

RODOLFO DOS SANTOS BORN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÔNJUGE FRENTE O
DESCUMPRIMENTO DO DEVER MATRIMONIAL DA
FIDELIDADE**

**BRASÍLIA
2013**

RODOLFO DOS SANTOS BORN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÔNJUGE FRENTE O
DESCUMPRIMENTO DO DEVER MATRIMONIAL DA
FIDELIDADE**

Monografia apresentada como
requisito para a conclusão do curso
de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Pablo
Malheiros da Cunha Frota

**BRASÍLIA
2013**

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é a análise da possibilidade de se compensar o cônjuge pelos danos morais sofridos em razão do descumprimento do dever matrimonial de fidelidade a partir da análise do conceito de fidelidade, se o princípio monogâmico é o único aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro na formação das famílias ou se existem outras formas de constituir família que permitam a poliginia. A pesquisa foi estruturada em três capítulos que buscam adentrar as seguintes questões: O que é fidelidade? O que este dever compreende? O princípio monogâmico é estruturante das famílias? A união estável e a lealdade são semelhantes ao casamento e a fidelidade? Qual a natureza jurídica do casamento e quais os efeitos que acarretará no instituto da responsabilidade civil? Quais são elementos/requisitos necessários que o cônjuge lesado deve demonstrar em juízo para que se haja a compensação pelos danos morais sofridos em razão da infidelidade conjugal?. Assim, esta pesquisa busca adentrar diversas questões que não são unânimes utilizando-se de pesquisas bibliográficas, como livros, doutrinas, artigos, jurisprudências (inclusive realizando a análise dos casos destas) e informações de sites renomados.

Palavras-chave:

Direito de Família – Casamento - Dever Conjugal - Fidelidade - Responsabilidade Civil - Dano Moral – Compensabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 O DEVER DE FIDELIDADE NAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS.....	9
1.1 Contextualização do direito de família e dos mecanismos formais e legais que tem por finalidade a sua constituição.....	9
1.2 Os deveres fundantes das relações conjugais.....	14
1.3 O sentido da fidelidade na filosofia.....	20
1.4 O sentido da fidelidade no direito.....	25
1.5 A diferença entre o dever de fidelidade e o de lealdade.....	30
2 O CASAMENTO COMO CONTRATO.....	39
2.1 Diferentes correntes a respeito da natureza jurídica do casamento.....	39
2.1.1 <u>Institucionalista</u>	40
2.1.2 <u>Contratualista</u>	43
2.1.3 <u>Eclética</u>	47
2.1.4 <u>Ponderações</u>	48
2.2 O descumprimento da cláusula contratual da fidelidade.....	50
2.2.1 <u>Considerações contratuais</u>	50
2.2.2 <u>Violação da <i>Pacta Sunt Servanda</i></u>	55
2.2.3 <u>Violação da Boa-fé objetiva</u>	58
2.2.4 <u>Violação da Proibição de <i>Venire Contra Factum Proprium</i></u>	61

3	A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MATRIMONIAL.....	64
3.1	Considerações preliminares.....	64
3.1.1	<u>Arguição da aplicabilidade da responsabilidade civil no direito de família.....</u>	64
3.1.2	<u>Perdão tácito.....</u>	72
3.1.3	<u>A questão da culpa na dissolução do matrimônio e para se haver reparação pelo descumprimento do dever matrimonial da fidelidade.....</u>	74
3.2	Requisitos da responsabilidade civil frente o descumprimento do dever matrimonial de fidelidade.....	78
3.2.1	<u>Pressupostos da responsabilidade civil.....</u>	80
3.2.2	<u>Fundamento da responsabilização pelo descumprimento do dever matrimonial da fidelidade.....</u>	84
3.3	Posições jurisprudenciais.....	87
	CONCLUSÃO.....	97
	REFERÊNCIAS.....	100

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a possibilidade de se compensar os danos morais sofridos em razão do descumprimento do dever matrimonial da fidelidade, adentrando-se, para tanto, na definição do que é fidelidade, na discussão se o princípio da monogamia é estruturante das famílias brasileiras. A análise será feita com base na legislação brasileira vigente, na literatura jurídica e nos entendimentos jurisprudenciais relacionados ao tema, analisando-se, inclusive, se o princípio monogâmico é estruturante das famílias brasileiras, o que ele compreende e se o casamento é a única forma de se constituir família.

Para tanto, deve-se ter uma mínima noção da evolução histórica do casamento, instrumento utilizado com a principal finalidade de se constituir família, para que se possa analisar os seus aspectos atuais e investigar quais os possíveis desdobramentos da legislação brasileira em relação a outras formas de constituição de família.

Assim, será verificado que o direito brasileiro prima pela proteção das famílias, uma vez que estas são a base da sociedade¹. Desde os primórdios, a família é responsável pela organização, educação de seus integrantes, à medida nascem e crescem. Assim, o casamento é um dos efeitos advindos do desenvolvimento das famílias.

O casamento, antigamente, no início do período romano, da formação, solidificação da polis, tinha como finalidade a perpetuação da família (dos traços genéticos), uma vez que eram realizados dentre os membros da família com o intuito de procriação e perpetuação da segregação entre cidadãos romanos e os estrangeiros. Entretanto, naquela época, os filhos, os netos e as esposas eram tratados como objetos, coisas pertencentes ao *pater família*, este detentor do comando da família e tido como ente sagrado (ideia das microrreligiões).

¹ TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Família coragem: Cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598)>. Acesso em 10/04/2013.

Tal formação social dos casamentos fortaleceu a unidade social, o que proporcionou o nascimento do Império Romano e seu poder², porém, não somente isso. A ideia religiosa, a ligação do Estado com a Igreja também garantiu aos governantes/imperadores o “controle” social, a aceitação pelos indivíduos da submissão ao Estado Romano, uma vez que o poder que detinham (os imperadores) era emanado da própria divindade e que contrariar o poder e a ordem estabelecida significava ir contra a própria vontade de Deus.

Esse fator religioso do poder do imperador romano desencadeou uma preocupação em proteger a Igreja e dar maior autonomia para que pudesse exercer seu papel na sociedade, o que possibilitou o seu fortalecimento e sua desvinculação ao Estado, mas sem romper com as ideologias pregadas, inclusive a defesa da concessão divina do poder do Estado Romano³.

Mesmo com a queda do Império Romano, a família permaneceu nos mesmos moldes, uma vez que a Igreja passou a ser um ente totalmente vinculado ao Estado e que, em várias circunstâncias, exercia maior influência do que o próprio poder instituído, o que ocorrera constantemente durante o absolutismo.

Igreja passou a exercer o papel do Estado, maculando intrinsecamente a sociedade com a sua ideologia, inclusive as relações familiares com os ideais de unidade do matrimônio, o caráter monogâmico deste e a imputação do dever de fidelidade como elemento essencial para a continuidade do casamento, mas com a ressalva das diferenças entre os sexos e a prevalência dos direitos do homem em desfavor dos da mulher. Dessa forma, durante o período do absolutismo, a Igreja era a entidade que exercia o papel de intervenção na sociedade, instituindo normas que deveriam ser seguidas e adotadas pelos Estados.

A revolução Francesa foi o marco para o início de novas mudanças no cenário social e familiar por meio da conquista dos direitos humanos, surgindo os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, contrários a qualquer espécie de tratamento subumano, inclusive a redução da ingerência Estatal sobre o indivíduo.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 29.

³ SOUTHERN, Richard William. *A Igreja Medieval*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1970, p. 24-25.

Entretanto, o ideário humanista somente contribuiu sobremaneira para que o homem deixasse de ser considerado “proprietário” de sua esposa e de seus filhos e proporcionasse maior liberdade e igualdade para os membros da família, no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A partir de então, outras mudanças ocorreram: as mulheres passaram a buscar sua condição de igualdade perante os homens, conquistando direitos como mais igualdade perante os homens; o advento da possibilidade da dissolução do casamento (divórcio); o surgimento da união estável, instrumento jurídico que tutela a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas com o objetivo de constituir família bem como o reconhecimento de outras formas de organização família.

No ordenamento jurídico vigente, independentemente da teoria acerca de sua natureza jurídica que se segue e considerando o novo entendimento após a expedição da Resolução nº 175 do CNJ, o casamento é considerado um instrumento jurídico por meio do qual duas pessoas⁴ manifestam suas vontades em adquirirem direitos e deveres mútuos e idênticos perante um agente do Estado competente através de solenidades, formalizados em um documento oficial (contrato). Entretanto, esses deveres contraídos nem sempre são cumpridos, em especial, o da fidelidade, o qual, na maioria das vezes, gera a insuportabilidade da vida em comum e, conseqüentemente, a dissolução do matrimônio.

Todavia, o descumprimento da fidelidade matrimonial pode gerar danos à personalidade do cônjuge, o que possibilita a responsabilização civil do cônjuge infiel por esses danos sofridos decorrentes deste descumprimento.

Dentre os tipos de danos passíveis de responsabilização no âmbito cível, o que mais se encaixa no âmbito do descumprimento dos deveres matrimoniais, em especial o da fidelidade, é o dano moral, uma vez que os direitos de personalidade do cônjuge lesado são o objeto de discussão na averiguação dos danos sofridos. O pedido judicial para se pleitear a compensação pelos danos sofridos deve ser

⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acesso em: 15/07/2013.

fundamentado bem como devidamente comprovado nos autos os requisitos da responsabilidade civil.

Entretanto, existem vários aspectos dificultantes na seara da aplicação dos preceitos legais, como os seguintes questionamentos: o que se entende por fidelidade? Este dever é restrito ao casamento, ou é aplicável à união estável? A monogamia é a única forma possível para se constituir família? São todas as situações em que há infringência aos direitos de personalidade do cônjuge traído e o dever de reparar? Quais são os elementos/requisitos necessários da responsabilidade civil em relação aos danos oriundos do descumprimento do dever de fidelidade?

O presente trabalho, dessa forma, adentrará as questões levantadas a partir de pesquisas bibliográficas, não se restringindo somente à leitura de livros/doutrinas, em especial aqueles/aquelas da área civil, mais especificamente os da responsabilidade civil e os de direito de família, como também jurisprudências, legislação pertinente e artigos disponibilizados na Internet por sites renomados, como por exemplo, o IBDFAM.

Assim, o capítulo 1 abordará, preliminarmente, a questão da evolução histórica do direito de família e do casamento, discorrerá a respeito dos deveres inerentes ao matrimônio, adentrando a conceituação do princípio da fidelidade bem como seu alcance e analisará as diferenças entre fidelidade(casamento) e lealdade(união estável).

Já no capítulo 2 serão investigadas as diferentes teorias acerca da natureza jurídica do casamento e a consequência que terá no pleito de compensação de danos morais causados em razão do descumprimento do dever matrimonial de fidelidade, dando maior destaque para a teoria contratualista e adentrando os princípios que o ato infiel do cônjuge viola.

O capítulo 3 tem como foco a ligação do instituto da responsabilidade civil: quais são os pressupostos e o fundamento utilizado para se haver compensação pelos danos morais causados em razão da infidelidade conjugal, além da análise dos posicionamentos jurisprudenciais.

1. O DEVER DE FIDELIDADE NAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS

1.1 Contextualização do direito de família e dos mecanismos formais e legais que tem por finalidade a sua constituição

Desde seu surgimento nos agrupamentos primitivos (horda), a família sempre foi um ente que teve funções essenciais perante a sociedade como um todo, como a mútua assistência entre seus membros, a procriação para a continuidade da espécie, a educação das crianças. No entanto, com o decorrer do tempo, a sociedade foi se transformando e novas situações surgiram.⁵

No início da humanidade, os homens viviam como nômades, isolados da convivência de um ao outro, de forma que homens e mulheres somente se encontravam para procriar e, após a finalidade cumprida, os dois se separavam.⁶

Contudo, o ser humano constatou que se ficasse em grupos, correria menos perigo e que poderiam se auto-ajudar e dividir tarefas, surgindo assim as hordas primitivas⁷. Neste período, à medida que os machos protegiam o grupo, não havia qualquer limitação dos atos destes: estupravam, matavam as mulheres, matavam outros homens que o ameaçassem ou fizessem algo que não lhes agradassem, etc.⁸

A horda se estendeu durante um longo período, mas inovações sociais impulsionaram novas mudanças na forma de organização social. Segundo Andrea Almeida Campos, a descoberta da “agricultura mudou radicalmente a forma de ser e de viver dos humanos. Deixamos de ser nômades e passamos a ser

⁵ TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Família coragem: Cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598)>. Acesso em 10/04/2013.

