

# RESPONSABILIDADE CIVIL NA VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE

## CIVIL LIABILITY IN THE INFRINGEMENT OF THE FIDELITY DUTY

Mariana Rodrigues Morais<sup>1</sup>

Marcílio Michel Leite Dias<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo objetiva analisar a possibilidade de reparação por danos morais na violação do dever de fidelidade. Em se tratando, primeiramente, de explicar a mutação por qual passou a entidade familiar nos últimos anos e suas derivações. Seguido disso, cumpriu ressaltar a aplicação de responsabilização civil no âmbito familiar, e também os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Por fim, mostrou-se o entendimento dos Tribunais do país quanto a possibilidade de indenizar em casos de traição. Restou-se comprovado que para que se tenha a indenização não é suficiente a simples violação do dever, ou seja, uma traição. É necessário que tenha a violação de um direito de personalidade, um fato mais amplo que, por exemplo, expõe a pessoa traída a situação vexatória perante a sociedade. Será esta uma pesquisa realizada pelo método dedutivo, partindo do geral para o específico, baseada exclusivamente numa investigação bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Família. Danos Morais. Adulterio. Traição.

**Abstract:** This article aims to analyze the possibility of compensation for moral damages in violation of the duty of fidelity. Firstly, it is a question of explaining the mutation by which the family entity has passed in recent years and its derivations. Following that, the application of civil responsibility in the family context, as well as the assumptions of subjective civil liability, was highlighted. Finally, it was shown the understanding of the Courts of the country as to the possibility of indemnification in cases of treason. It has been proven that the mere violation of duty, that is, a betrayal, is not sufficient to obtain compensation. It is necessary that it has the violation of a right of personality, a broader fact that, for example, exposes the person betrayed the vexatious situation to society. This will be a research conducted by the deductive method, starting from the general to the specific, based exclusively on a bibliographical and jurisprudential investigation.

**Keywords:** Civil Liability. Family. Moral damages. Adultery. Betrayal.

1 Advogada, Bacharel em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins. Lattes: E-mail: mariana.morais1909@hotmail.com

2 Advogado, Bacharel em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins. Lattes: E-mail: advogadomarcilio@gmail.com

# Introdução

A nossa sociedade ocidental, baseada em valores religiosos inegáveis, assumiu o modelo monogâmico como parâmetro em suas relações amorosas, assim, cada um de nós, quando decidimos começar uma relação amorosa, já pressupomos o pacto de fidelidade para com a pessoa escolhida, e criamos, igualmente, a expectativa de que este pacto seja respeitado pela outra parte envolvida. Porém, a traição está presente de forma recorrente nas diversas relações estabelecidas, inclusive no casamento. Quando descoberta provoca um fortíssimo abalo com repercussão nas várias dimensões da vida do indivíduo traído.

O Direito Brasileiro sempre buscou proteger um dos institutos basilares de uma sociedade que é casamento, inclusive tratando a traição como crime até o ano de 2005. Mesmo depois da exclusão do Código Penal, essa conduta continuou sendo motivo de várias demandas nos tribunais do país baseado no entendimento de que a traição violaria um dever jurídico do casamento, causando prejuízo ao cônjuge e incidindo em ato ilícito o que daria ensejo à indenização por danos morais.

Se a traição e o adultério constituem a ruptura deste dever de abstenção contraído pelos cônjuges, por que não há a concessão de indenização a título de danos morais nos casos comprovados de traição e adultério?

O trabalho que segue tratará da análise sumária dos institutos que envolvem matéria, com a finalidade de, ao final, tecer considerações acerca da possibilidade de reparação dos danos morais em caso de violação do dever de fidelidade. Encerra-se com a demonstração do entendimento jurisprudencial nos Tribunais do país.

Este artigo científico de compilação teórica, foi realizado através do método dedutivo. Segundo Mezzaroba e Monteiro (2004, p. 65), trata-se de um método que “parte de argumentos gerais para argumentos particulares”, e neste trabalho é baseado no estudo da doutrina, jurisprudência, legislação, artigos e sites especializados.

