

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I- O DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL	14
1.1 A Família como base da sociedade.....	14
1.2 O Casamento e seus deveres	15
1.3 O dever de fidelidade conjugal.....	19
CAPÍTULO II- DEVER DE INDENIZAR	22
2.1 Responsabilidade Civil.....	22
2.2 Dano moral	25
CAPÍTULO III – O DEVER DE INDENIZAR DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL E EFICÁCIA SOCIAL	30
3.1 Eficácia social	30
3.2 o alcance do dever de fidelidade conjugal e o dano moral.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

O casamento é estimado como a melhor forma de garantir a criação adequada dos filhos. Ele proporciona intimidade, amizade, afeto, realização sexual, companheirismo e conveniência para o desenvolvimento emocional.

Os efeitos jurídicos do casamento podem ser percebidos como as implicações que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, originando direito e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas.

O dever moral e jurídico de fidelidade recíproca deriva do caráter monogâmico do casamento e dos interesses elevados da sociedade, visto que estabelece um dos fundamentos da vida conjugal e da família legítima.

Desse modo surge o questionamento se tal dever é revestido de eficácia, sobretudo no que tange aos deveres de responsabilidade civil.

Embora se encontre disposto no Código Civil em seu art. 1566, I quanto ao dever de fidelidade conjugal é possível afirma sua indiscutível vigência. Mas, pode-se afirmar sua eficácia, sobretudo no que tange aos deveres de responsabilidade civil?

Como hipótese para o problema proposto a resposta tende pela negativa, visto que a constatação da ineficácia de uma norma não vem assinalada em lei, nem é discriminada pelo judiciário claramente. Em geral, o fenômeno é subentendido, e só se revela quando a matéria já passa despercebida pela comunidade. Nesse ponto, revela-se a ineficácia social do dever de fidelidade conjugal, indo ao encontro com alguns julgados emanados os quais reconhecem que o dever de indenizar encontra respaldo, diante do caso concreto na situação de exposição ou não e não simplesmente na infidelidade conjugal.

Como marco teórico da pesquisa utiliza-se o julgado emanado o Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado por Beretta da Silveira, o qual reconhece que o dever de indenizar não se pauta na infidelidade conjugal e sim na situação de vexame o qual foi exposto.

Ementa: Apelação Ação de indenização por danos morais Preliminares de prescrição e de nulidades processuais decorrente da falta de citação após a emenda da exordial, do indevido julgamento antecipado do feito e da inexistência de designação de audiência de conciliação rejeitadas ? **No mérito, verifica-se a ocorrência de dano moral na espécie, consistente não no ato da quebra do dever de fidelidade conjugal pela apelante, mas na situação de vexame a que foi exposto seu ex-consorte, o qual, por cerca de 27 anos, figurou civilmente como pai de pessoa gerada a partir de relacionamento extraconjugal mantido pela ex-esposa** Aplicação, à espécie, do art. 252 do Regimento Interno desta Corte Observações acerca do valor indenizatório (que, embora tenha se mostrado aquém do recomendado pelas peculiaridades da espécie, não pode ser majorado neste instante, em respeito à vedação da reformatio in pejus?) e do marco inicial do fluxo dos juros moratórios (data do evento danoso) Recurso improvido, rejeitadas as preliminares e com observações. (grifei)¹

A principal justificativa está no questionamento sobre a eficácia do dever de fidelidade conjugal, contido no Código Civil e sua eficácia, principalmente no que tange a seu descumprimento e o dever de indenizar.

O projeto de pesquisa é importante em algumas esferas, destacando-se pela existência de três níveis distintos de pertinência, o ganho jurídico, o ganho social e o ganho pessoal, os quais passamos a descrever.

O ganho jurídico da pesquisa se demonstra pela necessidade de interpretação das opiniões de importantes doutrinadores que serão trazidos e a discussão sobre o tema, analisando alcance do dano moral diante do dever de fidelidade conjugal.

Quanto ao ganho social se revela com a apresentação para toda a sociedade, não somente para aqueles que lidam com o direito, sobre as características que estão presentes na pesquisa, considerando serem as questões inerentes à fidelidade conjugal alcança grande parcela social.

Já o ganho pessoal é demonstrado por meio do aumento do conhecimento que a pesquisa concederá, contribuindo para a qualificação profissional, bem como para o aprimoramento e aprofundamento da matéria.

Como metodologia de pesquisa o presente projeto utiliza-se da presente pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrina, jurisprudências, artigos, bem como a legislação pertinente ao tema.

¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 0029647-25.2009.8.26.0196 *Apelação* 0029647-25.2009.8.26.0196 Relator(a): Beretta da Silveira Data do julgamento: 08/05/2012 Data de registro: 09/05/2012

Como setores do conhecimento a pesquisa se revela transdisciplinar considerando o intercruzamento de informações em diferentes ramos do direito tais como Direito Civil e Direito Constitucional

A presente monografia será dividida em três capítulos. O primeiro deles intitulado “O Dever de Fidelidade Conjugal” abordará as questões que dizem respeito a esse dever, bem como as características de formação das famílias e casamento.