⁶ TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Família coragem: Cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598)>. Acesso em 10/04/2013.

⁷ CAMPOS, Andrea Almeida. *A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal: uma abordagem jus-histórica*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568)>. Acesso em: 10/09/2012.

⁸ CAMPOS, Andrea Almeida. *A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal: uma abordagem jus-histórica*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568)>. Acesso em: 10/09/2012.

sedentários.”⁹ Este sedentarismo, ainda conforme a autora, seria o início das relações afetivas com os indivíduos do grupo, criando uma afetividade e proximidade entre estes, surgindo assim um primeiro entendimento de família, pois os indivíduos se ajudavam, dividiam as funções.¹⁰

Com a evolução destes agrupamentos e a civilização da sociedade, surgiu uma nova forma de organização da sociedade. Esta nova organização é oriunda do período romano, da formação da polis, em que as famílias romanas, dirigidas pelos *pater familias*, membro ancestral comum mais idoso, chefe da família, decidiam as questões relacionadas à cidade.

Cada família possuía uma religião própria, uma adoração aos seus ancestrais comuns, com ritos próprios e respeito ao chefe da família. O *pater familia* tinha o poder de resolver os conflitos dentre a família, instruí-la, orientá-la, governá-la e determinar com quem os integrantes da família deveriam estabelecer relação objetivando a procriação, garantir a continuidade da família.¹¹

Contudo, com a necessidade de se unir as pessoas de diferentes núcleos familiares para preservar e unir o patrimônio de ambas as famílias romanas e com o intuito de solidificar a segregação social dos romanos e os estrangeiros, surge o instrumento jurídico do casamento. O casamento era “arranjado”, imposto pelos *pater familias*, de forma que os nubentes, na grande maioria das vezes, não podiam escolher se casariam ou não, devendo se submeter à autoridade familiar. Desse modo, segundo Arnaldo Rizzardo, no período romano a família:

“exprimiam a reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar ou o mando de um único chefe – o *pater familias* -, que era o chefe sob cujas ordens se encontravam os descendentes e a mulher, a qual era considerada em condição análoga a uma filha. Submetiam-se a ele todos os integrantes daquele organismo

⁹ CAMPOS, Andrea Almeida. *A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal: uma abordagem jus-histórica*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568)>. Acesso em: 10/09/2012.

¹⁰ CAMPOS, Andrea Almeida. *A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal: uma abordagem jus-histórica*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568)>. Acesso em: 10/09/2012.

¹¹ CAMPOS, Andrea Almeida. *A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal: uma abordagem jus-histórica*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568)>. Acesso em: 10/09/2012.

social: mulher, filhos, netos, bisnetos e respectivos bens. Estava a família *jure proprio*, ou o grupo de pessoas submetidas a uma única autoridade.”¹²

Cumprе ressaltar que a família naquele período era um alicerce para o Estado, pois era aquela que dava educação para as crianças, amparo financeiro aos seus membros; solucionava os próprios conflitos; em razão dos *paters familias* possuírem status de ente superior, eram convocados para reuniões da cidade para que, conjuntamente, tomassem decisões relativas às questões da administração da cidade.¹³

Essa formação social (unidade/solidez) possibilitou o surgimento do Império Romano com todo o seu poder¹⁴. Contudo, é importante frisar que a Igreja exerceu um papel essencial na aceitação pelos indivíduos da submissão ao Estado Romano e na cristalização da concepção de que o poder exercido pelo Estado Romano e pelo imperador era emanado da vontade de Deus e que a recusa deste poder e da ordem estabelecida significava a negativa da própria vontade divina¹⁵.

Assim, a religião foi um instrumento garantidor do poder do Estado Romano, o que acarretou no contínuo interesse de se preservar, proteger a Igreja para que exercesse maior influência na sociedade, desempenhando melhor sua função¹⁶.

Em um primeiro momento, pode-se visualizar que a o Estado e a Igreja estavam intimamente ligados, que esta estava totalmente atrelada àquele, necessitando da elaboração de normas para fazer valer suas ideologias, o que se pode vislumbrar a partir do ato do Imperador Constantino, no século IV, que vinculou o casamento e a família às concepções cristãs (Igreja), trazendo, assim,

¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9.

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9-10.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 29.

¹⁵ SOUTHERN, Richard William. *A Igreja Medieval*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1970, p. 24-25.

¹⁶ MARTINA, Giacomo. *História da Igreja: de Lutero a nossos dias*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 147.

o caráter monogâmico destas relações¹⁷ e imputações de ordem moral¹⁸, colocando o homem como o chefe da família e detentor de maior poder do que a mulher.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo expressa que a concepção de família romana “iniciou a ceder ao tempo do imperador Constantino, quando apareceu uma ideia bastante semelhante à que vigora atualmente”¹⁹.

Todavia, verificou-se que a atuação da Igreja estava limitada/restringida, que necessitava de maior autonomia para exercer suas atividades e que pudesse se administrar melhor, tanto suas necessidades econômicas quanto as suas questões internas, o que possibilitou a acessão da Igreja e, até, independência desta em relação ao Estado, uma vez que aquela, durante todo o período medieval, “exerceu poderes que excediam em muito os que outrora haviam pertencido aos imperadores romanos, o que representa a marca característica da Idade Média”²⁰.

Henry Chadwick explica que “a missão gentia tinha todo o interesse em manter o interesse em manter a ordem pública e não em adotar uma atitude de deslealdade em relação ao Estado”²¹, uma vez que aquele necessitava dela e protegia-a.

Apesar da queda do Império Romano, a estrutura familiar não sofreu alteração, uma vez que a Igreja assumiu o papel do Estado.

Richard William Southern reconhece que, neste período da história da Europa ocidental, a Igreja se considerava o único estado verdadeiro e que sua atuação se dava em razão de seu “poder político totalizador”²², uma vez que “a queda do Império Romano provocou a ruína mental, espiritual e política”²³, possibilitando à Igreja sua ascensão por meio desta lacuna deixada.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 17.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 29.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

²⁰ SOUTHERN, Richard William. *A Igreja Medieval*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1970, p. 23.

²¹ CHADWICK, Henry. *A Igreja Primitiva*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1967, p. 24.

²² SOUTHERN, Richard William. *A Igreja Medieval*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1970, p. 23.

²³ SOUTHERN, Richard William. *A Igreja Medieval*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1970, p. 23.

Assim, a Igreja impregnou a sociedade com suas ideologias, afetando não só as relações obrigacionais como as relações afetivas. Contudo, cabe ressaltar que a estrutura de família que se tinha antes da queda do império Romano (pautada na unidade do matrimônio, o caráter monogâmico deste e a imputação do dever de fidelidade como elemento essencial para a continuidade do casamento) não foi alterada, tendo em vista que a Igreja já exercia influência sobre o matrimônio naquela época, conforme visto anteriormente, o perdurou por todo o Absolutismo.

Diante de situação político-social imposta pelos Estados Absolutistas de restrição das liberdades dos indivíduos, ingerência do monarca nas relações das pessoas, a descomunal desproporção do poder aquisitivo entre as classes sociais, a população se mostrou indignada e sedente por mudanças drásticas. Dessa forma, estoura a Revolução Francesa, desencadeando os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. A partir deste marco, a sociedade como um todo buscou diminuir as diferenças sociais, inclusive quanto à discriminação da mulher em relação ao homem, e maior liberdade e menor ingerência do Estado em relação às relações dos indivíduos.

Contudo, as mudanças foram graduais. Até o Código Civil Brasileiro de 1916, conforme o artigo 233 e seguintes e o artigo 240 e seguintes, o homem era colocado, obrigatoriamente, como o chefe da família, competindo a este a administração, a representação e a manutenção desta, sendo que o papel da mulher era a dedicação à criação dos filhos e aos afazeres domésticos.

Cabe ressaltar que nos dias atuais, não há mais a preocupação de se proteger a família para dar continuidade à espécie ou fortalecer o Estado. Contudo, este continua tutelando e protegendo a família pela importância social que esta possui: ser a maior influenciadora para a formação ético-cultural dos filhos, assistência para os seus membros e ser o “núcleo natural e fundamental da sociedade”.²⁴

²⁴ TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Família coragem: Cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598)>. Acesso em 10/04/2013.

Até pouco tempo atrás, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o único legítimo modo de se constituir família (núcleo que até década passada era constituída por pai, mãe e filhos) era a partir do casamento, motivo o qual o Estado tutela e institui normas para protegê-lo e preservá-lo, evidenciando-se, assim, a influencia que a Igreja exercia no Estado e na própria sociedade. Entretanto, o anseio da sociedade por mudanças, que possuíssem maior liberdade para escolher se continuariam ou não casadas, houve a necessidade de possibilitar a dissolução do matrimônio.

Com o surgimento da possibilidade da separação judicial (o antigo desquite) e do divórcio, novas situações surgiram: nova concepção de família (como, por exemplo, a família monoparental²⁵); a situação dos que estavam separados judicialmente e já estavam se relacionando com outras pessoas, diversas do cônjuge, como se cassados fossem; a situação daqueles que não queriam se casar, mas que viviam como marido e mulher.

Todavia, essas pessoas que não quisessem mais manter sua relação matrimonial e iniciassem um novo relacionamento não possuiriam a tutela do Estado, pois estas relações não estariam abrangidas por nenhum instituto jurídico.

Assim, com o intuito de proteger aqueles que restariam desamparados ou prejudicados pelo rompimento da relação, seja pela vontade ou pela morte de um dos conviventes, a união estável foi instituída, podendo-se assemelhar ao casamento, mas com algumas distinções claras.

1.2 Os deveres fundantes das relações conjugais

Com o objetivo de se proteger as relações matrimoniais e, conseqüentemente, a família, aos cônjuges foram imputados deveres mínimos

²⁵ A família monoparental foi uma nova concepção de núcleo familiar trazido pela Constituição Federal de 1988. Segundo Maria Berenice Dias, família monoparental é aquela “formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226§ 4º)”, é “o enlaçamento dos vínculos familiares por um dos genitores com seus filhos”. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43-44).

que devem ser seguidos, conforme se evidencia a partir do seguinte dispositivo legal:

“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.”

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “embora o casamento estabeleça vários deveres recíprocos aos cônjuges, a lei ateu-se aos principais, considerados necessários para a estabilidade conjugal”²⁶ e a infração a cada um desses deveres constituem causa ensejadora da dissolução do matrimônio.

O entendimento que o descumprimento dos deveres matrimoniais pode ensejar a ruptura da relação matrimonial, principalmente no tocante à traição, o que, na maioria das vezes, leva à impossibilidade da vida em comum, é expressivo tanto no meio jurídico (doutrinário e jurisprudencial) quanto no âmbito social, motivo este que o legislador, no art. 1.573 do Código Civil, reproduziu os motivos mais corriqueiros:

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

- I - adultério;
- II - tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V - condenação por crime infamante;
- VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2. p 45.

A partir de uma comparação entre os dois artigos supracitados, conclui-se que, a partir de cada dever matrimonial, o legislador preestabeleceu algumas condutas, não excluindo a existência de outras, conforme o parágrafo único do art. 1573, que ensejariam a impossibilidade da comunhão em vida, de forma que se pode evidenciar que os deveres oriundos do casamento são pilares básicos estabelecidos pelo sistema normativo brasileiro com o intuito de promover e de garantir sua continuidade e preservação, devendo, assim, serem cumpridos.