## Relacionamentos conjugais e o dever de fidelidade recíproca

Ao longo dos anos, muitas mudanças aconteceram no âmbito do direito brasileiro que tutela a família. Com a Constituição Federal de 1988 houve a positivação do direito de igualdade entre os filhos do casamento e os de fora de uma relação matrimonial, mesmo que por adoção (art. 227, §6º), também a proteção jurídica conferida à união estável, conferindo-lhe efeitos similares ao casamento (art. 226, §3º), e ainda o reconhecimento da possibilidade de formação de família com núcleos familiares bem diferentes daqueles modelos tradicionais e patriarcais inclusive as famílias monoparentais (art. 226, §4º).

Tantas mudanças aconteceram que até o mesmo a expressão destinada a esse seguimento deixou de ser “direito de família” e passou a ser “direito de famílias”, a fim de deixar claro as múltiplas concepções familiares (DIAS, 2015, p. 33-34).

Nesse contexto, a afetividade se sobressai como uma base fundamentadora das relações familiares, sendo substrato jurídico de proteção às diversas formas de configuração familiares, à exemplo do que ocorreu quando do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de vínculo familiar e a configuração de união estável entre casais do mesmo sexo. Tudo isso pautado na afetividade.

Lição doutrinária semelhante é extraída do magistério de Maria Berenice Dias

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectiosocietatis*, muito utilizado no Direito Empresarial, também pode ser utilizado no Direito das Famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade, a família” (DIAS, 2004, p. 52).

De fato, o atual código civil tende a adotar o perfil dos ordenamentos jurídicos contemporâneos buscando compatibilizar institutos tradicionais civilistas (como, por exemplo, a propriedade) com o princípio da dignidade humana, colocando o indivíduo, e não o patrimônio, no centro do ordenamento jurídico. A afetividade, portanto, é pauta da dignidade.

Essas são as palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

“O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.” (LOBO, 1999, p. 103)

O ilustre doutrinador acima expõe, no mesmo livro, a constitucionalização do direito de família como um todo e a denotação da afetividade como marco salutar contemporâneo:

“A família atual brasileira desmente essa tradição centenária. Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.” (LOBO, 1999, p. 106)

Enquanto a afetividade ganha cada mais importância nas relações familiares, outras atribuições familiares ganham contornos convenientes no direito das famílias, como, por exemplo, os deveres de fidelidade e respeito e consideração mútuos, inclusive positivados no vigente Código Civil. Assim, há de se estudar a respeito das feições atribuídas à fidelidade em nosso ordenamento civil-constitucional.

## O dever de fidelidade

O atual entendimento acerca do casamento dá a ideia de comunhão plena de vida dos consortes, de modo que, para alcançar tal objetivo, o Código Civil estabelece deveres recíprocos entre os cônjuges.

De fato, a proteção estatal no âmbito das relações matrimoniais não se restringe aos impedimentos e causas suspensivas do casamento, mas também na imposição de deveres conjugais para a manutenção sadia do respectivo vínculo.

Com efeito, o Código Civil (art. 1.566) enuncia os deveres de “I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos”. A respeito de tal previsão, aponta-se que os mesmos são meramente exemplificativos, na medida que o contexto da afetividade impõe tantos outros deveres.

Nesse sentido, conforme supracitado, um dos deveres conjugais positivados é o de fidelidade recíproca (art. 1.566, I, do CC). Sobre o tema, defendem Farias e Rosenthal a aproximação do dever de fidelidade da noção de monogamia:

“A fidelidade recíproca (inciso I) representa a expressão natural da monogamia, erigida à altitude de dever jurídico. Atualmente, não se pode proceder à análise do dever de fidelidade dissociado do dever de respeito e consideração mútuos, tratado no inciso V do referido dispositivo legal.” (ROSENTHAL 2015, p. 245)

Nesse contexto, a fidelidade conjugal representa também uma legítima expectativa dos cônjuges ao, de livre e espontânea vontade, decidirem pela união matrimonial e constituição de um novo núcleo familiar.

O sociólogo Rodrigo Cunha Pereira leciona a respeito do dever de fidelidade:

“Não há cultura, socialização ou sociabilidade sem que haja proibições e interdições ao desejo. É neste sentido que o Direito funciona como uma sofisticada técnica de controle das pulsões e podemos dizer, então, que a primeira lei de qualquer agrupamento, tribo ou nação é uma lei de Direito de Família: a Lei-do-pai, ou seja, o interdito proibitório do incesto. (...) Portanto, não é apenas uma questão moral, mas de necessidade de alguma interdição, pois se não houver proibições não será possível a constituição do sujeito e, conseqüentemente, de relações sociais. Assim, um dos instrumentos de manutenção do regime monogâmico, a fidelidade, faz-se à custa de uma renúncia pulsional.” (Pereira, 2004, p. 78-79)

Logo, a fidelidade, vista enquanto dever, pode também ser entendida como técnica de controle social aplicada pelo próprio Direito, já que existe um desvalor jurídico sobre a conduta infiel, o que, ao menos em tese, a desestimularia. Tudo isso com o intuito de manter a família como base da sociedade, de acordo com o que expõe o caput do art. 226 da Constituição Federal, sendo esta uma forma de o Estado protegê-la.