O segundo capítulo intitulado de “Dever de indenizar” buscará demonstrar os tipos de reponsabilidade civil especialmente, o dano moral. Finalizando o terceiro capítulo que terá por título “ O dever de indenizar diante da infidelidade conjugal e eficácia social” demonstrar a ineficácia social do dispositivo e os argumentos contra o dever de indenizar,

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A família é imprescindível dentro da sociedade diante da importância que se tem na tomada de decisões e valores dentro dessa. Diante disso, deve-se ser cauteloso no momento de sua formação, devendo o sentimento de afeto recíproco entre os entes formadores. A sociedade evoluiu e com ela as famílias

O conceito de família pode ser entendido como

Considera-se família o conjunto de pai, mãe e filhos, pessoas do mesmo sangue, descendência, linhagem. Etimologicamente, a palavra família prende-se ao verbete latino *famulus*, escravo, porém, em sua acepção original, família era evidentemente a *família proprio iure*, i.e., o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *paterfamilias*. Noutra acepção lata e mais nova, família compreendia todas as pessoas que estariam sujeitas ao mesmo *paterfamilias*. Em ambos os conceitos de família, a base do liame são pessoas e a autoridade do *paterfamilias*, que congrega todos os membros.²

Como vimos a família é o núcleo, a base fundamental do Estado. Se a família está fortalecida o Estado caminha na mesma direção.

O dever conjugal de fidelidade, encontra-se insculpido no artigo 1.566, inciso I do Código Civil:

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.(grifei)³

Por fidelidade conjugal o conceito fornecido por Carolina Garcia é importante:

Têm-se como sinônimos de fidelidade os termos lealdade, honradez, honestidade, integridade, pontualidade, constância, firmeza, perseverança, entre outros. É possível, assim, conceituar o dever de fidelidade como a lealdade entre os parceiros, especialmente no que tange às relações cujo

² LIMA, Roseana Mathias Alves *O conceito de Família e os benefícios legais concedidos aos seus integrantes no âmbito do Estatuto dos Servidores Públicos Federais*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6379. Acesso em 28 abr. 2013

³ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.284

principal objetivo seja o prazer físico e a satisfação sexual. O desrespeito a tal dever configura-se, a princípio pela prática de relação sexual com pessoa estranha ao casamento ou à união estável. seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal⁴

No que diz respeito eficácia Pedro Lenza auxilia nosso entendimento com o que se segue:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.⁵

O tema visto de forma descompromissada simula certa certeza, sobretudo por se tratar de uma questão específica dos relacionamentos afetivos, que com certeza já conhecemos. Mas, o que se questiona é se tal dever, quando violado, por si só gera o dever de responsabilizar pelo dano moral sofrido.

Por dano moral Sergio Cavalieri Filho preleciona:

Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X a plena reparação do dano moral.⁶

Já para Carlos Roberto Gonçalves dano moral pode ser entendido como:

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 humilhação⁷

⁴ GARCIA, Carolina Ribeiro. *O dever de fidelidade no casamento e na união estável e suas possíveis consequências*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5222>>. Acesso em 30 abr. 2013

⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.135.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.97

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.p.25

Neste contexto, o Poder Judiciário é posto como mediador, entre uma Lei que não acompanha a reconstrução rápida da sociedade, havendo a necessidade de contrastarem aspectos técnico-jurídicos relativos, referentes à validade da norma.

CAPÍTULO I- O DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL

1.1 A Família como base da sociedade

É certo que a família é o alvo maior de toda proteção estatal, por ser considerada a base formadora de toda a sociedade.

Afirma-se que o casamento é o alicerce de todo o Direito de Família. Através dele transmitem-se direitos e obrigações na sociedade conjugal, influenciando no Direito das Sucessões, podendo alterar o patrimônio material dos contraentes.

Diversas são as fontes emanadas pelo ambiente social para a concepção da personalidade humana. Incontestavelmente, a família é a mais respeitável de todas. É instituto no qual a pessoa humana descobre abrigo incondicional, fonte da sua própria felicidade.

Denota-se que a formação de famílias, de maneira especial àquela constituída pelo casamento, surgiu dentro de um contexto histórico em que os interesses do grupo justificavam os atos necessários à sobrevivência deste.

A formação de famílias na atualidade é baseada no afeto dessa feita a única condição para a sua composição não é jurídico e sim fático.

Nessa linha de intelecção, Gustavo Tepedino assevera sobre a principal preocupação atual concernente ao casamento está na pessoa humana:

[...] a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.⁸

Nesse intento a lei reconhece outras espécies de constituição de família além do casamento, quais sejam, a união estável e a família monoparental.

Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.328.

abarcam todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.⁹

Corroborando com esse entendimento Cristiano Chaves proclama que, “nos dias de hoje, predomina um modelo familiar eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”.¹⁰

1.2 O Casamento e seus deveres

Como vimos a família é o núcleo, a base fundamental do Estado. Se a família está fortalecida o Estado caminha na mesma direção.

O casamento é estimado como a melhor forma de garantir a criação adequada dos filhos. Ele proporciona intimidade, amizade, afeto, realização sexual, companheirismo e conveniência para o desenvolvimento emocional.

Os efeitos jurídicos do casamento podem ser percebidos como as implicações que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, originando direito e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas.

Igualmente produzem efeitos de ordem social, que ultrapassa a concepção da família legítima, avaliada como o primeiro e principal efeito matrimonial, como, por exemplo, o casamento ocasiona a emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o inteiramente capaz, como se houvesse atingido a maioridade.

Concernente aos efeitos pessoais, com o ato do casamento passa a existir, automaticamente, para os cônjuges, situações jurídicas que cominam direitos e

⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em 28 set 2013

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. *Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional*. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.p.54

deveres recíprocos, reclamados pela ordem pública e interesse social, e que ultrapassam a questão pecuniária tais como: fidelidade recíproca e a mútua assistência.

Para Washington Monteiro de Barros, as finalidades do casamento não estão reguladas em lei, visto que são de caráter íntimo e pessoal.