O caso mais comum de descumprimento dos deveres conjugais é a infidelidade, ato ilícito que possui maior inconformismo e repreensão social (pré-conceito, marginalização) em relação aos envolvidos no ato infiel, uma vez que, conforme explicação de Arnaldo Rizzardo, “ninguém admite uma vida conjugal dupla, ou de infidelidade”.²⁷

Conforme elucida Carlos Roberto Gonçalves, o dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do princípio da monogamia, um dos princípios sustentadores do matrimônio²⁸; mas não das famílias tão pouco princípio constitucional, entendimento alcançado através dos ensinamentos de Paulo Lôbo²⁹ e ressaltado por Maria Berenice Dias³⁰.

A despeito do tema, Marcos Alves da Silva defende, em sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro que foi publicada³¹, que existem dois princípios básicos que regem o matrimônio (uma das formas de se constituir família): livre união dos futuros cônjuges e a monogamia; a livre união como instrumento caracterizador da autonomia da vontade do nubente em contrair casamento com determinada pessoa, já a monogamia:

“aparece como um dado e não como uma construção jurídica que possa ser problematizada. No máximo se faz referência ao exótico,

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 279.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57-75.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

³¹ SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia. A sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

ao direito estrangeiro de povos bárbaros e incultos, que em seu estágio de involução experimentam ainda a poligamia, na forma de poliginia ou, excepcionalmente, na forma de poliandria. A monogamia é apresentada como princípio do direito matrimonial, do qual decorrem tanto o impedimento em razão do vínculo, isto é, a proibição da bigamia, como o dever de fidelidade, que uma vez violado dava ocasião para a chamada separação-sanção”³².

Assim, tem-se que a monogamia não é a única modalidade de relacionamento existente no mundo. Existem duas modalidades de união conhecidas: a monogâmica, a admitida e tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e a poligâmica.³³

A poliginia “consiste no regime conjugal de muitas mulheres para um só homem” e é “tida pelos antropologistas e sociólogos como anterior à monogamia”, uma vez que não há “período poliândrico na sucessão das formas de família”.³⁴

Este tipo de regime conjugal é entendido como a forma primitiva de relacionamento, denominado promiscuidade absoluta ou prostituição³⁵. “Na história da prostituição não se pode encontrar qualquer tipo forma de família, pois que a prostituição é a negação mesma de organização familiar”.³⁶

Ainda é possível visualizar, em algumas religiões e países, a adoção da poligamia. Contudo, ao analisar o porquê da instituição deste tipo de regime, conforme Pontes de Miranda, pode-se vislumbrar o seu motivo e sua tendência:

“(…) se estudamos a poliandria e a prostituição, concluímos exatamente por uma proposição extraordinariamente reveladora da diferença de repercussão psicológica do poder econômico no homem e na mulher: onde quer que se encontre o atelier familiar entregue à mulher (preponderância feminina na produção dos meios de vida), vemos que a mulher impõe a monogamia, em vez de querer a poliandria, ou a promiscuidade; ao passo que, nos

³² SILVA, Marcos Alves da. Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família. 2012. 295 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 115.

³³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, Bookseller, 2000, p. 206.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, Bookseller, 2000, p. 207.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, Bookseller, 2000, p. 207.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, Bookseller, 2000, p. 207.

momentos de poder econômico ou de capitalismo nas mãos do varão, aparece a prostituição ou a poligamia.”³⁷

Assim, pode-se entender, a partir do trecho acima, que a monogamia é uma forma comportamental de relacionamento preterido pelas mulheres, diferentemente dos homens. Contudo, não se pode atribuir deveres somente a um dos nubentes, tendo em vista que os deveres são recíprocos³⁸ e a própria *Lex Mater*³⁹ estabelece, em seu inciso I do art. 5º, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”⁴⁰. Sempre haverá indivíduos que não serão adeptos da monogamia e primaram pela poliginia, como em diversas outras questões sociais, como, por exemplo, na discussão, já finda, da possibilidade de se dissolver o matrimônio (divórcio), caso em que havia posições antagônicas, além da forte influência da Igreja contra o tema, mas que o Congresso Nacional optou por sua aprovação.

A monogamia, princípio este traduzido pelo dever matrimonial de fidelidade, por sua vez, é a expressão do entendimento que é “a entrega mútua só é possível no matrimônio monogâmico, que não permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimônios contraídos pela mesma pessoa”⁴¹, além do fato que este princípio revela, de uma forma geral, “uma tendência natural do próprio ser humano que não admite, neste campo, uma coexistência de relações sexuais com

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, Bookseller, 2000, p. 207.

³⁸ WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 74-75.

³⁹ *Lex Mater*, ou Lei mãe, ou, ainda, Lei Maior, “é o nome que se dá à Constituição de um país, por ser ela a Magna Lei ou a Magna Carta, de onde de derivam todas as demais leis e onde se assentam todas as instituições políticas do país. E, nesta razão é dita *mater*, porque justamente dela nascem todas as demais leis, que não se formulam sem estar em harmonia ou subordinadas aos princípios que são por ela instituídos”. (SILVA, de Plácido e. *Vocábulo jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 485.). Cumpre frisar que existem diversas expressões para se reportar à Constituição de um país, mas cada um possui um enfoque diferenciado, um prisma o qual o interlocutor busca ressaltar. No caso da expressão *Lex Mater*, o enfoque é a sua posição perante o ordenamento jurídico: lei que origina as demais.

⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/04/2013.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 47.

múltiplas pessoas, e representa um dos sustentáculos básicos da unidade familiar”⁴².

Entretanto, conforme já dito anteriormente, não é um princípio constitucionalmente estabelecido, mas é “uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado”⁴³, para proteger, a partir de um aspecto geral, os “interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família”⁴⁴.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz explana que o legislador buscou dar proteção ao casamento em virtude de ser:

“a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo o esquema moral, social e cultural do país.”⁴⁵

Dessa forma vislumbra que o dever de fidelidade é um dever que garante “a sobrevivência do relacionamento”⁴⁶ matrimonial, mas também instrumento utilizado com a finalidade de “proteção da cédula familiar”⁴⁷ e, conseqüentemente, como já ressaltado, proteção da própria sociedade, motivo pelo o qual é estabelecido.

João Baptista Villela explica que a família passou por diversas transformações, conforme dito anteriormente, evoluindo conforme a época, dentre elas a possibilidade da família monoparental, advinda, não somente, da possibilidade de se dissolver o matrimônio sob a égide do direito de liberdade “de

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/22](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/22)>. Acesso em: 10/09/2012.

⁴⁷ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adulterio virtual / Infidelidade virtual*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133)>. Acesso em: 10/09/12.

não se manter casado contra a própria vontade”⁴⁸, mas, também, da necessidade de tutelar as relações não matrimonializadas. O doutrinador afirma, ainda que o casamento detinha como finalidade principal a procriação, mas que “hoje *propõe* mas não *impõe* aos cônjuges a paternidade”⁴⁹ e que:

“De muitas formas a família limita o indivíduo e, pois, o sacrifica na sua pretensão de liberdade. Reversamente, possibilitando-lhe a realização pessoal pelos contactos mais profundos a que dá origem, ela também o liberta, isto é, promove-lhe a personalização através do outro, de modo verdadeiramente insubstituível.”⁵⁰

O dever matrimonial da fidelidade, por ser um dever (obrigação), restringe a liberdade do indivíduo, mas este dever pode ser extinto, se o cônjuge não mais o quiser, através do divórcio. Dessa maneira, a liberdade dos indivíduos não restaria violada, pois ambos os consortes são livres para se desobrigarem quando lhe for mais conveniente bastando, para tanto, somente a vontade de um deles para por fim ao matrimônio.

Mas o que vem a ser a fidelidade? O que ela compreende?

1.3 O sentido da fidelidade na filosofia

A ideia de fidelidade, por não ter somente um aspecto jurídico, mas um aspecto social e impactante nos indivíduos é, também, objeto de estudo da filosofia.

Segundo os ensinamentos de Javier Abad Gómez, a fidelidade é um hábito bom, uma atividade voluntária e permanente que pode ser definido como o devotamento voluntário prático, contínuo completo de uma pessoa a uma causa (compromissos adquiridos, as promessas feitas e a palavra dada), não se

⁴⁸ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Movimento editorial da revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 19.

⁴⁹ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Movimento editorial da revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 22.

⁵⁰ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Movimento editorial da revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 10.

restringindo ao sentido de limitar a seguir os impulsos próprios, mas viver valores que ultrapassam a temporalidade da pessoa.⁵¹

A fidelidade, dessa forma, seria uma escolha a ser seguida de forma contínua, ininterrupta algo que se comprometeu, encontrando a felicidade a partir das exigências que lhe são imputadas pela sua fidelidade, ou seja, a fidelidade seria uma forma de se portar, voluntariamente e permanentemente, com o objetivo de cumprir obrigações, deveres e promessas.⁵²

Mais especificamente no casamento, o vínculo matrimonial contraído de forma autônoma exige dos nubentes “uma recíproca e inquebrantável doação”⁵³. Ambos se pertencem mutuamente e nenhum dos dois pode dispor de si mesmo para oferecer-se a outra pessoa, uma vez que se parte do pressuposto que o compromisso pactuado no momento do contraimento do casamento será cumprido e ninguém tentará recuperar o que não conseguiu fazer anteriormente, ou, conforme ditado popular, “o que não conseguiu viver no tempo certo”, não se permitido que aos casados “levar a passear seu coração com a morosidade de um taxista em busca de passageiros”.⁵⁴

Outro ponto da fidelidade analisado pela filosofia é o entendimento de que a fidelidade é um compromisso perante Deus, este que possui uma compreensão melhor do que seria mais adequado à racionalidade humana. Este compromisso tem como principal objetivo atingir a indissolubilidade do casamento e garantindo a continuidade, prosperidade (casamento saudável/estável, alcançando uma família sólida) e estabilidade familiar, uma vez que são os nubentes (pais da prole), a partir da vida em comum, que garantirão os frutos, educação e demais necessidades a sua prole.⁵⁵

No mesmo sentido, Marília Campos Oliveira e Telles explicita que a família é a base da sociedade, pois é ela que educará seus filhos, ela que os ensinará e

⁵¹ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 11.

⁵² GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 10.

⁵³ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 64.

⁵⁴ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 68.

⁵⁵ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 66.

mostrará o mundo, todas as adversidades encontráveis e possíveis a partir de um elemento essencial, o amor.⁵⁶

Assim, reafirma-se o fato de que a família é um ente insubstituível, mesmo tendo passado por diversas transformações, como, por exemplo, a possibilidade de se vislumbrar a diversidade de composição dos núcleos familiares: a família tradicional (matrimonial), monoparental, formada por homossexuais, entre outras.

Atualmente é difícil encontrar um conceito de família que abarque de forma plena todos os núcleos existentes. Todavia, o elemento característico que possibilita definir o núcleo familiar é a afetividade.⁵⁷ É o elo do afeto que determinará o núcleo familiar. Assim, poder-se-ia conceituar a família como o conjunto de pessoas unidas pelo vínculo afetivo. Entretanto, o núcleo familiar aqui estudado é o matrimonial.

Segundo Javier Abad Gómez:

“O amor fiel faz com que entre o esposo e a esposa – e entre eles e os filhos – haja uma prontidão para o sacrifício que não é possível achar em outra parte. É dentro da família constituída pela constância no bem-querer que se aprendem as formas do amor, do sacrifício e da confiança, coisas de cuja existência tudo depende no mundo. Quanto mais e melhor se conservar o amor entre os esposos, maior se irradiará na sociedade; quanto maior for seu foco, maior a eficácia com que suas chamas alcançarão a periferia. Mas se pela infidelidade e pela separação essa fonte secar, não haverá força humana que a possa substituir.”⁵⁸

Na apuração da intensidade do dano perante a família e os próprios indivíduos da sociedade, como ensina Maria Helena Diniz, vislumbra-se que, geralmente, o adultério da mulher é mais grave se comparado ao do homem, visto que aquela pode ter uma gravidez proveniente de suas relações extraconjugais, “introduzindo prole alheia dentro da família ante a presunção da concepção de

⁵⁶ TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Família coragem: Cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598)>. Acesso em: 10/04/2013.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

⁵⁸ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p 69-70.

filho na constância do casamento”⁵⁹. Além do mais, em regra, os relacionamentos para a mulher, ao contrário dos homens, são cunhados de sentimentos, o que ressalta o risco que acarretam as relações extraconjugais ao casamento⁶⁰.