Outrossim, a doutrina moderna, também tem entendido que a fidelidade não está ligada somente ao critério sexual, isto é, não apenas vincula-se ao dever de haver apenas um parceiro ou parceira, mas também está intrinsecamente relacionada a outros deveres conjugais previstos na legislação civil, dentre os quais o de consideração e respeito mútuos, de vida em comum e de mútua assistência (art. 1.566 e incisos). Entretanto, esses deveres são meramente exemplificativos, não excluindo os demais deveres.

Antigamente, a infidelidade constituía fundamento ensejador da separação judicial, conforme previsto no art. 1.572 do Código Civil:

“Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.” (Código Civil, art. 1572)

Entretanto, a Emenda Constitucional 66/2010 deu nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal e previu que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, independentemente de causa fática ou jurídica que componha o pano de fundo do desfecho da sociedade conjugal outrora estabelecida.

Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

“A infração a cada um desses deveres constituía causa para a separação judicial, como o adultério, o abandono do lar conjugal, a injúria grave etc. (CC, art. 1.573). Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, ficam eles contidos em sua matriz ética, desprovidos de sanção jurídica, exceto no caso dos deveres de “sustento, guarda e educação dos filhos” e de “mútua assistência”, cuja violação pode acarretar, conforme a hipótese, a perda da guarda dos filhos ou ainda a suspensão ou destituição do poder familiar, e a condenação ao pagamento de pensão alimentícia.” (Gonçalves 2014, p. 131):

Assim, temos que a fidelidade é um dever positivado na legislação civil e possui diversos contornos, que não dizem respeito apenas ao aspecto sexual. Logo, há de se discutir a respeito da possibilidade de responsabilização civil ante as condutas violadoras de tal dever e de que forma a experiência judicial tem se manifestado a respeito.

## Responsabilidade civil no âmbito familiar

A compreensão da entidade familiar, como visto anteriormente, encontra-se bastante ampliada abrangendo a união de pessoas não somente ligadas pelo sangue, mas também àquelas com objetivos de vida parecidos buscando suas respectivas felicidades.

À medida em que se amplia consideravelmente o escopo da entidade familiar, é visível que na mesma proporção aumentam as implicações jurídicas que a envolve. Nesse contexto, a responsabilidade civil

no âmbito familiar tem-se demonstrado como um fenômeno marcante da contemporaneidade.

Por exemplo, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Assim, com essa norma constitucional, abriu-se a possibilidade de cobrar judicialmente o cumprimento desse dever ou, ainda, requerer a responsabilização civil por dano extrapatrimonial daquele que o causou.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Para o STJ, o dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia) que os pais devem ter para com seus filhos é um bem juridicamente tutelável e, ao omitir-se neste dever, o pai viola uma imposição legal, gerando a possibilidade de a pessoa lesada (filho) pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Agora, passa-se a analisar os elementos caracterizadores da responsabilidade civil antes de entrar no estudo quanto à responsabilidade civil diante da infidelidade conjugal.

## Elementos tipificadores da responsabilidade

A configuração da responsabilidade civil no âmbito familiar se assemelha a estabelecida na Constituição Federal e no Código Civil para a caracterização da responsabilidade de uma forma geral.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V e X preveem e asseguram, respectivamente a indenização por violação por dano material, moral ou à imagem e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Já o Código Civil dispõe em seu artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e dispondo no artigo 927 do diploma civilista a respectiva obrigação de reparar.

Em razão de ser a responsabilidade subjetiva a adotada como regra pelo Código Civil, se observa que os elementos caracterizadores da responsabilidade civil e do respectivo dever de indenizar são: i) ação ou omissão; ii) dano; iii) nexos de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano e; iv) dolo ou culpa (elemento subjetivo).