Se indagarmos sobre os fins que impelem duas pessoas ao casamento e as norteiam na vida conjugal, verificaremos, então, que homem e mulher buscam encontrar o bem comum, que é a felicidade. Para que essa finalidade seja alcançada é preciso superar as limitações e deficiências que todos os seres humanos possuem, em maior ou menor grau. Sendo as pessoas originalmente limitadas e querendo superar suas deficiências, encontram em seu par amoroso o campo fértil para tanto, por meio de conduta de aperfeiçoamento constante, com apoio e auxílio aos mútuos.¹¹

O dever de mútua assistência se abarca todos aos cuidados pessoais que se darão durante o casamento que irão de encontro ao bem estar dos dois.

Fazer a análise de tais são de suma importância dentro do contexto, visto que, através delas tem-se disciplinados os efeitos jurídicos do casamento, os quais devem estar em consonância com os objetivos que levam duas pessoas a se casarem, orientando-os na vida em comum.

Ademais, se a principal finalidade do casamento é instituir que o casal tenha comunhão plena de vida, baseada nos sentimentos recíprocos, não existindo qualquer diferença entre os dois, deve se buscar a vida a dois baseada não apenas no aspecto jurídico mas também no afeto.

Nesse intento Carlos Roberto Gonçalves preleciona:

Sem dúvida a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, como prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002, impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres do cônjuge e na mútua assistência.¹²

¹¹BARROS, Washington Monteiro. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010. p.23.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.p.25

De acordo com César Fiúza “O casamento possui características próprias o casamento é ato formal, plurilateral, *intuitu personae*, dissolúvel, realizado entre pessoas de sexo diferente.”¹³

No que diz respeito à natureza jurídica do casamento vê-se que existe divergência doutrinária. Existem três correntes, quais sejam a contratualista, a institucionalista e a mista.

Em conformidade com a concepção contratualista, o casamento civil deve ser considerado como um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam da vontade das partes. “Para essa corrente, o matrimônio é um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifesto por sinais exteriores”.¹⁴

Assim sendo, o casamento é um contrato, satisfaz à vontade dos contratantes, desde que essa pretensão não seja desfavorável à lei.

Silvio Rodrigues expressa que:

[...] absorvendo a natureza jurídica de contrato, o casamento pode ser dissolvido pelos contratantes por mero distrato, o que afasta a intenção do legislador em manter o matrimônio como uma instituição que gera efeitos independentemente da vontade dos cônjuges [...] o casamento trata-se de instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei [...].¹⁵

Já os adeptos da corrente institucionalista o casamento é exclusivamente uma instituição civil realizada entre duas pessoas. Washington de Barros Monteiro assevera: “Por outro lado, a concepção institucionalista vê o casamento como uma grande instituição social, que nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas formas e seus efeitos”.¹⁶

Na mesma linha de pensamento Carlos Roberto Gonçalves aduz que:

Para essa corrente o casamento é uma instituição social no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador [...] o casamento constitui assim, uma grande instituição social que, de fato, nasce da vontade dos contratantes, mas que, da

¹³ FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003. p.798

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. . *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000 .p.43

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 20

¹⁶ BARROS, Washington Monteiro. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010. p.23.

imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos [...]¹⁷

Como um terceiro ponto, objetivando buscar o balanceamento entre as duas outras corrente mencionadas, tem-se teoria mista, que considera o casamento como uma instituição civil e um contrato ao mesmo tempo. Logo, “enquanto celebração, é contrato; enquanto vida comum, é instituição social”¹⁸.

Logo, tem-se no casamento como ato gerador de uma situação jurídica é um contrato, no entanto como um complexo de normas que governam os cônjuges durante a vida conjugal predomina o caráter institucional.

O legislador civil, dispôs no artigo 1566 do Código Civil os deveres dos cônjuges durante a permanência do casamento, demonstrando a clara intenção de proteção das famílias.

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.¹⁹

Da análise do artigo em comento é possível confirmar a intenção do legislador na manutenção das famílias, fazendo com que a legislação fosse taxativa nesse sentido.

Importante salientar que a Constituição da República em seu artigo 226, §5º garantiu a isonomia entre homens e mulheres durante a vida conjugal. “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”²⁰

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.p.25

¹⁸ FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003. p. 799

¹⁹ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2012. p.284

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva,2012. p.15.

Para Alexandre de Moraes

A partir da fixação do conceito de entidade familiar, a Constituição estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares: • cabeça do casal: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;²¹

Assim sendo, o casamento é a forma mais usual de constituição de família dentro da sociedade e assim como a união estável as relações são alicerçadas no afeto e respeito mútuos.

Importante ressaltar, ainda, que recentemente o Supremo Tribunal Federal , reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, a regra não se aplica aos casamentos. Assim não existe em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de realização de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

1.3 O dever de fidelidade conjugal

O dever de fidelidade conjugal normativamente conferido segue o desenvolvimento natural e a constituição da família. As regras que a geriam, desde nossos antepassados mais primitivos, já discutiam as questões inerentes à fidelidade como obrigação conjugal, sempre dando mais ênfase as questões atinentes à fidelidade feminina.

Por toda legislação atual vemos tais normas, que derivaram, num primeiro momento, das regras de condutas sociais de tais povos, até se compuserem no denominado Direito positivado.

O dever moral e jurídico de fidelidade recíproca deriva do caráter monogâmico do casamento e dos interesses elevados da sociedade, visto que estabelece um dos fundamentos da vida conjugal e da família legítima.

É possível afirmar que dizer que diante de sua importância, o dever de fidelidade está disposto no já mencionado, inciso I do artigo 1.566 do Código Civil .de 2002, e é fundamentado no princípio da monogamia, em que um homem só deve possuir uma esposa e a mulher só ter um esposo ou companheiro.

²¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.282.

