A infidelidade permanece, no entanto, como ilícito civil, com as consequências do grave descumprimento do dever oriundo do casamento”.

A mesma doutrinadora entende que as violações dos deveres conjugais ensejam a reparação civil:

“Uma vez violados esses deveres, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – ação, dano e nexa causal –, assim como ocorre diante da prática de ato ilícito em outras relações jurídicas. “³⁰

Seguindo essa linha de raciocínio, Cavalieri Filho (2011, p 83 e 84) alude:

" (...) Mesmo nas relações familiares podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a

30 SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Divórcio e Separação**. 2º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de **moral conjugal** ou **honra familiar**, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família". (grifos originais)

Pontes de Miranda ³¹, prescreve:

"A lei prevê, quase sempre, as consequências de toda infração dos deveres de direito de família, sejam conjugais, sejam parentais. Daí a opinião, que se alastrou, no sentido de não haver perdas e danos, ou de indenização, quando alguém faltasse aos seus deveres de Direito de Família, conjugais ou parentais. Tal opinião foi posta de lado, porque, além da infração e consequente sanção de Direito de Família, é possível haver causa suficiente para a indenização ou reparação, com fundamento noutra regra de direito civil (direito das coisas, direito das sucessões, direito das obrigações). Desde que houve o dano, e é de invocar-se alguma norma relativa à indenização por ato ilícito, no sentido lato do direito das obrigações, ou da Parte Geral, cabe ao cônjuge ou ao parente a ação correspondente".

Conclui Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 191):

"A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge. Se extrapolar a normalidade genérica, pode ensejar indenização por dano moral".

Nesta vertente, entende-se que a traição gera uma justificativa à pretensão indenizatória a título de dano moral, considerando que os cônjuges juram entre si cumprirem com os deveres impostos pelo ordenamento jurídico e se entregam em comunhão plena de vida, confiando um ao outro a convivência em comum com respeito, assistência mútua, preservando sempre a dignidade moral dos consortes, sendo que aquele que age contrariamente a esse dever fere moralmente a dignidade de seu consorte, devendo, portanto, praticar a reparação civil.

Contudo, não resta dúvida quanto à possibilidade da aplicação da indenização ou reparação pelos danos morais, cabe, porém, identificar alguns requisitos para a utilização deste instituto.

31 Tratado de Direito de Família, pág. 76, apud Inacio de Carvalho Neto, Responsabilidade Civil no Direito de Família, Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim, Editora Juruá, 4ª Edição, pág. 289.

Tem-se julgadores que entendem que o simples ato da infidelidade conjugal ensejaria a reparação civil por danos morais, ou seja, aplicação da reparação civil por meio dos danos morais presumidos, porém, em *contrario sensu* julgadores entendem que basta mais do que o simples adultério como ensejador dos danos morais, tendo que o ato se estenda tomando proporções e publicidade para sua caracterização e possibilidade de reparação civil por meio dos danos morais.

4.1. DANOS MORAIS PRESUMIDOS (*IN RE IPSA*) COMO ENSEJADOR DE REPARAÇÃO CIVIL

Como já visto no item 2.2 deste artigo, os danos *in re ipsa* decorrem naturalmente do próprio fato e não exige comprovação para sua caracterização. Assim, por ser considerado um dano moral presumido não é necessário a apresentação de provas que demonstre a ofensa moral sofrida pelo consorte traído bastando apenas a prática do ato da infidelidade para que seja possível a reparação civil por danos morais.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça emitiu o informativo 17 sobre o dano moral presumido, já elencado no item 2.2, porém, repete-se aqui, *in verbis*:

Informativo 17 – O Dano Moral Presumido na Jurisprudência do STJ
A possibilidade de reparação do dano moral presumido trata-se de uma exceção à regra geral, na medida em que a “indenização mede-se pela extensão do dano”, o qual deve ser certo – isto é, possível, real e aferível.