Assim, reconhece-se que o sexo não possui somente finalidade reprodutiva, mas também um elemento de promoção da relação, de gratificação/entrega emocional.⁶¹

Entretanto, frisa que, sob o prisma moral e jurídico, tanto a infidelidade do marido quanto a da esposa são merecedores de reprovação pelo motivo de serem ensejadores da perturbação da estabilidade do lar, do casamento e, conseqüentemente, da família.⁶²

Todavia, o filósofo Javier Abad Gómez, em sua obra “Fidelidade”, contemplou quatro dimensões, requisitos para configurar o comprometimento total dos cônjuges, que estão certos de suas promessas e conseguirão cumpri-las de forma contínua, ininterrupta e duradoura: a busca, a aceitação, a coerência e a constância.

A busca expressa a contínua procura de se ultrapassar os estreitos limites do mundo pessoal do indivíduo, inseminado no egoísmo e comodidades; de um ideal mais elevado.⁶³ A primeira dimensão estabelece que:

“a fidelidade requer um fundamento profundo e forte de paciente indagação, o anelo de encontrar um motivo para viver. Não é possível falar de fidelidade a quem carece de ideais ou a quem não sabe de valores que transcendem a própria vida”.⁶⁴

A segunda dimensão expressa a aceitação, traduzindo-se na ideia de:

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

⁶¹ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Movimento editorial da revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 24.

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 125.

⁶³ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 34.

⁶⁴ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 34.

“(...) passar pela etapa de meditar detidamente - (...) - em tudo aquilo que nos pareça árduo, até encontrar-lhe o sentido profundo, a razão que nos levanta e nos impele para além de nós mesmos e nos faz ambicionar conquistas novas, embora laboriosas”.⁶⁵

De forma mais objetiva, seria a adesão de tudo aquilo que o indivíduo está se obrigando e, ao mesmo tempo, abdicando.⁶⁶

A terceira dimensão, a coerência, é a que apresenta mais dificuldade em se alcançar e a que mais se aproxima da questão da traição, pois:

“Trata-se de viver de acordo com o que se crê, de ajustar a vida ao objeto da adesão e de aceitar incompreensões, perseguições, antes que permitir rupturas entre o que se vive e o que se crê (...)”

Concretiza-se em atos, em realidades de entrega, generosidade, espírito de sacrifício, esquecimento próprio e superação de caprichos, comodidades e egoísmo. É coerente na sua fidelidade quem não vive medindo se lhe convém ou não manter a sua palavra; quem não renuncia a uma tarefa a que se comprometeu, simplesmente porque agora lhe parece menos grata (...)”⁶⁷.

O casamento é estabelecido a partir de um “ato voluntário considerado condição necessária para a aplicação de um determinado regime jurídico”⁶⁸ e legal perante autoridade competente, ou seja, os nubentes somente contrairão núpcias se se manifestarem positivamente, estando cientes de todos os deveres e obrigações que lhe estão sendo impostos.⁶⁹ Conforme se abordará no capítulo seguinte, os nubentes são livres para contrair casamento, escolher a outra pessoa com quem quer contrai-lo, escolher o regime de bens, estabelecer o pacto antenupcial. Contudo, o Estado impõe algumas limitações a este instituto jurídico com finalidade preventiva contra possíveis interferências ensejadoras de rupturas, de forma endógena ou exógena.

Assim, a infidelidade, ato ilícito que corresponde à infração de um dos deveres do matrimônio, aceito espontaneamente pelo nubente (art. 1.514 do

⁶⁵ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 35.

⁶⁶ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 36.

⁶⁷ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 36.

⁶⁸ WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 48.

⁶⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 60.

Código Civil), esbarra na dimensão da coerência, pois o dever, a ideologia aderida não está sendo cumprida/seguida.

A última dimensão é denominada constância. A constância é a exigência da manutenção da ideologia a qual a pessoa se submeteu, do dever o qual contraiu (a fidelidade); é a capacidade de uma pessoa “resistir à passagem dos dias e às lógicas consequências do cansaço no transcorrer do tempo”; é fazer valer o fundamento do matrimônio (consentimento incondicional).⁷⁰

Assim, conclui-se que, para a filosofia, a fidelidade não é somente a mera promessa de comprometimento de doação para o outro, mas um dever do casamento adquirido voluntariamente que exige coerência entre os atos praticados e o que foi prometido enquanto perdurar o casamento.

1.4 O sentido da fidelidade no direito

De todos os deveres estabelecidos, segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, a fidelidade é o único “dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta, enquanto os demais reclamam comportamentos positivos”.⁷¹

Este dever “é uma norma social, estrutural e moral, mas também é uma norma jurídica, porque sua transgressão admite punição” tanto na esfera social quanto na esfera jurídica⁷².

Orlando Gomes explica que a fidelidade, de forma geral, é o dever do cônjuge em se abster de praticar relações carnais com pessoa diversa do cônjuge.⁷³

Contudo, para grande parte da doutrina, o sentido da fidelidade matrimonial não se restringe à obrigação de não fazer de caráter físico/material, mas abrange uma obrigação de aspecto moral.⁷⁴

⁷⁰ GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989, p. 37-39.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

⁷² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 243.

⁷³ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 126-127.

A fidelidade material consiste no dever de não praticar relações sexuais com pessoa diversa do cônjuge, ou seja, o adultério.⁷⁵

Para Maria Helena Diniz, o adultério representa a “falência moral da família, desagregando toda a vida da família, além de agravar a honra do cônjuge, injuriando-o gravemente”⁷⁶. A autora frisa que o adultério pode ser praticado tanto pelo homem quanto a mulher, bastando uma única transgressão do aludido dever matrimonial para configurar o adultério, pois “não se exige, portanto, a continuidade de relações carnais com terceiros”.⁷⁷

Antigamente, o adultério era tipificado como uma conduta delituosa, prevista no art. 240 do Código Penal Brasileiro, mas a Lei nº 11.106, de 2005 o revogou⁷⁸. Atualmente, conforme explica Andrea Almeida Campos, após a revogação do dispositivo legal em comento, o adultério deixa de ser punido penalmente, tornando-se um fato passível de punição somente na esfera cível por ser um ilícito (civil), seja pela dissolução do vínculo matrimonial quanto pela condenação ao pagamento de compensação pelos danos sofridos.⁷⁹

Já a fidelidade moral alcança um conceito mais amplo, que abarca outros deveres, como a mútua assistência, o respeito e consideração mútuos. Desse modo, a fidelidade, como um todo, abarca:

“a lealdade recíproca dos cônjuges, a mútua confiança, a probidade, a sinceridade, o poder de contar com o outro em todas as situações da vida, a autêntica entrega e identidade de esforços, de interesses, o compartilhamento de problemas e crises, de modo a um cônjuge ter sempre junto de si o outro, por mais graves que sejam os problemas a enfrentar”.⁸⁰

⁷⁴ WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 74.

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 126.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

⁷⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12/04/2013.

⁷⁹ CAMPOS, Andrea Almeida. *A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal: uma abordagem jus-história*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568>>. Acesso em: 10/09/2012.

⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 280.

Assim, a fidelidade não se restringe ao mero dever de não fazer, mas toda uma devoção, uma doação ao cônjuge, aproximando-se do conceito filosófico trazido no subtópico anterior.

Nesse mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo traz o seguinte entendimento:

“Há a infringência deste dever, também, quando a conduta pessoal reflete uma gama de situações desrespeitosas e ofensivas à própria honra do cônjuge, como as atitudes licenciosas e levianas, o simples namoro, ligação puramente sentimental com terceiros, as relações de natureza homossexual, a presença em ambientes impróprios, enfim, uma infidelidade na forma de agir inconveniente para pessoas casadas.”⁸¹

Uma questão bastante debatida atualmente, que envolve este assunto, conforme Maria Berenice Dias, é a respeito da infidelidade virtual.⁸²

A infidelidade virtual consiste na manutenção de um relacionamento erótico-afetivo através da *internet* por um indivíduo casado e outra pessoa diversa do cônjuge.⁸³

Desse modo, utilizando o conceito trazido de (in)fidelidade moral, tem-se que este tipo de relacionamento é, também, “reconhecido como infração ao dever de fidelidade”.⁸⁴

Segundo Marilene Silveira Guimarães, esses “relacionamentos iniciados pela internet” decorrem “dos avanços tecnológicos ocorridos” nos últimos tempos, além do fato de a internet ser “uma forma de comunicação ágil, barata e relativamente segura”⁸⁵; sendo utilizados para:

“vencer a solidão, para vencer o tédio do cotidiano, para preencher carências afetivas. Enquanto uns buscam os relacionamentos virtuais para fugir da relação pouco gratificante que vivem na realidade, outros também usam a sedução exercida

⁸¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158.

⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244.

⁸³ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adulterio virtual/ Infidelidade virtual*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133)>. Acesso em: 10/09/12.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244.

⁸⁵ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adulterio virtual/ Infidelidade virtual*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133)>. Acesso em: 10/09/12.

no espaço virtual para melhorar a relação com seus parceiros reais.”⁸⁶

Desta forma, Marilene Silveira Guimarães frisa, ainda, que é importante distinguir a (in) fidelidade material da moral:

“A distinção entre infidelidade material e moral importa para a caracterizar a infidelidade virtual, que é uma forma de infidelidade moral. Na relação virtual estabelece-se um laço erótico-afetivo platônico, mantido através de um computador. A pessoa sai de seu espaço imaginário para relacionar-se com uma pessoa invisível, mas que está lá e corresponde. (...) Acontece um quase adultério, uma infidelidade moral. A cumplicidade, a intimidade, a paixão estabelecidas no espaço virtual muitas vezes levam o casal ao contato físico, com relações sexuais, quando então acontece a infidelidade material ou adultério. Portanto, não existe adultério virtual e sim infidelidade virtual que pode levar ao adultério propriamente dito”.⁸⁷

Assim, tem-se que a fidelidade material e a moral são distintas, mas que o descumprimento de ambas pode acarretar a dissolução do vínculo matrimonial e que possuem a potencialidade de causar danos morais ao cônjuge traído/ofendido.⁸⁸

A despeito da fidelidade moral, merece destaque o seguinte acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS DE LEALDADE E SINCERIDADE RECÍPROCOS. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SOLIDARIEDADE. VALOR INDENIZATÓRIO.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

⁸⁶ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adultério virtual/ Infidelidade virtual*. Disponível em: <HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133>. Acesso em: 10/09/12.

⁸⁷ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adultério virtual/ Infidelidade virtual*. Disponível em: <HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133>. Acesso em: 10/09/12.

⁸⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184.

- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.
- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.
- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.
- Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.
- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos.⁸⁹

A r. acórdão traz a situação em que um dos cônjuges descumpriu os deveres de lealdade e de sinceridade (deveres decorrentes do dever da fidelidade).

A demanda em comento foi ajuizada pelo ex-cônjuge em razão da prática de adultério praticado pela recorrente e da omissão da verdadeira paternidade, durante aproximadamente vinte anos, sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos nascidos durante a constância do casamento.

Os desembargadores entenderam que, em razão da prática do ato de infidelidade pela requerida, a requerida não havia somente infringido um dever (fidelidade), mas o dever de lealdade e sinceridade que são inerentes àquele, exprimindo, assim, a ideia da (in)fidelidade moral.