Sobre o princípio da Monogamia, Rodrigo da Cunha Pereira percebe como uma maneira de coordenação da família conjugal. No caso da quebra de tal princípio ele preceitua:

A caracterização do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas na relação extraconjugal, em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja ela paralela ao casamento, união estável ou qualquer outro tipo de família conjugal.²²

A monogamia está diretamente relacionada com o dever de fidelidade conjugal, já que determina que durante a constância do matrimônio haja apenas o casal como parte integrante da relação.

O desígnio do dever de fidelidade é coibir que qualquer dos cônjuges mantenha relações sexuais com terceiros, voltando-se, como já mencionada, todas as suas atenções para o companheiro com o qual decidiu conviver. Portanto, não há lugar para terceiros nesse tipo de relação.

O material ou físico e imaterial ou o imoral, de forma que seu inadimplemento dá-se pela prática do ato sexual com terceira pessoa, e, igualmente, de outros atos que, conquanto não cheguem à cópula carnal, comprova a finalidade de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal.

Ainda em análise à fidelidade, que o seu descumprimento abrange, além das relações extraconjugais com pessoas de sexos opostos, as relações de caráter homoafetivos, igualmente, para Maria Helena Diniz, a fidelidade é exigida por lei, "é o mais importante dos deveres conjugais, uma vez que é a pedra angular da instituição [...]".²³

Logo, tem-se no dever de fidelidade conjugal o compromisso assumido entre os cônjuges com o intuito de voltar-se apenas um para o outro durante todo o casamento.

Determinados casos causados pela infidelidade, sobretudo, quando a tornam pública, têm ao cônjuge vítima perdas tanto de ordem pessoal quanto social, que podem ocasionar grandes problemas no transcorrer da sua vida.

²² CRUZ, Maria Luiza Póvoa, *Dignidade: o vértice do Estado Democrático de Direito*. Disponível em http://www.esmeg.org.br/pdfMural/dra._maria_luiza_-_parte_2_-_07-12-2011.pdf. Acesso em 25 set 2013.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 5: Direito de Família. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.46.

CAPÍTULO II- DEVER DE INDENIZAR

A partir do momento que se tem um dano vem com ele a necessidade de reparação, que pode ser em âmbito civil, com isso tem-se a denominada responsabilidade civil a qual passaremos de agora em diante a dissertar.

2.1 Responsabilidade Civil

Como mencionado responsabilidade civil impõe ao agente a obrigação legal de reparar o dano ou compensar o prejuízo ocasionado por uma conduta contraria a outrem.

Ou seja, cabe aquele que cometeu algum tipo de dano ao interesse de um particular, deve obrigatoriamente indenizar. Nesse ponto, pautam-se as considerações de Pablo Stolze, que assim entende:

De tudo o que disse até aqui, conclui-se que na noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a *piori*, ilicitamente viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequência de seus atos (dever de reparar), a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa.²⁴

Urge ressaltar nesse momento sobre o elemento culpa nas questões inerentes ao dever de responsabilizar, O Direito Civil clássico aplica o princípio da culpa como fundamental da responsabilidade extracontratual, permitindo, contudo, exceções para a responsabilidade por risco, tendo, assim, um sistema misto de responsabilidade. Dessa forma, a responsabilidade civil se divide em duas outras, ou seja, responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Sergio Cavalieri Filho, nesse ponto, expressa que:

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil*- 9ed., São Paulo: Saraiva. 2011. 51.

A ideia de culpa esta visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação, sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.²⁵

Nesse diapasão existindo o elemento culpa a responsabilidade será subjetiva, lado outro será objetiva caso não seja necessário a comprovação desse elemento, de acordo com Marcelo Silva Brito o qual expressa:

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. [...] A lei impõe, entretanto, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).²⁶

Na atualidade o elemento culpa como principal formador da responsabilidade civil não mais tem sido utilizado, visto que a caracterização da culpa é exceção. Esse é o entendimento trazido pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “Art. 927 [...] 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.”²⁷

Fazendo a interpretação do artigo em comento Udelson Josué afirma que:

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6., ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.38.

²⁶ BRITTO, Marcelo Silva. *Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil* .. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 01 out. 2013.

²⁷ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2012..p.226.

objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explica que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de 'atividade normalmente desenvolvida' por ele.²⁸

Na mesma linha de raciocínio, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona falam sobre os elementos essenciais para constituir a responsabilidade civil:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.²⁹

Assim devem existir a conduta do agente, os danos e o nexo de causalidade para que a responsabilidade civil esteja caracterizada. Ante a inexistência de qualquer desses elementos não há que se falar em responsabilidade civil e necessidade de reparação do dano.

A conduta humana poderá ser positiva ou negativa na responsabilidade civil, já que a responsabilidade objetiva está fundada no risco. Conforme expõe Maria Helena Diniz, a conduta humana pode ser omissiva ou comissiva:

A conduta humana como elemento 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 lesado³⁰

Para que a conduta humana origine a responsabilidade civil do agente, é necessária a constatação do dano dela decorrente. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado, visto ser um dos pressupostos da responsabilidade civil,

²⁸ RALDI, Udelson Josue. *Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em 1 out. 2013.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil-* 6ed., São Paulo: Saraiva. 2004. p.14..

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.37

contratual ou extracontratual, por isso que, sem o seu acontecimento não existe a indenização.

Para Sergio Cavalieri Filho a função do dano consiste em:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.³¹

O dano poderá se dar tanto na esfera patrimonial, quanto na moral. O dano moral será objeto de estudo mais adiante.

O ultimo pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil é o nexos de causalidade, que é o liame que faz a ligação entre a conduta humana e o dano ocasionado.

Diante do exposto, é de suma importância a existência desses três elementos para que a responsabilidade civil possa se concretizar.