Entretanto, em determinados casos a dimensão dos fatos são suficientes para se constatar que, de alguma forma, o indivíduo sofreu um abalo moral. Em tais situações, a doutrina defende que o dano moral é provado *in re ipsa*, ou seja, pela força dos próprios fatos, dispensando-se a vítima do ônus da prova da ofensa moral.

Baseada nesse raciocínio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem definindo as hipóteses em que o dano moral pode ser presumido.

Ainda pelos o ensinamento de Carlos Alberto Bittar (1993, p. 202):

“(…) na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.”

Há quem defenda que a concretização do ato da infidelidade, por si só, gera-se a responsabilidade civil daquele cônjuge que foi contrário aos dizeres do diploma legal, bastando apenas o ato propriamente dito que é a mais grave das faltas, para ofende a honra e à dignidade do consorte e, portanto, causar danos ao consorte traído.

Portanto, basta que um dos cônjuges seja infiel ao outro para que esteja caracterizado a obrigação de reparação por meio da indenização, não sendo necessário demonstrar as provas do dano moral sofrido pelo consorte, pois, neste instituto, o dano já se presume, isso por que as relações familiares se impõe a necessidade da proteção do Estado, já que a família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade.³²

Tanto é que tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei nº 5716/16³³, do Deputado Federal Rômulo José de Gouveia (PSD/PB) com o intuito de se alterar a Lei 10.406/2002 (Código Civil) com a inclusão do artigo 927-A prevendo que a simples pratica da conduta de infidelidade matrimonial, por si só, responde por danos morais o cônjuge infiel.

Projeto de Lei nº 5716/16

Ementa: Acresce dispositivo à Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei acresce dispositivo à Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre reparação civil de dano em virtude de descumprimento de dever de fidelidade recíproca no casamento.

Art. 2º A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 927-A: “Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge. ”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

³² Art 226 CF/1988 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³³http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=33729569C387BF00448CA9533FAAEA26.proposicoesWebExterno2?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016 acessado em 16/06/2017

A infidelidade conjugal constitui afronta ao disposto no art. 1.566, caput e inciso I, do Código Civil (2002), que impõe a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges no casamento, e deve ser motivo suficiente, uma vez que produz não apenas a culpa conjugal, mas também a culpa civil, para embasar a condenação do cônjuge infrator a indenizar o dano moral provocado ao outro cônjuge. No intuito de explicitar no âmbito do Código Civil a responsabilidade civil por dano moral decorrente do descumprimento por qualquer dos cônjuges do dever de fidelidade recíproca no casamento, propõe-se nesta oportunidade o presente projeto de lei, que cuida de acrescentar um dispositivo com este teor normativo ao referido diploma legal. Certo de que a importância deste projeto de lei e os benefícios que dele deverão resultar serão percebidos pelos meus ilustres Pares, esperamos contar com o apoio necessário para a sua aprovação. Sala das Sessões, em de de 2016 Deputado RÔMULO GOUVEIA PSD/PB. (Grifos originais)

4.2. PUBLICIDADE E EXTENSÃO DO ATO COMO ENSEJADOR DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS

Muitos são os julgadores que entendem que não basta o simples ato de infidelidade, *de per si*, para caracterizar a obrigação de reparação civil por danos morais.

O cônjuge traído deve comprovar a ação, o nexo de causalidade e o dano propriamente dito. Tal dano, ainda, somente será comprovado se houver tido uma publicidade da infidelidade do consorte perante a sociedade ou aos familiares.

Assim, a maioria dos juristas entendem que o abalo emocional, a honra subjetiva do consorte traído somente restará prejudicado em seu íntimo, se outras pessoas tiverem ciência do ato degradante ou se comprove o constrangimento e vexame significativo e que esta infidelidade gerou graves repercussões sociais ou até mesmo prejudiciais reflexos à saúde mental e à imagem do cônjuge traído.