Além da reflexão acerca da existência de ação ou omissão juridicamente relevantes para fins de configuração do dever de indenizar, é pertinente também se discutir a respeito da existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie, como, por exemplo, culpa exclusiva da vítima ou, ainda, culpa concorrente, de forma a minorar a indenização.

Quanto aos elementos que compõem a responsabilidade no âmbito familiar, expôs a Min. Nancy Andrighi em seu voto no RESP 1159242/SP:

“É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexos causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.”

Portanto, pode-se concluir que os clássicos pressupostos tipificadores da responsabilidade civil aplicam-se perfeitamente quando da sua configuração no âmbito familiar, sendo necessário, contudo, não perder de vista as peculiaridades da entidade familiar como um todo.

## Danos morais em caso de adultério

Conforme visto anteriormente, a fidelidade recíproca compõe o rol dos deveres do casamento. Contudo, não é um simples descumprimento de deveres conjugais que gera direito a indenização. A infidelidade por si só não gera direito a pedido de indenização por danos morais.

Para que haja a obrigação de indenizar, faz-se necessária a descrição de atos que ultrapassem a simples infidelidade e exponham sobremaneira o cônjuge traído, gerando um verdadeiro sentimento de angústia e impotência que passa a orbitar, diariamente, o psiquismo da pessoa, causando-lhe sofrimento.

Entende-se que o êxito de uma relação à dois é mérito de ambos os parceiros. Da mesma forma, o seu fracasso deve ser atribuído a ambos. O moderno Direito das Famílias não atribui apenas a uma parte o fim da relação, não se apurando, portanto, as causas desta dissolução. Logo, para se obter indenização, faz-se necessária a comprovação de atos que ultrapassem a simples infidelidade e exponham o cônjuge traído, gerando um verdadeiro sentimento de angústia e impotência, causando sofrimento ou exposição pública.

A Emenda Constitucional 66, de 2010, que suprimiu o instituto da separação judicial e eliminou o prazo de dois anos para o divórcio direto, aboliu a apuração da culpa pelo fim da união. Assim sendo, não mais interessa ao Estado os motivos da dissolução da sociedade conjugal. Trata-se do essencial: decretação do divórcio, manutenção de sobrenomes, divisão de patrimônio; se tem filhos menores, guarda e pensão alimentícia. Neste sentido, a EC 66 reforça a não apuração de casos de infidelidade.

A fidelidade de ambos os cônjuges/companheiros decorre da organização monogâmica da família, sendo um dever negativo no sentido de não praticar atos que acarretem na infidelidade de um dos cônjuges.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“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.” (GONÇALVES. Direito Civil P. 191):

Trata-se, de uma proteção ao núcleo familiar da intervenção de terceiros, de forma imoral, de modo que venha a gerar no outro cônjuge, e na família, um sentimento de tristeza, vergonha, que exponha sua imagem.

Importante observar que não só o adultério viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos que transgridam a confiança conjugal, como, por exemplo, o namoro virtual. Em outras palavras, quando a conduta gera situações desrespeitosas e ofensivas à honra do outro cônjuge, tem-se a violação do dever de fidelidade recíproca.

Nesse sentido Fábio Coelho Ulhoa disserta:

“Se o homem (ou a mulher) casado não chega propriamente à conjunção carnal extraconjugal, mas faz carícias libidinosas em pessoa diversa de seu cônjuge ou mesmo emite-lhe sinais (correspondidos ou não) de que desejaria manter relacionamento sexual extraconjugal, descumpra igualmente o dever de fidelidade, numa prática chamada de “quase adultério”. Verifica-se o descumprimento do dever conjugal, como se o adultério tivesse mesmo ocorrido.” (COELHO, 2011. P. 65/66)

Outro aspecto importante é que até 2005, com o advento da Lei nº 11.106/2005 (que revogou o artigo 240 do Código Penal) o adultério era considerado crime, punível com pena de detenção de 15 dias a 6 meses.

Silvio Rodrigues explica a razão do legislador considerar, até 2005, o adultério como infração penal:

“O adultério, dentro do conceito moral vigente, constitui séria injúria ao consorte. Como a sociedade tradicionalmente assentava seus alicerces na família legítima, que deriva do

casamento, o adultério representa séria ameaça à vida conjugal, pois não raro ao cônjuge ofendido repugnará o convívio do adultério. Por essa razão, decerto, manifesta o legislador tamanha repulsa à infidelidade conjugal.” (RODRIGUES, 2008. P. 126)

Devido às alterações sociais e morais (o direito de família, como dito, não é imutável, rígido), a razão da vigência do dispositivo que considerava o adultério como crime foi perdida, não restando alternativa ao legislador senão a revogação da norma.