2.2 Dano moral

Quando se fala no dever de reparar um dano ocasionado, é fundamental atentar ao fato que tal pode se dar em âmbito moral. Logo, sendo assim, também haverá a necessidade de reparação ante a existência do elementos que caracterizam a responsabilidade civil, anteriormente mencionados.

Existem valores internos no ser humano os quais não são passíveis visualização externa, tem-se ai os denominados valores íntimos da personalidade, os quais, são amplamente tutelados pelo direito, evoluiu lentamente até atingirmos a concepção que temos atualmente.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6., ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.88.

A partir da Constituição da República de 1988, a qual tem por alicerce a manutenção e consagração da dignidade da pessoa humana, tendo o ser humano como o cerne do ordenamento jurídico, transformando seus direitos no fio condutor de todos os demais ramos jurídicos, o dano moral passou a ser visto sob uma nova ótica.

No que tange ao princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição da República, deu ao dano moral uma nova feição e uma maior dimensão.

Nesse ponto pautam-se os julgados emanados pelos Tribunais os quais vem reconhecendo a relação entre o dano moral e a manutenção da dignidade da pessoa humana

APELAÇÃO - DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - EXCLUDENTES NÃO COMPROVADAS - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL. - O transportador de ônibus de linha é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público - transporte coletivo - e, como tal, submete-se à teoria do risco administrativo, por força da norma constitucional contida no art. 37, § 6º. - O dano material necessita ser cabalmente demonstrado de forma a ser ressarcido, incluindo nesta situação a possibilidade de dano com ressarcimento futuro.- Na moderna concepção doutrinária os danos morais estão presentes, via de regra, em qualquer lesão à subjetividade da pessoa nas situações que vivencia cotidianamente, pois visam tutelar o respeito à dignidade humana.³²

Em outro julgado observa-se que foi relacionado o reconhecimento do dano moral com a manutenção da dignidade da pessoa humana:

- A arguição de que houve culpa exclusiva da vítima ou mesmo culpa concorrente não se coaduna com as provas produzidas nos autos.
 - Comprovada a responsabilidade do réu pelo acidente de trânsito que ocasionou a morte do filho dos autores, impõe-se o dever de indenizar, como entendeu o magistrado a quo. - O dano moral constitui a lesão à dignidade da pessoa humana que, por sua vez, é composto pela integridade psicofísica, liberdade e igualdade. - Como o ato ilícito ocasionou a morte do filho dos autores, o dano moral é presumido.
 - A reparação moral tem função compensatória e punitiva. A primeira, compensatória, deve ser analisada sob os prismas da extensão do dano e das condições pessoais da vítima. A finalidade punitiva, por sua vez, tem caráter pedagógico e preventivo, pois visa desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita. - A fixação do quantum indenizatório deve se dar com

³² BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS *Apelação Cível* 1.0145.11.062153-2/001 0621532-14.2011.8.13.0145 (1) Des.(a) Alexandre Santiago Data do julgamento:16/10/2013, Data da publicação: 21/10/2013. Acesso em 20 out. 2013

prudente arbítrio, observadas as circunstâncias do caso, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.- Honorários fixados conforme o art. 20, §§ 3º e 4º e 21 do CPC mantidos.³³

Como visto na jurisprudência o julgador reconheceu a ligação entre o dano moral e a lesão à dignidade da pessoa humana, devendo a reparação moral se realizar não apenas com cunho punitivo, mas também compensatório.

Dentro dessa perspectiva o dano moral é evidenciado, pois, tanto as lesões patrimoniais quanto aquelas extrapatrimoniais devem ser ressarcidas, ainda que haja dificuldades para descobrir a existência do dano.

É possível na maioria dos casos , se não em todos, descobrir se o ofendido sofreu realmente uma dor, com a pratica do fato ilícito e o juiz pode a cada passo ver um verdadeiro sofrimento onde não há mais que uma hipocrisia dissimulada que le não consegue desmascarar.³⁴

Embora o argumento mencionado tenha certa logica é preciso contextualiza-lo ante a moralidade média do cidadão comum, como expressa novamente Pablo Stolze:

Há situações em que não há como se reconhecer a existência de dano moral, como é o caso, por exemplo, da dor que os pais fatalmente sofrem com a morte dos filhos. Nesses casos, se o fato for imputado a outrem, não deve existir qualquer hesitação, por parte do Estado, no reconhecimento judicial de uma compensação pelo dano causado, dando este que-sabemos- jamais poderá ser reparado em sua integralidade.³⁵

Portanto, é possível dizer que o dano moral deve sim ser repado quando causado ao alguém, visto que o enfoque constitucional que deve ser dado ao dano moral está relacionado a essas afirmativas. Valores como a liberdade, a inteligência, a honestidade e outros valores de caráter intrínsecos, aceitos pelo homem comum, devem ser resguardados.

³³ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Cível 1.0686.08.223250-1/001 [2232501-53.2008.8.13.0686 \(1\)](#). Des.(a) Tibúrcio Marques Data do Julgamento 02/08/2012. Data da publicação 09/08/2012. Acesso em 20 out. 2013.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil-* 9ed., São Paulo: Saraiva. 2011. 112.

³⁵ Idem, p.112.