A partir do entendimento jurisprudencial e das posições doutrinárias trazidos, evidencia-se que o conceito do dever de fidelidade não está restrito à abstenção da prática de relações sexuais com outras pessoas diversas do cônjuge

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 742137 / RJ, registro nº 2005/0060295-2. Ministra Relatora: NANCY ANDRIGHI. Data da publicação: DJ 29/10/2007, p. 218. RNDJ, vol. 96, p. 56. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=742137 / RJ>. Acesso em: 14/04/2013.

(fidelidade material), mas também abrange uma série de concepções e obrigações morais, como a lealdade e a sinceridade (respeito e consideração mútuos) elencadas no acórdão transcrito.

Todavia, a outra vertente doutrinária defende que a fidelidade moral não está adstrita somente ao princípio da fidelidade, mas abrange uma compreensão sistêmica, do conjunto de todos os deveres conjugais, de forma que, “atualmente, não se pode proceder à análise do dever de fidelidade dissociado do dever de respeito e consideração mútuos”.⁹⁰

Um exemplo são “os atos pré-sexuais ou preparatórios”, ou até mesmo a infidelidade virtual, que “não deixam de ofender o dever de fidelidade, mas caracterizam-se como injúria grave ou quase-adultério”, não só por violarem o sentido da exclusividade sexual entre os cônjuges, mas por estes atos infringirem o respeito e consideração mútuos.⁹¹

Diante disto, conclui-se que o dever de fidelidade carrega consigo outras compreensões além da exclusividade de relações sexuais, tanto pela consideração da existência da fidelidade moral tanto pela interpretação sistêmica de todos os deveres em conjunto.

Todavia, nosso ordenamento jurídico imputa a obrigatoriedade da fidelidade e da monogamia às relações familiares? Existem outras formas de famílias em que se possa haver forma distinta de relacionamento?

1.5 A diferença entre o dever de fidelidade e o de lealdade

Conforme já elucidado no final do subtópico 1.1, o Estado atribuiu à família o *status* de ente merecedor de especial proteção em razão do seu papel social, motivo pelo qual garantiu diversas proteções, garantias no próprio texto constitucional, fato evidenciado nos arts. 226 a 230:

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 189.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 73.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. 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.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Como se pode observar, os artigos citados da Carta Magna expressam a importância da família, ressaltando seu papel essencial de criação, educação, dar todo tipo de assistência para o desenvolvimento, mental e físico, dos filhos menores bem como a função dos filhos de auxiliar seus pais na velhice, garantido a estes todas as condições dignas para viver.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a *Lex Mater* atribui esta proteção especial à família em razão do seu “importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana” e na sociedade como um todo.⁹²

Arnaldo Rizzardo explica que são formas de se constituir família o casamento e a união estável⁹³, sendo, estes, tutelados e protegidos pela legislação brasileira, mas sob óticas distintas.

Tal tratamento se deve ao fato de que “casamento e união estável não são a mesma coisa e não querem ser. Todavia, ambas as entidades familiares dispõem da mesma proteção, eis que a família, base da sociedade, *tem especial proteção do Estado*”⁹⁴; ou seja, o Estado confere proteção especial a ambos

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 376.

⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 815-817.

⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 376.

institutos jurídicos, mas com a ressalva de serem institutos diferentes com características e deveres distintos.

Desta forma, o art. 1.566 do Código Civil estabelece que são direitos e deveres recíprocos dos cônjuges a fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. Já o art. 1724 do mesmo compêndio estabelece aos companheiros os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Segundo Maria Berenice Dias, para ambas as formas de constituir família, “em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos”, mas os outros deveres se diferem, principalmente os deveres de fidelidade e de lealdade.⁹⁵

Conforme já bastante difundido no subitem 1.4, a “fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade”⁹⁶ (preservação da família, proteção do melhor interesse da criança, estabilidade social), possuindo, este princípio, “caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo”⁹⁷ deste tipo de forma de constituir família (casamento) e sendo considerado, por muitos, “uma tendência natural do próprio ser humano”⁹⁸.

Ao analisar este tipo de forma de constituição de família, entende-se “que a mútua entrega só é possível” quando há a exclusividade, não permitindo “a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa, punindo severamente a bigamia”.⁹⁹

Assim, conforme explica Sílvio de Salvo Venosa, a fidelidade e, decorrentemente, a monogamia são características inerentes do matrimônio, não

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 153.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001, p.131.

⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 47.

podendo ser alteradas¹⁰⁰, proporcionando-se segurança jurídica e estrita obediência aos princípios contratuais, em especial, a *pacta sunt servanda*.

Todavia, não se trata de um princípio constitucional, mas uma imposição aos cônjuges de “uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sobre a chancela do Estado”¹⁰¹ e somente imputada aos nubentes após a aceitação de ambas as partes de forma livre, espontânea e expressa (princípio da liberdade)¹⁰².

Assim, o caráter monogâmico da relação e o dever de fidelidade são cláusulas essenciais do casamento que são aceitos e assumidos no momento de sua celebração, devendo as partes, inclusive, prima pela “constância nos compromissos assumidos com outrem”¹⁰³.

Já a lealdade, dever estabelecido nas relações de companheirismo pelo art. 1724 do Código Civil Brasileiro, é o “respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e probidade”¹⁰⁴, de forma que o companheiro será leal se for sincero, honesto, franco, reto em relação aos compromissos e responsabilidades assumidas¹⁰⁵; ou seja, a lealdade se traduz na concepção de honestidade na relação, no cumprimento das obrigações pactuadas/acordadas entre os companheiros, sejam estas a monogamia ou a poliginia.

Desta forma, a fidelidade pode ser um compromisso assumido pelos companheiros caso seja a vontade destes. Assim, a lealdade será “gênero do qual a fidelidade é uma das suas espécies”.¹⁰⁶

No mesmo sentido Paulo Nader explana que a “lealdade é princípio de ordem moral”¹⁰⁷, “é corresponder à confiança do parceiro”.¹⁰⁸

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001, p.36.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001, p.37.

¹⁰³ HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 892.

¹⁰⁴ HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1163.

¹⁰⁵ HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1163.

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 402.

Maria Berenice Dias explica que na união estável é somente imposto aos companheiros o dever de lealdade, de forma que inexistente a imposição do dever de ser fiel. Assim, a autora atenta para a possibilidade de várias uniões concomitantes:

“Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, não impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não tem o dever de serem fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas.”¹⁰⁹

Paulo Lôbo explica que os deveres de lealdade e fidelidade não se confundem, uma vez que a lealdade é um dever moral de respeito ao que fora pactuado, aos compromissos assumidos; ao contrário da fidelidade, um dever de caráter negativo, um mandamento de abstenção de ter ou manter outras relações que não sejam a matrimonial.¹¹⁰

A respeito da distinção de lealdade e fidelidade e da possibilidade de haver uniões concomitantes, a jurisprudência já reconhece estes fatos, o que pode ser depreendido dos seguintes acórdãos:

“DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso de apelação (1) e negar provimento aos recursos de apelação (2) e (3), bem como manter a sentença em sede de reexame necessário. EMENTA: Ação declaratória c/c ordinária de cobrança. Apelação cível (1). Recurso protocolado fora do prazo legal. Intempestividade. Recurso não conhecido. Apelações cíveis (2) e (3). **Reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes**. Partilha da pensão por morte entre ambas. Recursos desprovidos. Sentença mantida em sede de reexame necessário.”¹¹¹ (grifo nosso)

¹⁰⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 419.

¹⁰⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 419.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 154.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível nº 573.637-0. Origem: Nona Vara Cível da Comarca de Londrina. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: JOATAN MARCOS DE CARVALHO. Data da publicação: DJ 27/05/2010, p. 396. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1951825/acórdão-573637-0>>. Acesso em: 12/04/2013.

“DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DIREITO DE PENSIONISTA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO AFETIVA DO FALECIDO COM DUAS MULHERES. AFASTADA A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. 1. Nos autos restou comprovada a existência de convivência entre o falecido e sua vizinha, assim como com a Apelante, mãe dos dois filhos do falecido, a qual vivia em outra cidade, e que tinha ciência de que o falecido possuía outro relacionamento simultâneo. 2. **Comprovada a existência de relacionamentos simultâneos, deve ser afastada a caracterização da união estável a qual prescinde da existência de monogamia e fidelidade, nos termos do art. 226, §3º, da Constituição c/c o art. 1724, do Código Civil.** 3. **Afastada a existência de união estável, eis que inexistente a lealdade,** merece ser afastado o direito de percepção da pensão. 4. Negado provimento ao Recurso de Apelação.”¹¹² (grifo nosso)

“APELAÇÃO CÍVEL. 1)UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. **O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar.** Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2)RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. Apelação parcialmente provida.”¹¹³ (grifo nosso)

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível nº 626.042-0. Origem: Décima Vara Cível da Comarca de Londrina. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: DES. GUILHERME LUIZ GOMES. Relatora Convocada: JUÍZA DENISE HAMMERSCHMIDT. Data da publicação: DJ 18/08/2010, p. 453. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1986688/acórdão-626042-0>>. Acesso em: 12/04/2013.

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70012696068. Origem: Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE. Data da publicação: DJ 17/11/2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=700126960>

“APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PROVA. **Embora possível o reconhecimento de união dúplice, é preciso a prova da união.** No caso, a apelante disse ter vivido por 22 (vinte e dois) anos com o de cujus. Contudo, não trouxe qualquer prova da união. Nenhum documento de residência comum, de aquisição de bem, de convivência ou de recordação mútua. NEGARAM PROVIMENTO.”¹¹⁴ (grifo nosso)

Em geral, as ementas trazidas expressam nitidamente a possibilidade de se haver uniões dúplices, contanto que haja prova das uniões ou da união que se pede reconhecimento.

Já no segundo acórdão transcrito, em especial, vislumbra-se o entendimento abordado anteriormente de que a monogamia (traduzida pelo dever de fidelidade) está adstrita ao matrimônio, diferentemente do que ocorre na união estável, a qual dispensa a exigência de monogamia e fidelidade em suas relações, mas prima pela lealdade, ao que foi prometido e pactuado entre os companheiros.¹¹⁵ No caso em apreço, o tribunal entendeu não existir união estável entre a apelante e o falecido pelo fato de não haver lealdade entre ambos.

Outro caso relevante que comprova o defendido é o fato de ter sido lavrada, na cidade de Tupã/SP, uma escritura de união poliafetiva entre duas mulheres e um homem que dividem a mesma casa há aproximadamente três anos. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, ao abordar o assunto, narra que:

“a Nobre Tabela asseverou a ausência de proibição legal e a influência dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade

68&num_processo=70012696068&codEmenta=1238288&temIntTeor=true >. Acesso em: 12/04/2013.

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70008521676. Origem: Primeira Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: RUI PORTANOVA. Data julgamento: 27/05/2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70008521676&num_processo=70008521676&codEmenta=863064&temIntTeor=true>. Acesso em: 12/04/2013.

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível nº 626.042-0. Origem: Décima Vara Cível da Comarca de Londrina. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: DES. GUILHERME LUIZ GOMES. Relatora Convocada: JUÍZA DENISE HAMMERSCHMIDT. Data da publicação: DJ 18/08/2010, p. 453. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1986688/acordao-626042-0>>. Acesso em: 12/04/2013.

da pessoa humana e da liberdade para justificar a juridicidade de tal escritura".¹¹⁶

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti defende que o entendimento da tabeliã decorre de uma interpretação lógica do texto constitucional, visto que o art. 226 da Constituição Federal não esgota a possibilidade de tipos de entidades familiares, de forma que é totalmente viável o reconhecimento da entidade familiar em questão, devendo o Estado tutelá-la.¹¹⁷

Assim, o problema suscitado por Marcos Alves da Silva, em sua tese de doutorado, de que a monogamia não deveria ser estruturante das famílias brasileiras, que a imposição deste princípio suprime a liberdade de escolha das pessoas¹¹⁸, está solucionado, visto que se os indivíduos optarem pela monogamia, pode optar tanto pelo casamento quanto pela união estável; mas se optarem pela pluralidade de relações de forma pactuada, acordada, ou seja, a poliginia, devem, os companheiros, se ater à união estável.