5 REPERCUSSÃO JURISPRUDENCIAIS NOS TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPIRITO SANTO (TJES) E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Foi feito um estudo empírico das jurisprudências através dos respectivos sítios do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) ³⁴ e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).³⁵

Assim, verificou-se os julgados proferidos pelos respectivos órgãos julgadores nas datas compreendidas entre janeiro de 2013 e dezembro de 2016, para o Tribunal de Justiça do Espírito Santo e janeiro de 2013 a maio de 2017 para o Superior Tribunal de Justiça.

5.1 ENTENDIMENTO DO TJES

O Tribunal de Justiça do Espírito Santos no julgamento de uma ação de suposta infidelidade constante da união estável decidiram por unanimidade entre os julgadores da primeira câmara civil que, mesmo nas relações familiares é possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil, porém, para o caso da inobservância do dever de fidelidade recíproca tal ato além de ter que preencher os pressupostos caracterizadores do dano moral (ação, nexo de causalidade e dano) é imprescindível que este ato seja ostentado de forma pública atingindo a honra subjetiva do cônjuge infiel, não sendo capaz a simples traição como ensejador dos danos morais.

UNIÃO ESTÁVEL – SUPOSTA INFIDELIDADE – AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL - DANO MORAL – SUPOSTA INFIDELIDADE – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO. 1.Não há dúvidas quanto à incidência das regras de responsabilidade civil nas relações do âmbito familiar, devendo o caso em comento ser analisado à luz do artigo 186 do Código Civil. Assim, para que seja caracterizado o dano moral, e gerado o dever de indenizar, é necessária a comprovação de existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa do agente. 2.Com relação ao apontado cúmplice do convivente infiel, não há como se imputar o dever de indenizar, já que ele não possui, legal ou contratualmente, vínculo obrigacional com o convivente supostamente traído, não sendo possível exigir sua responsabilização pelo descumprimento de deveres inerente ao casamento. 3.Ainda que a união estável imponha o dever de fidelidade recíproca e de lealdade, a violação pura e simples de um dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o direito de indenizar. A prática de adultério, isoladamente, não se mostra suficiente a gerar um dano moral indenizável, sendo necessário que a postura do cônjuge infiel seja ostentada de forma pública, comprometendo a reputação, a imagem e a dignidade do companheiro. 4.Recurso improvido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os

34 http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm acessado em 16/06/2017

35 http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20CIVIL%27.mat. acessado em 16/06/2017

Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso. CONCLUSÃO: ACORDA A EGRÉGIA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL NA CONFORMIDADE DA ATA E NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA SESSÃO, QUE INTEGRAM ESTE JULGADO, À UNANIMIDADE, REJEITAR A PRELIMINAR ARGUIDA. NO MÉRITO, POR IGUAL VOTAÇÃO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. (TJES, Classe: Apelação, 0002963-55.2010.8.08.0026 (026100029631), Relator : JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 06/10/2015, Data da Publicação no Diário: 14/10/2015)

Em outro julgado a segunda câmara civil do TJES seguiu o mesmo entendimento da primeira câmara civil do julgamento da apelação acima citado. Em sentença do juízo *a quo* não foi provido os danos morais pela infidelidade do cônjuge infiel. Assim, em sede recursal o cônjuge traído buscava a reforma da sentença baseando-se que o dever conjugal não foi observado e que esse deveria ser motivo suficiente como ensejador dos danos morais. Porém, este não foi o entendimento dos desembargadores da segunda câmara civil. Em argumentação entendeu-se que a infidelidade, *de per si*, não é suficientemente ensejador para configurar a responsabilidade civil por parte do consorte infiel, tendo em vista que o simples ato de infidelidade não é capaz de atingir a honra do consorte traído, ou seja, para que ocorra o dano moral a ação do cônjuge deve ocasionar repercussões sociais graves atingindo a imagem e à saúde mental do consorte traído, não se aplicando o instituto do dano moral pelo simples ato de inobservância do dever conjugal da fidelidade recíproca.

“CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFIDELIDADE. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I. A infidelidade, *por si só*, não autoriza a imposição do dever de indenizar em favor do cônjuge traído. É de todo imprescindível que se demonstre que a quebra da fidelidade veio a ocasionar graves repercussões sociais ou até mesmo prejudiciais reflexos à saúde mental e à imagem de quem se diz ofendido, o que não ocorreu na hipótese dos autos. II. Recurso conhecido e desprovido”.

(TJES, Classe: Apelação, 0044598-17.2013.8.08.0024, Relator NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 13/10/2015, Data da Publicação no Diário: 28/10/2015)

5.2 ENTENDIMENTO DO STJ

Por sua vez, a Terceira Turma do STJ julgou o recurso especial nº REsp 922.462- SP onde a esposa infiel foi condenada a reparação civil do dano moral causado ao cônjuge, por ignorar o dever de fidelidade na relação conjugal. Os Ministros julgadores entenderam que a violação do dever de fidelidade recíproca, *por si só*, não constitui

ofensa a honra e à dignidade do consorte, porém, não se pode ignorar que na relação matrimonial existem imposições restritivas aos consortes, principalmente no dever de fidelidade recíproca, o qual pode, efetivamente, acarretar danos morais ao cônjuge traído. “Isso porque o dever de fidelidade é um atributo de quem cumpre aquilo a que se obriga, condição imprescindível para a boa harmonia e estabilidade da vida conjugal”³⁶. Assim, tendo a esposa infiel agido de forma contrária ao dever de fidelidade e, inclusive concebida prole de terceiro, e o cônjuge traído criado como seu filho, representa este como efetivo dano moral devendo aplicar a reparação civil.

Ressalta-se que, no caso em tela, os danos morais se manifestaram *in re ipsa*, ou seja, dano moral presumido.

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS PELA OCULTAÇÃO DA VERDADE QUANTO À PATERNIDADE BIOLÓGICA.

A esposa infiel tem o dever de reparar por danos morais o marido traído na hipótese em que tenha ocultado dele, até alguns anos após a separação, o fato de 101 que criança nascida durante o matrimônio e criada como filha biológica do casal seria, na verdade, filha sua e de seu “cúmplice”. De fato, a violação dos deveres impostos por lei tanto no casamento (art. 1.566 do CC/2002) como na união estável (art. 1.724 do CC/2002) não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte, apta a ensejar a obrigação de indenizar. Nesse contexto, perde importância, inclusive, a identificação do culpado pelo fim da relação afetiva, porquanto deixar de amar o cônjuge ou companheiro é circunstância de cunho estritamente pessoal, não configurando o desamor, por si só, um ato ilícito (arts 186 e 927 do CC/2002) que enseje indenização. Todavia, não é possível ignorar que a vida em comum impõe restrições que devem ser observadas, entre as quais se destaca o dever de fidelidade nas relações conjugais (art. 231, I, do CC/1916 e art. 1.566, I, do CC/2002), o qual pode, efetivamente, acarretar danos morais. Isso porque o dever de fidelidade é um atributo de quem cumpre aquilo a que se obriga, condição imprescindível para a boa harmonia e estabilidade da vida conjugal. Ademais, a imposição desse dever é tão significativa que o CP já considerou o adultério como crime. Além disso, representa quebra do dever de confiança a descoberta, pelo esposo traído, de que a criança nascida durante o matrimônio e criada por ele não seria sua filha biológica. O STF, aliás, já sinalizou acerca do direito constitucional à felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana (RE 477.554 AgR-MG, Segunda Turma, DJe 26/8/2011). Sendo assim, a lesão à dignidade humana desafia reparação (arts. 1º, III, e 5º, V e X, da CF), sendo justamente nas relações familiares que se impõe a necessidade de sua proteção, já que a família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF). Dessa forma, o abalo emocional gerado pela traição da então esposa, ainda com a cientificação de não ser o genitor de criança gerada durante a relação matrimonial, representa efetivo dano moral, o que impõe o dever de reparação dos danos acarretados ao lesado a fim de restabelecer o equilíbrio

36 REsp 922.462-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4/4/2013 (Informativo nº 0522).

pessoal e social buscado pelo direito, à luz do conhecido ditame *neminem laedere*. Assim, é devida a indenização por danos morais, que, na hipótese, manifesta-se *in re ipsa*.