A reparação por dano moral constitui garantia constitucional, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais:

A saúde, bem relevante à vida e à dignidade da pessoa humana, foi elevada na atual Constituição Federal à condição de direito fundamental, não podendo ser, portanto, caracterizada como simples mercadoria nem ser confundida com outras atividades econômicas. O autor não estava inadimplente com a prestadora de serviço. A meu sentir, indene de dúvida que a situação vivenciada foi muito constrangedora, ultrapassando a barreira dos meros aborrecimentos. A autora não estava inadimplente com a prestadora de serviço. A meu sentir, indene de dúvida que a situação vivenciada foi muito constrangedora, ultrapassando a barreira dos meros aborrecimentos. Nesse ponto, chamo a atenção que a parte já se encontrava frágil psicologicamente, pois sofrera um aborto e quando precisava do plano que fora contratado teve negada a cobertura. - Sendo assim, negar à parte segurada o procedimento vai de encontro os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção ao consumidor. Chamo atenção, ainda, para o princípio que adoto ao julgar casos análogos, qual seja, função social do plano de saúde. - O critério de fixação é conferido ao juiz, que deverá arbitrar subjetivamente, levando em conta fatores como a gravidade da lesão e sua repercussão, a capacidade econômica das partes, as circunstâncias do caso.³⁶

No caso acima demonstrado foi reconhecido o constrangimento da situação pela qual a autora vivenciou, com o reconhecimento, até mesmo que tal sofrimento foi além de simples aborrecimentos, já que se encontrava fragilizada psicologicamente. Logo, o não reconhecimento de danos à sua moral fere o contido no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se da leitura da jurisprudência mencionada inclui no conceito de dignidade os bens relevantes a vida, devendo ser resguardados em total amplitude. Desse modo, conforme consagrado pela Constituição da República no conceito de dano moral, os direitos à intimidade, a imagem, ao bom nome, a privacidade, a integridade na esfera íntima.

Logo, o dano moral estende aos sentimentos como a dor, tristeza e sofrimento, atingindo a todos os bens personalíssimos, que são aqueles voltados para dentro de cada pessoa.

Não é possível negar que esses sentimentos devem também ser resguardados, visto que não há a possibilidade de falar em manutenção da

³⁶ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Cível* 1.0105.11.009677-0/001 0096770-14.2011.8.13.0105 (1) Des.(a) Rogério Medeiros Data do julgamento 10/10/2013, Data da publicação 18/10/2013.. Acesso em 23 out 2013.

dignidade da pessoa humana apenas com a proteção patrimonial dos bens do indivíduo sem se voltar para os valores da personalidade que o compõe.

CAPÍTULO III – O DEVER DE INDENIZAR DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL E EFICÁCIA SOCIAL

3.1 Eficácia social

O dever moral e jurídico de fidelidade recíproca deriva do caráter monogâmico do casamento e dos interesses elevados da sociedade, visto que estabelece um dos fundamentos da vida conjugal e da família legítima.

Desse modo surge o questionamento se tal dever é revestido de eficácia, sobretudo no que tange aos deveres de responsabilidade civil.

No que diz respeito eficácia Pedro Lenza auxilia nosso entendimento com o que se segue:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, pro sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.³⁷

Deve-se assinalar a eficácia jurídica o que muitos autores chamam de eficácia social da norma, que se alude, como aponta Reale, ao implemento eficaz do Direito por parte de uma sociedade, ao "reconhecimento" do Direito pela comunidade ou, mais especificamente, aos efeitos que uma regra opera através do seu cumprimento³⁸.

Em tal definição, eficácia social é a efetivação do comando normativo, sua força realizadora no mundo dos fatos. de modo deliberado quando se buscar perceber a capacidade de dar efeitos, deixou-se de lado a reflexão em saber se estes efetivamente se produzem.

A efetividade produz não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua autêntica aplicação.³⁹

³⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.135.

³⁸ REALE, Miguel *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.126.

³⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.135.

Desse modo, é necessário determinar a diferença entre o conceito de eficácia jurídica e eficácia social da norma. Enquanto a eficácia jurídica concebe a qualidade da norma dar seja em maior ou menor grau, determinados efeitos jurídicos ou a capacidade para produzir efeitos, relacionando-se com a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, a eficácia social da norma se confunde com a ideia de efetividade e indica o legítimo aproveitamento dos efeitos da norma juridicamente eficaz.

Para Pedro Lenza: “A eficácia social ou a efetividade está intimamente ligada à função social da norma e à realização do Direito.”⁴⁰

Confirmando esse entendimento, tem-se as considerações de José Afonso da Silva, o qual afirma:

A lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social, em que deve atuar; quanto mais seus termos abstratos se enriquecem de conteúdo social, do Direito. Cultural, mais eficaz ela é. Sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica⁴¹

Observados, pois, as nuances da eficácia social e jurídica de uma norma, a eficácia observada no atual cenário do dever de fidelidade conjugal, pode-se apontar que o instituto não é revestido de eficácia social.

O dever vai perdendo, cada vez mais, o caráter coercitivo do qual espera-se que tenha um dispositivo legal, ainda mais quando comina de forma literal e direta a observância do comportamento fiel, sem, nada obstante, obter qualquer êxito.

É possível dizer que de modo geral o dispositivo não mais se configura como ilícito ensejador de reparação civil; igualmente não pode ser considerado como juridicamente relevante para apuração de culpa no fim conjugal, visto que não mais se configura como conduta delitiva prevista em nosso código penal

É preciso considerar, ainda, no que diz respeito a conduta social, os cônjuges que tem comportamento com severa observância da fidelidade, isso se deve muito mais as acepções morais e religiosas, do que ao estrito cumprimento legal. Muitos, ainda hoje, desconhecem a imposição normativa do dever de fidelidade, e o tem tão tão-somente como regra moral, produto da tradição ou outras acordos éticos.