O dever de fidelidade, previsto explicitamente no caso do casamento, está implícito dentro do dever de lealdade, em razão do conceito traduzir-se no conceito de fidelidade. A fidelidade traduz desdobramento da noção maior de lealdade, embora com ela não se confunda. A lealdade, qualidade de caráter, implica um comprometimento mais profundo, não apenas físico, mas também moral e espiritual entre os parceiros, na busca da preservação da verdade intersubjetiva; ao passo que a fidelidade, por sua vez, possui dimensão restrita à exclusividade da relação afetiva e sexual.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que (COELHO, 2011 P. 145):

“Quanto às relações pessoais, os companheiros têm o recíproco dever de lealdade, respeito e assistência; estão obrigados também à guarda, sustento e educação dos filhos (CC, art. 1.724). A fidelidade não é lembrada expressamente pela lei, mas há quem considere que o convivente infiel descumpra o dever de lealdade.” (COELHO, 2011 P. 145)

Não existe no direito brasileiro norma específica quanto ao dever de indenizar caso um dos cônjuges descumpra um dos deveres conjugais previstos no Código Civil.

No entanto, a ausência de norma regulamentando a matéria não pode ser vista como impedimento para a aplicação do dever de indenizar, haja vista a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil ao direito de família.

Assim, tem-se que em certas situações os Tribunais e a doutrina entendem pela aplicação da responsabilidade civil quando há violação dos deveres conjugais e dos companheiros.

Com relação ao dever conjugal de fidelidade recíproca, existem diversos julgados analisando o dever, ou não, de indenizar o outro cônjuge.

Sobre o dever de indenizar no caso de adultério Carlos Roberto Gonçalves entende que:

“Em princípio, animosidades ou desavenças de cunho familiar, ou mesmo relacionamentos extraconjugais, que constituem causa de ruptura da sociedade conjugal, não configuram circunstâncias ensejadoras de indenização. Todavia, se o cônjuge inocente prova ter sofrido, em consequência da situação vexatória a que foi submetida, grave depressão relativa à decepção de desgostos, especialmente em virtude da humilhação sofrida, cabível pleito de indenização por dano moral, uma vez que se configura, nesses casos, lesão aos direitos da personalidade, nos quais se inclui a dignidade humana, assegurada na Constituição Federal.” (GONÇALVES, 2012, p. 184)

No mesmo sentido os Tribunais do Tocantins e de São Paulo, respectivamente:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE AMBOS OS CONVIVENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DE DEVERES MATRIMONIAIS. ADULTÉRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. RECURSO IMPROVIDO. - Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens (CC, art. 1.725), devendo, pois, serem partilhados os bens comprovadamente adquiridos na constância da união. - Eventual falta de contribuição pecuniária de um dos conviventes não basta para afastar seu direito com relação à meação nos bens adquiridos onerosamente em comum, porquanto é presumido o esforço conjunto do casal para o crescimento patrimonial da família, ainda

que com competências distintas de cada companheiro dentro da entidade familiar. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. - Não logrou êxito a autora em demonstrar a alegação de infidelidade de seu ex-companheiro durante a união estável, ônus este que lhe competia, por se tratar de fato constitutivo do direito da autora (CPC, art. 333, I). - A alegação de adultério do companheiro durante a união estável, por si só, não gera o dever de indenizar, uma vez que, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, consagrada no art. 927 do Código Civil, o dano moral não se presume, cabendo a demonstração de que houve constrangimento ou vexame significativo à honra da autora. - Recurso conhecido e improvido. (AP 0010843-75.2015.827.0000, Rel. Des. MOURA FILHO, 1ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 06/04/2016).

“APELAÇÃO CÍVEL – ADULTÉRIO – DANO MORAL – TRAIÇÃO POR SI SÓ E SUAS CONSEQUÊNCIAS NÃO GERAM DEVER DE INDENIZAR – INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO À POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE FIDELIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.” (TJSP, Apelação 0076863-40.2013.8.26.0002, Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado, Relator: Giffoni Ferreira, julgamento: 28.10.2014)

De acordo com o entendimento atual, se existe a infidelidade, mas não dano a algum direito da personalidade, ou lesão moral real, não existirá o dever de indenizar.