REsp 922.462- SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4/4/2013 (Informativo nº 0522).

6 CONCLUSÃO

Entendendo o casamento como um acordo de vontade estabelecido livremente entre os cônjuges onde adquirem os deveres e as obrigações matrimoniais, sendo o dever da fidelidade recíproca o foco deste artigo, sua inobservância por qualquer um dos nubentes caracteriza um ilícito civil, pois centra-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em busca da efetiva felicidade. Neste cerne, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, mesmo nas relações matrimoniais, tem a obrigação de reparar.

Percebe-se a inexistência de disposição legal na legislação brasileira quanto a possibilidade da aplicação do instituto da reparação civil por danos morais na esfera do direito de família, tanto na relação de casamento quanto na constância da união estável, entretanto, essa lacuna está sendo preenchida por meio dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinário.

Contudo, como se vê, o dano moral é um tema muito discutido por ter caráter subjetivo e de difícil comprovação e embora a traição importe a violação dos deveres da relação matrimonial e sua violação constitua ato ilícito, a simples falta de observância deste requisito, por si só, segundo entendimento jurisprudenciais, não gera a compensação por danos morais à parte ofendida, sendo necessário que efetivamente restam comprovados os pressupostos de reconhecimento do dano para ensejar responsabilidade civil, ou seja, que o ato de infidelidade tenha tomado proporções que torne insustentável ao ofendido e que este, comprovadamente, tenha graves repercussões sociais ou até mesmo prejudiciais reflexos à saúde mental e à imagem de quem se diz ofendido. Por outro lado, doutrinadores entendem que o dano moral em casos de infidelidade é presumido, ou seja, *in re ipsa*, considerando que a vida em comum impõe restrições que devem ser observadas, o qual pode, efetivamente,

acarretar danos morais sua simples inobservância. Inclusive, em certos casos, o STJ sinalizou o precedente de danos morais presumidos.

Portanto, tem-se a necessidade de tornar pacífico os julgamentos acerca do tema em foco, tornando o judiciário estável, trazendo, assim, maior segurança jurídica dos tutelados.

7 REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Revista dos Tribunais, no 32, 1993, p. 202.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

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

CAVALIERI, Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**, 9ª Edição, Editora Atlas, págs. 83-84 - grifos originais)

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7, 20. ed. Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito de família / Maria Helena Diniz. - 26. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 3. 446p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. IV. 556 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – Direito de Família**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Volume 6. 10ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros & TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Volume 2. Edição 42ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, ed. 7º, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. Saraiva. São Paulo, 2013. p.43.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, 1ª ed. da tradução de Paolo Capitanio da 6ª ed. italiana, Campinas, Bookseller, 1999, vol. II, apud NADER, Paulo (2016, p. 130).

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Divórcio e Separação**. 2º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

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

Tratado de Direito de Família, pág. 76, apud Inácio de Carvalho Neto, **Responsabilidade Civil no Direito de Família**, Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim, Editora Juruá, 4ª Edição, pág. 289

Universidade Federal do Espírito Santo. Normalização de referências: NBR 6023:2002 / Universidade Federal do Espírito Santo, Biblioteca Central. - Vitória, ES: EDUFES, 2015.

Universidade Federal do Espírito Santo. Biblioteca Central. Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos / Universidade Federal do Espírito Santo, Biblioteca Central. - 2. ed. - Vitória, ES: EDUFES, 2015.

WALD, Arnaldo, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407