⁴⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.135.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Concordando com esse entendimento tem-se Maria Berenice Dias que diz o que se segue:

Se eventualmente um ou ambos cônjuges não cumprem dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal. Seria admitir-se que deixou de existir a fidelidade, deixou de se poder exigir quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Como a fidelidade não é um direito exequível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, despidiêda a permanência da previsão legislativa desse dever legal. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem consagrada em lei. Os outros recíprocos direitos e deveres igualmente não resistem a uma análise acerca de sua efetividade.⁴²

Certo é que do Direito de Família é o que mais sofre com a inabilidade da lei de acompanhar os fatores sociais que se sobrevêm, e se mostram assiduamente mutantes.

Desse modo, seja por critérios éticos, religiosos ou filosóficos, é simples a comprovação de que a imposição legal não mais suscita os efeitos que uma norma jurídica deveria dar na sociedade. Os reflexos partem da conduta generalizada, do costume, e refletem em diversos institutos jurídicos: a reparação civil, a proteção penal de bem jurídico, a relevância jurídica da conduta, entre outros fatores, que sugerem sua ineficácia social, e mostram suas dispensáveis de qualquer tipo de previsão normativa.

O dever de fidelidade deve ser, como tantos outros dispositivos inativos, retirado do nosso ordenamento jurídico. A permanência de previsão legal de um dever que confere aos cônjuges determinada conduta afetiva, de íntima administração humana, nos leva ao caos na aplicação da norma jurídica. De um lado temos um sistema positivista que atrai a rigorosa observância da lei. De outro, tal legislação, sob diversos ângulos, se mostra impróprio e inaplicável.

A família, entidade que capacita a pessoa humana ao convívio social e civilizado, deve, sim, ser objeto de normatização do Estado, sendo saudável a sua proteção. Entretanto, não lhe cabe a influência de aspectos afetivos, de caráter

⁴² DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade conjugal*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/22>>. Acesso em 02 de nov 2013..

personalíssimo e exato interesse de seus entes, tratam-se de fatos que devem ser livre de norma jurídica.

3.2 o alcance do dever de fidelidade conjugal e o dano moral

O tema visto de forma descompromissada simula certa certeza, sobretudo por se tratar de uma questão específica dos relacionamentos afetivos, que com certeza já conhecemos. Mas, o que se questiona é se tal dever, quando violado, por si só gera o dever de responsabilizar pelo dano moral sofrido.

Neste contexto, o Poder Judiciário é posto como mediador, entre uma Lei que não acompanha a reconstrução rápida da sociedade, havendo a necessidade de contrastarem aspectos técnico-jurídicos relativos, referentes à validade da norma.

Não raras vezes o Judiciário se vê obrigado a decidir sem observar a interpretação literal do dispositivo, já que volta-se para a situação gerada pelo infidelidade conjugal e não pura e simplesmente no ato em si, colocando em dúvida a observância de critérios de aplicabilidade legal e, especialmente, de eficácia.

Nesse ponto tem-se como marco teórico da pesquisa utiliza-se o julgado emanado o Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado por Beretta da Silveira, o qual reconhece que o dever de indenizar não se pauta na infidelidade conjugal e sim na situação de vexame o qual foi exposto.

Ementa: Apelação Ação de indenização por danos morais Preliminares de prescrição e de nulidades processuais decorrente da falta de citação após a emenda da exordial, do indevido julgamento antecipado do feito e da inexistência de designação de audiência de conciliação rejeitadas **No mérito, verifica-se a ocorrência de dano moral na espécie, consistente não no ato da quebra do dever de fidelidade conjugal pela apelante, mas na situação de vexame a que foi exposto seu ex-consorte, o qual, por cerca de 27 anos, figurou civilmente como pai de pessoa gerada a partir de relacionamento extraconjugal mantido pela ex-esposa** Aplicação, à espécie, do art. 252 do Regimento Interno desta Corte Observações acerca do valor indenizatório (que, embora tenha se mostrado aquém do recomendado pelas peculiaridades da espécie, não pode ser majorado neste instante, em respeito à vedação da reformatio in pejus?) e

do marco inicial do fluxo dos juros moratórios (data do evento danoso) Recurso improvido, rejeitadas as preliminares e com observações.⁴³ (grifei)

Nesse julgado o dever de responsabilizar se deu devido as consequências da infidelidade conjugal e não pelo ato em si. Pois a desembargadora reconheceu que a extensão do dano tem que ultrapassar o ato, ou seja, o simples fato de ter havido a infidelidade não enseja nenhum tipo de reparação Civil, nem mesmo em ordem de dano moral.

Em outro julgado do mesmo tribunal observa-se que o julgador também identificou que o fato de descumprir o dever de fidelidade conjugal não gera o dever de indenizar

Ementa: responsabilidade civil. Término de relação entre ex-companheiros. Dano moral. Inocorrência. Os desentendimentos do casal e até mesmo a traição, por si só, bem como as consequências dela oriundas, não geram dever de indenizar. Ausência de elementos a ensejar conduta abusiva. Sentença mantida. Recurso desprovido.⁴⁴

Aqui também é possível identificar a inocorrência do dano moral, sendo reconhecido que a infidelidade conjugal, ou mesmo as consequências dela advindas não geram o dever de indenizar, nem mesmo em âmbito moral.