Assim, a partir do exposto neste tópico, concordamos com o douto mestre a respeito do fato de o princípio monogâmico não ser um princípio obrigatório, estruturante das famílias brasileiras, uma vez que existem outras formas de famílias, que não o casamento, que possibilitam relações poligâmicas, podendo, este tipo de relacionamento, por meio do instituto jurídico da união estável (lealdade) ser estabelecida a fidelidade entre um determinado grupo (os pactuantes) ou não. Entretanto, cabe ressaltar que o princípio da monogamia e o dever de fidelidade são inerentes ao instituto jurídico do casamento, devendo os nubentes, caso venham a se manifestar pelo seu contraimento, aderir a estes.

¹¹⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade. **JusBrasil**. 21 de agosto de 2012. Disponível em: <HTTP://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100131335/artigo-uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti>. Acesso em: 12/04/2013.

¹¹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade. **JusBrasil**. 21 de agosto de 2012. Disponível em: <HTTP://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100131335/artigo-uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti>. Acesso em: 12/04/2013.

¹¹⁸ SILVA, Marcos Alves da. Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família. 2012. 295 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

Todavia, cabe ressaltar que há doutrinadores renomados, como Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz e outros doutrinadores renomados que entendem que fidelidade e lealdade são sinônimos sob o fundamento de que ao casamento e à união estável devem ser tratados de forma semelhante/equiparada, uma vez que são valores essenciais em ambas relações.¹¹⁹

Contudo, diante de todo o exposto, resta claro que tanto a fidelidade e a lealdade quanto o casamento e a união estável são distintos, posicionamento defendido e demonstrado acima tanto pela doutrina quanto na jurisprudência, e destinam-se a tutelar situações e, em alguns casos em seja pactuado a poliginia, formas de família distintas. Contudo, há de se ter em mente que à essas relações não se impede que os companheiros estabeleçam o dever de fidelidade, ou até mesmo a forma monogâmica, mas os institutos jurídicos da união estável e do casamento devem ser respeitados e preservados.

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 591.

2. O CASAMENTO COMO CONTRATO

2.1 Diferentes correntes a respeito da natureza jurídica do casamento

O casamento, a partir da análise dos arts. 1511, 1514, 1536 e 1566 do Código Civil cominada com a Resolução nº 175 do CNJ, é a união de duas pessoas, que se obrigam a viverem conjuntamente, de forma fiel, respeitando um ao outro a fim de constituir família, de forma a estabelecerem, através de um instrumento jurídico público e solene (contrato), direitos e deveres recíprocos, quais sejam fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

Deveras, segundo os ensinamentos de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, estes deveres, condições “inafastáveis da sobrevivência” do casamento, impõem:

“um certo comportamento ao cônjuge, de modo que, diante do seu descumprimento, cabe ao ofendido a demonstração do ato infracional e dos danos decorrentes desse ato, sem que seja necessário indagar sobre o dolo, ou a negligência, ou a imprudência do infrator, para que surja o direito à reparação.”¹²⁰

Todavia, há uma questão bastante polêmica na doutrina a respeito do que se estaria infringindo, ou seja, acerca da natureza jurídica do casamento: uma cláusula contratual ou uma instituição social.¹²¹

Conforme explicitado por Carlos Roberto Gonçalves, “não há um consenso, na doutrina, a respeito da natureza jurídica do casamento.”¹²²

Assim, para que se possa analisar o direito a responsabilizar alguém pelos danos sofridos decorrentes do descumprimento do dever conjugal da fidelidade,

¹²⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167-168.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42-43.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

deve-se, primeiramente, entender qual é a natureza jurídica do casamento, analisando-se qual será o bem jurídico lesado.¹²³

Existem três correntes acerca da natureza jurídica do casamento: institucionalista, contratualista e eclética.

2.1.1 Institucionalista

A teoria institucionalista considera o casamento uma “grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos em lei”¹²⁴.

Segundo Arnaldo Rizzardo, em razão de o Estado proteger e tutelar o casamento, este é elevado a valor que transcende a “singeleza de um simples contrato”¹²⁵. O casamento não é um simples contrato em que as partes pactuam algo e estão adstritos àquilo, mas um conjunto de valores, pois direciona-se a proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole e muitos outros interesses afins. Assim, “é praticamente colocado como um direito público ou quase, pois é função do Estado a sua proteção (art. 226 da Constituição Federal), levando a participar o Ministério Público em todos os litígios que envolvem relações familiares”.¹²⁶

Entretanto, é importante frisar que “as partes são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai se casar ou não” (autonomia da vontade), mas “uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres”. Portanto, o matrimônio é “um estatuto imperativo preestabelecido, ao qual os nubentes aderem”.¹²⁷

¹²³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

¹²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4.

¹²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

Ou seja, o casamento seria, para os adeptos desta teoria, “um conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo ao qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, pois, uma vez dada referida adesão, a vontade dos cônjuges torna-se impotente e os efeitos da instituição produzem-se automaticamente.”¹²⁸

Se utilizada a teoria institucionalista perante o descumprimento do dever matrimonial da fidelidade, deve-se demonstrar na busca de reparação/compensação pelos danos sofridos, além da ação ilícita, o dano e o nexos de causalidade, o “dolo” (culpa *lato sensu*) do cônjuge em causar o dano ao outro cônjuge.¹²⁹

Contudo, Marilene Silveira Guimarães entende que a indenização/compensação não deve ter por objeto o lucro fácil em razão de todo e qualquer aborrecimento, mas somente em detrimentos dos danos graves causados em decorrência do descumprimento dos deveres matrimoniais, como se depreende da seguinte citação:

“No atual momento sócio econômico brasileiro muitos têm sido os processos pleiteando indenização por dano moral na esfera cível. Contudo, na esfera familiar tais pedidos reclamam uma profunda reflexão e investigação das verdadeiras motivações do autor. Um pedido de indenização somente não será imoral se houver um dano realmente grave e a reivindicação não tiver por objeto apenas o lucro fácil.”¹³⁰

Em outras palavras, se for adotada tal teoria na busca de compensação, em especial por danos morais, pelo descumprimento do dever da fidelidade, o cônjuge lesado deve comprovar a traição bem como a intenção do cônjuge em praticá-la e os danos causados, devendo este ser caracterizado por algum dano aos direitos de personalidade e não somente o simples aborrecimento, mágoa em relação ao outro cônjuge, além dos danos materiais eventualmente ocasionados.

¹²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

¹²⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

¹³⁰ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adultério virtual / Infidelidade virtual*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133)>. Acesso em 10/09/12.

São doutrinadores desta corrente figuras como Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz, Arnaldo Wald, Arnaldo Rizzardo.¹³¹

O seguinte acórdão proferido pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul exprime a teoria abordada:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INFIDELIDADE VIRTUAL. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DO CASAMENTO. PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PREPONDERÂNCIA DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regrada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva. Ainda que descumprido o dever fidelidade do casamento, a comprovação de tal situação não pode ocorrer a qualquer preço, sobrepondo-se aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devendo cada caso submeter-se a um juízo ponderação, sob pena de estar preterindo bem jurídico de maior valia, considerado no contexto maior da sociedade. A prova, a princípio considerada ilícita, poderá ser admitida no processo civil e utilizada, tanto pelo autor, quanto pelo réu, desde que analisada à luz o princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em jogo na busca da justiça do caso concreto. E procedendo-se tal exame na hipótese versada nos autos, não há como admitir-se como lícita a prova então coligida, porquanto viola direito fundamental à intimidade e à vida privada dos demandados. Precedentes do STF e do STJ. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70040793655, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/03/2011)”¹³²

Nesse caso, a requerente ajuizou ação em razão do descumprimento do dever de fidelidade pelo requerido e que o ato ilícito gerou sofrimento intenso, teve

¹³¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

¹³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70040793655. Origem: Comarca de Erechim. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Relator: LEONEL PIRES OHLWEILER. Data da publicação: DJ 11/04/2011. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040793655&num_processo=70040793655&codEmenta=4070074&temIntTeor=true >. Acesso em: 29/09/2013.

que se submeter a tratamento psiquiátrico, pois passou a sofrer depressão, causando-lhes transtornos no trabalho e na sociedade. Ademais, sustentou ser inadmissível a conduta do demandado, pois, se estava insatisfeito no casamento, deveria ter se divorciado, e não expô-la ao ridículo.

Os desembargadores atentaram para o fato de que o caso enseja a aplicação da responsabilidade civil subjetiva, “responsabilidade civil, fundada na culpa, isto é, para que haja o dever de indenizar é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa do agente”, conforme o voto do desembargador relator Leonel Pires Ohlweiler.

Todavia, a apelante somente demonstrou a prática do ato ilícito (a infidelidade) por meio de provas ilícitas, o que, em regra, não é admitido em nosso judiciário. Os desembargadores entenderam que a comprovação da infidelidade não pode sobrepor direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, o que gerou a não comprovação de um dos elementos da responsabilidade. Assim, negaram provimento ao recurso.

2.1.2 Contratualista

A teoria contratualista prega que o casamento é um “contrato civil regido pelas normas comuns a todos os contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se” com consentimento recíproco de ambos os nubentes.¹³³

Desta forma, o casamento estaria sujeito a todos os requisitos de exigência, validade e eficácia de um negócio jurídico; uma vez que o consentimento, “a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas”, é necessário para seu

¹³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

aperfeiçoamento¹³⁴; amoldando-se “á noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos”¹³⁵.

Contudo, não é considerado um mero contrato. É um “contrato especial, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos”¹³⁶.

Assim, segundo os ensinamentos de Carvalho Santos, o casamento:

“É um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, mas que não mais podem desaparecer, substituindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor.”¹³⁷

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves, ao citar o entendimento de José Lamartine Corrêa de Oliveira, afirma que:

“Não se pode deixar de enfatizar que a natureza de negócio jurídico de que se reveste o casamento reside especialmente na circunstância de se cuidar de ato de *autonomia privada*, presente na liberalidade de casar-se, de escolha do cônjuge e, também, na de não se casar. No plano dos efeitos patrimoniais, têm os cônjuges liberdade de escolha, através do pacto antenupcial, do regime de bens a vigorar em seu casamento. Esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido, entretanto, dentro dos limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica.”¹³⁸

Assim, o casamento surge da livre vontade dos contraentes, que estão cientes de todas as incumbências advindas do casamento, ou seja, têm o conhecimento de todas as cláusulas pactuadas e impostas pelo ordenamento

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 69.

¹³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 40.

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 70.

¹³⁷ SANTOS, Carvalho. *Casamento como contrato especial – Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961, p. 10-11.

¹³⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Direito de família*, cit., p. 121-122 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

jurídico vigente. Estas cláusulas impostas, para grandes nomes do direito brasileiro, conforme visto no subtópico anterior, imputariam ao casamento a classificação de instituto. Entretanto, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, esses:

“elementos de Direito Público que impregnam o casamento não o erradicam do Direito Privado, sendo que a presença obrigatória do Poder Público em sua constituição ou formação tem caráter declaratório, pois se limita a complementar o ato ou acordo de vontades dos contraentes, o que não retira do matrimônio a natureza de ato de direito privado.”¹³⁹

Se seguida a teoria sob análise basta o cônjuge lesado comprovar o descumprimento do dever matrimonial infringido bem como os danos sofridos para se configurar o direito à indenização/compensação; ou seja, o simples fato de se descumprir uma das cláusulas contratuais pactuadas e confirmadas durante a celebração do casamento gera o dever de indenizar/compensar não sendo relevante a intenção do agente, uma vez que a infidelidade pressupõe vontade/intencionalidade do agente, ou seja, a culpa é presumida, o que não significa que o cônjuge infiel não pode impugná-la por meio da arguição de estado de inconsciência.¹⁴⁰

Ressalta-se, contudo, que somente terá esse dever compensar os danos morais sofridos se houver a dissolução do vínculo conjugal, pois, caso não haja, será considerado perdão tácito¹⁴¹, questão que será discutida no tópico 3.1.2 do capítulo seguinte.