Tem-se, assim, que a traição “pura e simples”, não é hábil, em regra, a gerar o dever de indenizar.

No entanto, supondo que a infidelidade seja acompanhada de forte e grande humilhação (como a hipótese de um dos cônjuges exibir a traição para os colegas de trabalho do ofendido) existirá o dever de ressarcir os danos morais sofridos, pois há concreta e inevitável agressão moral.

Como exemplo do reconhecimento do dever de indenizar pode-se citar o julgado abaixo:

“Indenização por danos morais. Adultério durante o casamento. Casal que trabalhava na mesma Escola Estadual. Traições do marido que eram comentadas no local do trabalho causando vexame e humilhação à esposa. Conjunto probatório que comprova que a esposa sofreu de depressão, tendo que se afastar do ambiente da Escola. A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado. Valor indenizatório que foi arbitrado com observação da boa situação profissional do marido. Apelação improvida.” (TJSP, Apelação Cível nº 0099514-82.2007.8.26.0000, Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Julgamento: 30.10.2012, Publicação: 13.11.2012)

Importante observar que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu não ser aplicável o dever de indenizar nos casos de traição, sob o fundamento de que a infidelidade não constitui ato ilícito, muito embora a fidelidade seja um dever que nasce do matrimônio.

Merece destaque, também, que já se reconheceu o dever de indenizar nos casos em que um dos cônjuges omite a verdadeira paternidade do filho gerado na constância do casamento, haja vista a violação da boa-fé e a lesão à dignidade do cônjuge, pois há o induzimento a erro acerca de aspecto fundamental para a vida humana.

Sobre o tema já decidiu o STJ e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. (...) 2. (...) 3. (...) 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6.

(...). 7. (...).” (STJ, REsp 922462, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Ricardo Villas BôasCueva, Julgamento: 04.04.2013, Publicação: 13.05.2013)  
“APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PATERNIDADE DE FILHOS OMITIDA DO MARIDO PELO CÔNJUGE - ABALO MORAL CONFIGURADO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FATO EXTINTIVO, MODIFICATIVO E IMPEDITIVO - DEVER DA MULHER DE INDENIZAR. Configura dano moral, passível de indenização, omitir o cônjuge, do marido, o fato de que ele não é o pai biológico de filhos havidos na constância do casamento. Cabe a parte ré a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, sob pena de ser julgado procedente o pedido. Recurso não provido.” (TJMG, Apelação Cível nº 0151087-59.2008.8.13..236, Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Gutemberg da Mota e Silva, Julgamento: 29.05.2012, Publicação: 11.06.2012)”

Doutrina Carlos Roberto Gonçalves que:

“Cabe ação de reparação de danos contra a esposa que pratica adultério e registra filho extraconjugal em nome do marido, bem como contra aquele que a oculta do pai verdadeiro a existência do filho. Assim, hipoteticamente, a esposa responderá perante o marido por ter dito que o filho era dele, bem como perante o amante, por ter ocultado dele essa circunstância. Para isso, entretanto, é necessário que ela saiba que o filho é de outro.” (GONÇALVES. Civil. 2012. P. 98)

Da mesma forma em que ocorre no casamento, os companheiros têm o dever de ter determinadas condutas para com o outro, de acordo com o art. 1.724 do Código Civil.

Estes deveres são muito semelhantes aos previstos para o caso do casamento, sendo eles: lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. O dever de lealdade se reflete no dever de fidelidade, devendo ser aplicada as mesmas regras anteriormente verificadas.

A mera ausência de lealdade, sem violação a direito da personalidade, não gera o dever de indenizar. No entanto, existindo violação a tais direitos restará a obrigação indenizatória.

Em que pese o casamento e a união estável não terem sido igualados pela Constituição Federal de 1988, os Tribunais têm aplicado as mesmas regras previstas para o casamento, não fazendo distinção entre o casamento e a união estável nesse ponto específico.

Assim, tem-se que haverá a obrigação de indenizar por violação dos deveres dos companheiros sempre que existir violação a algum direito da personalidade, decorrente de conduta praticada por um dos companheiros.

A partir dos conceitos e elementos apresentados no presente trabalho, tem-se que a doutrina e os Tribunais brasileiros vêm aplicando a teoria da responsabilidade civil para o caso de descumprimento dos deveres conjugais e dos companheiros, desde que exista dano à algum direito da personalidade.