Importante ressaltar que em outro julgado, do mesmo tribunal, o julgador reconheceu a necessidade de indenizar tendo por base a infidelidade conjugal, como se lê na jurisprudência que se segue:

EMENTA: DANOS MORAIS - INFIDELIDADE CONJUGAL - AGRESSÕES FÍSICAS E PSICOLÓGICAS - ÔNUS PROVA **Quando desrespeitado algum dos deveres conjugais, aquele se sentir ofendido tem o direito de propor ação de dissolução do casamento, imputando ao outro a conduta antijurídica.** Tal imputação, porém, tem cabida no âmbito do Direito de Família e da responsabilidade civil. O ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do art. 333, CPC, sendo certo que meras alegações, despidas de conteúdo probatório seguro, não são aptas a amparar o direito que se perquire. Comprovado o dano e a conduta ilícita,

⁴³ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 0029647-25.2009.8.26.0196 *Apelação* 0029647-25.2009.8.26.0196 Relator(a): Beretta da Silveira Data do julgamento: 08/05/2012 Data de registro: 09/05/2012

⁴⁴ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO *Apelação* 9162156-98.2008.8.26.0000 Relator(a): Coelho Mendes Data do julgamento: 19/03/2013, Data de registro: 28/03/2013. acesso em 30 abr. 2013

bem como o nexo causal entre ambos, está configurado o dever de indenizar⁴⁵

Embora haja divergência jurisprudencial, o entendimento deve se pautar na ineficácia do dever de fidelidade conjugal, visto que caso não ocasione suas consequências nenhuma lesão não há que se falar em indenização por dano moral, pois ele não existiu.

⁴⁵ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO *Apelação*1.0372.09.039415-9/001 Relator(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte Data de Julgamento: 19/04/2012 Data da publicação da súmula: 27/04/2012. Acesso em 30 abr. 2013

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dever de fidelidade conjugal encontra-se insculpido no artigo 1566, I do Código Civil, assinalando a forma como os cônjuges deve se tratar na constância do casamento.

Ante o desenvolvimento social é possível conceber que as relações matrimoniais também seguiram essa linha evolutiva. Desse modo, quando se fala em dever de fidelidade conjugal é preciso voltar-se para esse entendimento.

Logo, tem-se disposto no Código Civil um artigo cuja vigência é indiscutível e sem que haja nenhum tipo de eficácia social o revestindo.

Importante lembrar que como a norma continua vigente o judiciário tem se mostrado controvertido ao proferir suas decisões em âmbito de indenização por danos morais voltados ao infração de tal dever conjugal.

Certo é que embora existam tais controvérsias restou comprovado ao longo da pesquisa que o que confirma a necessidade de indenizar é a situação vexatória ou constrangedora na qual a parte fica exposta e não pura e simplesmente a infração ao dever de fidelidade conjugal.

Quando se fala em responsabilidade civil e o dever de indenizar a moral do indivíduo verifica-se ser imprescindível a presença dos elementos que o compõem, como a conduta, o dano e o nexo de causalidade existente entre eles. Portanto, diante da ausência de qualquer desses elementos não há que se falar em indenização.

Nesse contexto, torna-se de suma importância a análise do caso concreto, pois como já dito, o simples fato de descumprir o dever estabelecido pelo artigo 1566, I do Código Civil não enseja o dever de indenizar pelos danos morais possivelmente causados.

É indispensável que uma lei para continuar vigorando no ordenamento jurídico seja revestida de eficácia social e jurídica para que assim tenha efetividade no ordenamento jurídico. Em se tratando do dever de fidelidade conjugal é possível identificar que lhe falta à eficácia social, deixando assim a norma se efetividade.

Desse modo, ainda que existam as controvérsias como demonstrado no capítulo 3 da pesquisa, restou comprovado que deve haver cuidado da análise do

dispositivo mencionado, já que sua interpretação literal não é condizente com os moldes da sociedade atual em que vivemos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em 28 set 2013

BARROS, Washington Monteiro. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva,2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS *Apelação Cível* 1.0145.11.062153-2/001 0621532-14.2011.8.13.0145 (1) Des.(a) Alexandre Santiago Data do julgamento:16/10/2013, Data da publicação: 21/10/2013. Acesso em 20 out. 2013

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS *Apelação Cível* 1.0686.08.223250-1/001 2232501-53.2008.8.13.0686 (1). Des.(a) Tibúrcio Marques Data do Julgamento 02/08/2012. Data da publicação 09/08/2012. Acesso em 20 out. 2013.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Cível* 1.0105.11.009677-0/001 0096770-14.2011.8.13.0105 (1) Des.(a) Rogério Medeiros Data do julgamento 10/10/2013, Data da publicação 18/10/2013.. Acesso em 23 out 2013.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 0029647-25.2009.8.26.0196 *Apelação* 0029647-25.2009.8.26.0196 Relator(a): Beretta da Silveira Data do julgamento: 08/05/2012 Data de registro: 09/05/2012

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO *Apelação* 9162156-98.2008.8.26.0000 Relator(a): Coelho Mendes Data do julgamento: 19/03/2013,Data de registro: 28/03/2013. acesso em 30 abr. 2013

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO *Apelação*1. 0372.09.039415-9/001 Relator(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte Data de Julgamento: 19/04/2012 Data da publicação da súmula: 27/04/2012. Acesso em 30 abr. 2013

BRITTO, Marcelo Silva. *Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 01 out. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*.10ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2012.

DINIZ, Maria Helena. . Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 5. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa, *Dignidade: o vértice do Estado Democrático de Direito*. Disponível em http://www.esmeg.org.br/pdfMural/dra._maria_luiza_-_parte_2_-_07-12-2011.pdf. Acesso em 25 set 2013.

DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade conjugal*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/22>>. Acesso em 02 de nov 2013..

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V 5: Direito de Família. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional*. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil-* 9ed., São Paulo: Saraiva. 2011

GARCIA, Carolina Ribeiro. *O dever de fidelidade no casamento e na união estável e suas possíveis consequências*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5222>>. Acesso em 30 abr. 2013

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.

LIMA, Roseana Mathias Alves *O conceito de Família e os benefícios legais concedidos aos seus integrantes no âmbito do Estatuto dos Servidores Públicos Federais*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6379. Aceso em 28 abr. 2013

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.135.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RALDI, Udelson Josue. *Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em 1 out. 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004

REALE, Miguel *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.