São adeptos desta corrente grandes expoentes como Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Pontes de Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Álvaro Villaça Azevedo.¹⁴²

¹³⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 59.

¹⁴⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167.

¹⁴¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57 e 168.

¹⁴² SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58.

Nesse sentido, o seguinte acórdão proferido pela Sexta Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios merece ser colecionado:

“INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO CASAMENTO. FIDELIDADE RECÍPROCA. ART. 1.566, INC. I, CC/02. TERCEIRO CÚMPLICE. I - Há dano moral, quando ocorre violação dos deveres do casamento, especialmente o da fidelidade recíproca (art. 1.566, inc. I, do CC/02). O cônjuge que mantém relacionamento extraconjugal concomitante ao casamento, ao longo de 24 anos, e dessa relação inclusive advém uma filha, deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais ao outro cônjuge, em razão da violação aos direitos de personalidade identificados na honra, imagem e integridade psíquica. II - Pela teoria do terceiro cúmplice, o amante do cônjuge infiel não responde pelos danos advindos da violação do dever de fidelidade recíproca. Precedente do e. STJ. III - - Apelação provida. (Acórdão n. 618688, 20080110352973APC, Relator VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, julgado em 05/09/2012, DJ 20/09/2012 p. 241)”¹⁴³

O presente caso foi ajuizado pelo requerente sob o fundamento de a requerida ter descumprido o dever de fidelidade ao longo de 24 anos, sendo que dessa relação extraconjugal adveio uma filha.

Os desembargadores, ao analisarem os autos, concluíram que os pressupostos da responsabilidade civil estavam presentes (demonstração do ato ilícito, comprovação dos danos sofridos e a ligação entre os dois, que o ato ilícito realmente gerou aqueles danos suscitados).

A análise da culpa não foi objeto de discussão, pois esta é presumida. O descumprimento do dever de fidelidade pressupõe intencionalidade/vontade (dolo), de forma que a demonstração do ato ilícito estará vinculada à culpa. Todavia, isso não afasta a possibilidade do cônjuge infiel ilidir a culpa por meio de provas.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n° 618688, Apelação Cível n° 20080110352973. Órgão Julgador: Sexta Turma Cível. Relatora: VERA ANDRIGHI. Revisor: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO. Data da publicação: DJ 20/09/2012, p. 241. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=618688>>. Acesso em: 02/09/2013.

Os desembargadores atentaram, também, para o fato de que o cúmplice da infidelidade não praticou nenhuma ilicitude, pois não possui nenhum dever para com o cônjuge lesado, ou seja, não é possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil ao cúmplice, pois não há a prática de ato ilícito.

Assim, os desembargadores concluíram pela condenação da requerida à compensação dos danos morais sofridos em decorrência da infidelidade, uma vez que restou provado nos autos os pressupostos da responsabilidade civil, mas afastaram a responsabilidade do cúmplice por não possuir nenhum dever.

2.1.3 Eclética

Diante do impasse doutrinário entre considerar o casamento um contrato especial ou um instituto, surge uma terceira teoria: a teoria eclética, ou, mista.¹⁴⁴

Os adeptos desta teoria defendem que o casamento:

“reúne os dois elementos: volitivo e institucional, considerando o casamento um contrato em sua formação, por originar-se do acordo de vontades; e uma instituição em sua duração, em face da interferência do poder público e do caráter inalterável de seus efeitos.”¹⁴⁵

Arnaldo Rizzardo explana que:

“esta teoria, pois, distingue o casamento-fonte do casamento-estado. O primeiro tem natureza contratual e, o segundo, natureza institucional, vez que as regras que governam os esposos durante a união conjugal são fixadas imperativamente pelo Poder Público, não podendo o casal modificá-las.”¹⁴⁶

Silvio de Salvo Venosa, ao defender esta teoria, explicitou que:

“O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

¹⁴⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58.

¹⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23.

acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de direito de família é uma especificação do conceito contrato. Nesse sentido, com propriedade, Sílvio Rodrigues (1999:19) o conceitua como contrato de direito de família. Não resta dúvida de que a celebração, conclusão material do negócio jurídico familiar, tem essa natureza. Se visto o casamento, porém, como um todo extrínseco sob o ponto de vista da vida em comum, direitos e deveres dos cônjuges, assistência recíproca, educação da prole, ressaltamos o aspecto institucional, que é muito mais sociológico do que jurídico. O casamento faz com que os cônjuges adiram a uma estrutura jurídica cogente predisposta. Nesse sentido apresenta a conceituação institucional. Trata-se, pois, de negócio complexo, com características de negócio jurídico e de instituição.”¹⁴⁷

Desta forma, ao buscar indenização frente o descumprimento do dever da fidelidade, não há clareza a respeito dos requisitos exigidos, uma vez que os nubentes pactuam, dentre outros deveres, a fidelidade recíproca, podendo ser considerado descumprimento contratual, mas também pode ser visto da perspectiva de se infringir a instituição em si, uma vez que a infidelidade atenta contra o casamento. Assim, teria que se utilizar o ponto de vista de uma das duas teorias anteriores para se pedir a devida compensação pelos danos morais sofridos em decorrência da infidelidade de um dos cônjuges, podendo os adeptos desta teoria defender tanto infringência a uma cláusula contratual quanto atentado ao instituto.

2.1.4 Ponderações

De uma forma sucinta, as correntes acerca da natureza jurídica do casamento expressam o seguinte:

“A teoria institucional fundamenta-se na interferência direta da autoridade pública na formação do matrimônio, que, segundo seus partidários, tem caráter constitutivo e não meramente probatório, na inalterabilidade dos efeitos do casamento e na adstrição de sua dissolução aos casos expressos em lei.

¹⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 40.

A teoria contratual atribui ao casamento essa natureza porque sua formação ocorre por meio do livre acordo de vontade dos nubentes, o qual é determinante e indispensável para a produção dos efeitos jurídicos previstos em lei. Mas, como observam seus seguidores, a natureza deste contrato é especial, de Direito de Família.

A teoria eclética reúne os dois elementos: volitivo e institucional, considerando o casamento um contrato em sua formação, por originar-se do acordo de vontades; e uma instituição em sua duração, em face da interferência do poder público e do caráter inalterável de seus efeitos.”¹⁴⁸

Há defensores renomados defendendo cada uma das teorias existentes acerca da natureza jurídica do casamento, sendo que a adoção de uma destas influencia a avaliação e o fundamento utilizado para se buscar a reparação/compensação pelos danos sofridos em razão do descumprimento dos deveres conjugais. No mesmo sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos explicita que:

“Caso consideremos o casamento como um contato, as regras de responsabilidade civil contratual poderão se aplicadas em sua dissolução, sendo que, como veremos posteriormente, tais regras favorecem a posição do lesado, que deverá provar a violação de conjugal, ficando estabelecida ex re ipsa a culpa. E se entendermos que o casamento é uma instituição, além da demonstração da infração a dever conjugal. O cônjuge deverá comprovar a existência de culpa por parte do ofensor, para alcançar o direito à reparação dos danos por este ultimo acarretados.”¹⁴⁹

Assim, é certo que o descumprimento dos deveres matrimoniais enseja danos e que, em regra, os danos causados a outrem devem ser reparados/compensados. Entretanto, a teoria adotada acerca da natureza jurídica do casamento influencia o fundamento utilizado para se responsabilizar o cônjuge pelos danos sofridos, devendo-se adotar a teoria da culpa ou a teoria do dano.

¹⁴⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57-58.

¹⁴⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

Entretanto, conforme explicita Arnaldo Rizzardo, “predomina, evidentemente, a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”¹⁵⁰.

Assim, adotar-se-á, neste trabalho, a teoria contratualista, por entender que a autonomia da vontade (manifestação da aceitação) é determinante para se contrair o casamento, que o contrato assinado entre os nubentes é determinante para se concluir a solenidade da celebração do casamento, e que a demonstração do fundamento da culpa da responsabilidade civil não seria necessária, pois a culpa, no descumprimento do dever matrimonial de fidelidade, é presumida, uma vez que a infidelidade do cônjuge pressupõe intencionalidade/vontade.

2.2 O descumprimento da cláusula contratual da fidelidade

2.2.1 Considerações contratuais

Conforme exposto nos subtópicos anteriores, existem três formas de se visualizar/compreender a natureza jurídica do casamento. Contudo, como já dito, a teoria que se utilizará neste trabalho é a contratualista, tendo em vista a compreensão de que para se contrair casamento é necessário que os nubentes manifestem sua vontade de forma expressa e espontânea, seguido pela declaração do estado de casados pelo oficial realizador, assinando-se um contrato, mesmo com as imposições e formalidades exigidas/impostas pelo Estado, podendo os cônjuges requerer, unilateralmente, sua resilição (divórcio).

Segundo os ensinamentos de Arnaldo Rizzardo, contrato é a “convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa”, “o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto”¹⁵¹; é o “ajuste, convenção, pacto ou transação” com a finalidade de “criar, modificar ou extinguir um direito”¹⁵².

¹⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 7.

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5.

¹⁵² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 6.

Caio Mario ressalta que, “com pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”¹⁵³.

Paulo Nader, não fugindo da mesma concepção, expressa que “contrato é acordo de vontades que visa a produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial”¹⁵⁴, não se restringindo somente ao Direito das Obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito, inclusive o Direito de Família, ressaltando a existência/necessidade de elementos essenciais subjetivos e objetivos a qualquer modalidade contratual. Os subjetivos compreendem questões relativas às partes, aos sujeitos que estão pactuando: a exigência da participação de um mínimo de duas pessoas, capacidade de fato (ser sujeito capaz de direitos e obrigações) e a declaração de vontade (autonomia da vontade - princípio da liberdade). Já os objetivos se referem ao objeto de conversão de vontades e ao próprio instrumento contratual: objeto lícito, possível, determinado ou determinável, economicamente apreciável e forma (prescrita ou não defesa em lei)¹⁵⁵.

No matrimônio existem todos os elementos essenciais objetivos e subjetivos exigidos: o matrimônio deve envolver duas pessoas, ambas com capacidade de fato (ou com a autorização dos pais, com suprimento judicial ou as excepcionalidades do art. 1520 do CC), devendo ambos manifestarem suas vontades de forma livre e expressa (art. 1514 do CC); só pode ser contraído entre pessoas desimpedidas, determinando-se o regime de bens e atendendo a todas as formalidades exigidas pela legislação. Caso algum desses elementos não estejam presentes (excetuando o regime de bens, pois caso não haja manifestação quanto a sua escolha, será adotado o regime da comunhão parcial de bens – art. 1640 do CC), o casamento poderá ser anulado (art. 1550 do CC), da mesma forma que os contratos que estiverem eivados de vícios ou que não cumprirem as exigências legais.

¹⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 7.

¹⁵⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

¹⁵⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14-21.

Desta forma, conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves, conclui-se que o casamento é um contrato especial¹⁵⁶, uma vez que não só regula meras obrigações ordinárias de cunho patrimonial, mas também relações interpessoais no âmbito da família.

Assim, por ser um contrato, estará regido pelos “princípios fundamentais do direito contratual”¹⁵⁷: princípio da supremacia da ordem pública; princípio do consensualismo; princípio da relatividade dos efeitos do contrato; princípio da obrigatoriedade dos contratos; princípio da boa-fé e da probidade e, principalmente o princípio da autonomia da vontade.

O princípio da autonomia da vontade é o que merece maior atenção ao se considerar o casamento um contrato especial, pois, conforme delineado no subitem 2.1.2, é a livre, espontânea e expressa manifestação de vontade de ambos os nubentes que, essencialmente, caracterizará a natureza jurídica do casamento um contrato especial.

Paulo Nader afirma que a autonomia de vontade se traduz na livre vontade “para contrair obrigações de variadas espécies e sob as condições que desejar, sem a imposição da lei”¹⁵⁸.

Maria Helena Diniz ensina que a liberdade contratual dos contratantes emana da autonomia da vontade; que consiste “no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”¹⁵⁹, englobando a liberdade contratual e a liberdade de contratar.