Sempre que houver a infração de algum dos deveres conjugais ou dos companheiros haverá alguma tristeza ou sofrimento da outra parte. No entanto, não se pode permitir que se condene alguém à indenização por dano moral simplesmente pela presença de tristeza, pois momentos difíceis, tristes, fazem parte da vida do ser humano, não sendo, assim, situações excepcionais que mereçam a tutela do Poder Judiciário.

Caso assim fosse estar-se-ia diante de uma verdadeira indústria do dano moral, onde qualquer fato infeliz se tornaria passível de indenização.

Presente dano passível de indenização, como a ofensa a honra do cônjuge ou companheiro, existirá o dever de indenizar, respeitando a determinação de que aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a repará-lo.

Ora, admitir que toda a separação por infidelidade acarretasse dever de indenizar do cônjuge infiel significaria uma contradição ao princípio da Intervenção Mínima do Estado. Além disto, o pagamento de indenização nestes casos acirraria ainda mais a situação gravemente conflituosa que acompanha as ações

de divórcio.

## Considerações Finais

Diante das exposições realizadas, constatou-se que a Constituição Federal ampliou a aceção do conceito e configuração da entidade família, por conseguinte, aumentou significativamente as demandas judiciais no âmbito familiar, incluindo à responsabilidade civil.

Também se demonstrou que o Código Civil de 2002 atribuiu uma série de deveres aos cônjuges dentro do contexto conjugal, entre eles o dever de fidelidade e outros como a lealdade, consideração e respeito mútuo.

Dessa forma, indagou-se, em tese, se a violação dos deveres poderia ensejar a responsabilidade civil dos cônjuges, especialmente no que diz respeito a infidelidade conjugal.

Trabalhou-se também a respeito de responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, destacando-se os seus elementos tipificadores, quais sejam, a ação ou omissão; o dano; o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano e; o dolo ou culpa, elencado como elemento subjetivo.

Deste modo, ao adentrar no mérito do trabalho, analisou-se cenários jurisprudenciais, a fim de entender como os tribunais se manifestavam acerca das possibilidades de responsabilização civil em razão da infidelidade.

No que tange à responsabilidade do cônjuge adúltero, vislumbrou-se que os tribunais entendem pela possibilidade de impor a esses o dever de indenizar o cônjuge traído, desde que preenchidos os demais requisitos ensejadores da responsabilização.

Logo, entende-se que a mágoa experimentada pelos pares não é suficiente para caracterizar um abalo indenizável. A possibilidade de indenização advém de alguma violação capaz de abalar direitos de personalidade do cônjuge.

Afinal, a prática forense tem mostrado que os magistrados precisam, cada vez mais, se envolver em aspectos pessoais da intimidade das pessoas para resolver os conflitos que lhe são apresentados, o que também evidencia a complexidade dos relacionamentos familiares e sociais como um todo.

## Referências

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código Civil. **Lei Federal nº 10.406/2002**. Publicada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em . Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em . Acesso em: 25 out. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1159242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário Eletrônico de Justiça**. Brasília, 10/05/2012.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores Para a Organização Jurídica da Família**. Disponível em: Acesso em: 20 out. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: Acesso em: 25 out. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões, v. 5. ed. **rev. e atual.** – São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.106/2005**. Publicada em 28 de março de 2005. Disponível em . Acesso em 25 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando Sobre Família, Sucessões e o Novo Código Civil**. Livraria do Advogado. 2004.

RODRIGUES, **Silvio**. **Direito Civil, Direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 6.

(TJTO, AP 0010843-75.2015.827.0000, Rel. Des. MOURA FILHO, 1ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 06/04/2016).

(TJSP, Apelação 0076863-40.2013.8.26.0002, **Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado**, Relator: Giffoni Ferreira, julgamento: 28.10.2014).

(TJSP, Apelação Cível nº 0099514-82.2007.8.26.0000, **Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado**, Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Julgamento: 30.10.2012, Publicação: 13.11.2012).

(STJ, REsp 922462, **Órgão Julgador: Terceira Turma**, Relator: Ricardo Villas BôasCueva, Julgamento: 04.04.2013, Publicação: 13.05.2013).

Recebido em 03 de dezembro de 2021.

Aceito em 10 de agosto de 2022.