Caio Mário explana que a liberdade de contratar abarca “a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

¹⁵⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 22.

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20-21.

jurídico-contratual”¹⁶⁰ bem como “a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo do negócio a efetuar”¹⁶¹.

Já a liberdade contratual se traduz na liberdade “de determinação do conteúdo da avença e a criação de contratos atípicos”¹⁶², ou seja, o “poder de fixar o conteúdo do contrato, regidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes”¹⁶³.

Contudo, Maria Helena Diniz expressa que:

“é preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo”.¹⁶⁴

No mesmo sentido, Paulo Nader, ao abordar o tema em questão, defende que “o princípio da autonomia da vontade, que é um poder criador, que consiste na faculdade de contratar quando, como e com quem quiser, encontra seus limites nas leis de ordem pública e nos bons costumes.”¹⁶⁵

Por estar a liberdade contratual limitada, alguns entendem que o casamento passaria a ser um contrato de adesão.

É importante explicar que o contrato de adesão às condições gerais, de maneira geral, é aquele “que se apresenta com todas as cláusulas predispostas”¹⁶⁶, de forma que o aderente “somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato”.¹⁶⁷

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 20.

¹⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 20.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

¹⁶⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 22.

¹⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 369.

¹⁶⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 369.

Todavia, no casamento, nem todas as cláusulas contratuais já estão predispostas. Aos nubentes cabe escolher o regime de bens que regerá o matrimônio, estabelecer cláusulas no pacto antenupcial. O que se impõe nesta modalidade contratual são alguns deveres recíprocos que devem ser cumpridos.

Assim, a liberdade contratual, de fato, não é plena no casamento. Contudo, esta limitação possui a finalidade de manter/proteger a união matrimonial, impedir/restringir a dissolução desta e preservar o núcleo familiar. A respeito do tema o seguinte trecho merece destaque:

“De muitas formas a família limita o indivíduo e, pois, o sacrifica na sua pretensão de liberdade. Reversamente, possibilitando-lhe a realização pessoal pelos contactos mais profundos a que dá origem, ela também o liberta, isto é, promove-lhe a personalização através do outro, de modo verdadeiramente insubstituível.”¹⁶⁸

Outro ponto relevante é o fato de o matrimônio poder ser dissolvido a pedido de um dos cônjuges, a qualquer momento sem a necessidade de evocara culpa do outro, mas simplesmente pelo fato de não haver mais a *affectio maritalis*, que, segundo João Baptista Villela, é elemento importante e “decisivo de sustentação do vínculo conjugal”¹⁶⁹, uma vez que os contraentes buscam através do casamento a materialização do seu afeto e realização mútua¹⁷⁰.

Assim, o divórcio é um instrumento jurídico exteriorizador da própria liberdade do indivíduo, uma vez que o consorte é livre para se desobrigar quando lhe for mais conveniente, não quiser mais cumprir com seus deveres.

Desta forma, se o nubente não quiser mais/não estiver satisfeito com sua relação, inclusive no tocante à relação sexual, e quiser buscar outra(s), basta desobrigar-se por meio do divórcio.

¹⁶⁸ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Movimento editorial da revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 10.

¹⁶⁹ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Movimento editorial da revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 19

¹⁷⁰ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Movimento editorial da revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 13.

Entretanto, se o cônjuge não se desobrigar/divorciar e infringir o dever de fidelidade, estará violando o casamento, todas as cláusulas correspondentes à infração e princípios contratuais, como a *Pacta Sunt Servanda* e a Boa-fé objetiva.

2.2.2 Violação da *Pacta Sunt Servanda*

O princípio da *Pacta Sunt Servanda*, também conhecido como princípio da obrigatoriedade ou, ainda, princípio da força vinculante das obrigações, é aquele que:

“consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da normal legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor.”¹⁷¹

Caio Mário da Silva Pereira explica que o princípio:

“significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada. A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas consequências”.¹⁷²

Carlos Roberto Gonçalves explicita que “ninguém é obrigado a contratar”¹⁷³, que o ordenamento jurídico permite a cada um escolher se irá ou não contratar, permite a cada um escolher com quem irá contratar, o objeto do contrato e suas

¹⁷¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

¹⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13.

¹⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

cláusulas. Contudo, “os que fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo”¹⁷⁴.

Nesse mesmo sentido, Paulo Nader afirma que “os contratos são feitos para serem cumpridos”¹⁷⁵, que “se o acordo de vontades se faz dentro da esfera de liberdade reservada à iniciativa particular, em se tratando de contratos de Direito Privado, as regras estabelecidas impõem-se coercitivamente às partes”.¹⁷⁶

Arnaldo Rizzardo ressalta o entendimento de que o contrato firmado entre as partes, por meio da livre manifestação de vontade, “tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém”¹⁷⁷.

O estrito cumprimento do contrato possui um significado não só de honorabilidade da palavra/promessa dada, mas também social.

Silvio de Salvo Venosa atentou que se “não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos”¹⁷⁸.

Carlos Roberto Gonçalves explica que:

“o aludido princípio tem por fundamentos: a) a *necessidade de segurança nos negócios*, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando balbúrdia e o caos; b) a *intangibilidade* ou *imutabilidade* do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes (...)”¹⁷⁹.

Assim, este princípio tem por objetivo proteger as relações contratuais formalizadas, garantindo-se segurança jurídica aos contratantes e autorizando medidas coercitivas em caso de descumprimento.

Uma das medidas cabíveis, em regra nos contratos, é a possibilidade de se fazer cumpri-lo através de comando judicial ou por meio de custeio para que terceiro ou o próprio particular faça. Contudo, esta regra vale para os

¹⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-49.

¹⁷⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 25.

¹⁷⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 25.

¹⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23.

¹⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 360.

¹⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

inadimplementos relativos, ou seja, as obrigações em que há a possibilidade de ainda serem cumpridas/exigidas. Já no caso das obrigações em que não há esta possibilidade de se fazer cumprir coercitivamente ou por outros meios (inadimplemento absoluto), caberá somente a possibilidade de se pleitear indenização/compensação pelos danos sofridos, o que ocorre nas relações conjugais quando há descumprimento do dever da fidelidade, uma vez que não há como obrigar ninguém a ser fiel, no caso.

No mesmo sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos explica que:

“[...] em grande parte dos deveres conjugais, por força de seu caráter personalíssimo, descabe a execução forçada diante do respectivo inadimplemento. Assim, não há como obrigar o cônjuge a ser fiel, ou a manter relação sexual com o consorte, ou a respeitar e proteger os direitos de personalidade do outro cônjuge.”¹⁸⁰

Desta forma, o dever matrimonial da fidelidade, bem como todos os outros deveres matrimoniais e demais cláusulas pactuadas, devem ser respeitadas e cumpridas, uma vez que os nubentes expressaram sua vontade de forma livre, espontânea e expressa para contrair matrimônio. Todavia, em caso de descumprimento, caberá ao cônjuge lesado, se quiser, pedir compensação pelos danos morais sofridos quando na dissolução do matrimônio, pois, como se abordará no capítulo seguinte, a infidelidade ensejará compensação pelos danos morais sofridos (ofensa aos direitos de personalidade) se acarretar o divórcio, caso contrário, será considerado perdão tácito.

Deve-se ter em mente que o princípio em tela não deve ser analisado de forma isolada. As cláusulas contratuais devem ser cumpridas, mas essas não devem ferir a ordem pública, os bons costumes, sob pena de serem desconsideradas se discutidas no judiciário (cláusulas abusivas, ilícitas, que instituem obrigações desproporcionais, dentre outras). No caso do casamento, o dever de fidelidade, conforme exposto no subitem 2.2.1, é imposto pelo nosso

¹⁸⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 160.

sistema jurídico para preservar a própria ideologia do matrimônio e que sua violação não fere somente a *Pacta Sunt Servanda*, mas atenta principalmente contra o casamento, os bons costumes, o princípio da boa-fé objetiva, a Proibição de *Venire Contra Factum Proprium*.

2.2.3 Violação da Boa-fé objetiva

O Código Civil Brasileiro, em diversos momentos, ressaltou o dever da observância da boa-fé perante as relações jurídicas, como se pode visualizar a partir dos arts. 128 e 187. Entretanto, o dispositivo merecedor de destaque é o art. 422, que traz o princípio em comento como guiador das relações contratuais:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Caio Mario da Silva Pereira observou que:

“o princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso.”¹⁸¹

Contudo, primeiramente, é necessário ressaltar e entender que “o princípio da boa-fé se biparte em boa-fé subjetiva, também chamada de concepção *psicológica* da boa-fé, e boa-fé *objetiva*, também denominada concepção *ética* da boa-fé.”¹⁸²

Silvio de Salvo Venosa explica que:

“na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

¹⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.”¹⁸³

A boa-fé subjetiva, defendida e utilizada como regra de interpretação dos negócios jurídicos pelo Código Civil Brasileiro de 1916, diz respeito ao conhecimento/ignorância do indivíduo frente aos fatos e cláusulas contratuais, é a “consciência de estar agindo conforme o direito”¹⁸⁴; ou seja, é “a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.”¹⁸⁵

Assim, de forma geral, a boa-fé subjetiva é a observância das intenções do sujeito na prática de seus atos.¹⁸⁶

Por sua vez, a boa-fé objetiva “constitui inovação do Código de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico”, sendo um “princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas”.¹⁸⁷

A boa-fé objetiva:

“não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva de cooperar. O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios.”¹⁸⁸

Esta regra geral de conduta prima pela segurança das relações jurídicas, impondo que os contratantes ajam com lealdade, coerência, justiça, e que

¹⁸³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363.

¹⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

¹⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

¹⁸⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 28.

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

possuam confiança recíproca, equivalência das prestações e contraprestações e clarividência dos direitos e deveres.¹⁸⁹

Diferentemente da boa-fé subjetiva, a objetiva “independe do plano da consciência”¹⁹⁰, mas do agir dos contratantes, “tanto na celebração do ato quanto em sua execução”¹⁹¹, a partir dos moldes do homem médio e dos usos e costumes locais, fundado:

“na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não sonegar informações relevantes a respeito do objeto e do conteúdo do negócio”¹⁹².

De uma forma mais direta, a boa-fé objetiva é um princípio determinante e orientador de todas as relações jurídicas que estipula um agir, uma conduta honesta, clara, leal, coerente das partes em relação ao objeto e à finalidade da relação constituída; ou seja, as partes devem agir com a mais estrita obediência ao que foi pactuado e buscar alcançar a objeto da relação sem querer obter mais vantagens do que a outra parte ou até mesmo causar prejuízos para o outro.

Analisando-se o casamento, tem-se que o seu próprio conteúdo e objeto obrigam os nubentes a se portarem de certo modo que condiga com o estado de casado e, ao mesmo tempo, com os costumes sociais, ou seja, agir com boa-fé. Mesmo, possuindo o prévio conhecimento de que o casamento possui uma série de deveres e obrigações que devem ser cumpridas obrigatoriamente, as pessoas continuam tendo o casamento como “meta” de vida, buscando para si aquela forma de vida. Assim, ao se descumprir o dever matrimonial da fidelidade, o cônjuge estará violando a boa-fé objetiva, visto que não se estará agindo com honestidade, coerência não só em relação a este dever contraído como também com o cônjuge lesado (por esconder a infidelidade, por fazê-lo viver uma situação

¹⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31.

¹⁹⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 28.

¹⁹¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 28.

¹⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

em que acreditava ser real e estrita ao que fora pactuado, por não levar em conta os interesses deste, dentre outros).

Desse modo, analisando sob a ótica da boa-fé, o cônjuge, ao perceber que não possui mais a vontade/intenção de ser fiel, deveria se portar ao outro e expor a situação, propondo o fim do matrimônio, mas não necessariamente o fim da relação afetiva, podendo-se pactuar (converter o casamento em) outro instituto jurídico, a união estável, conforme já abordado no tópico 1.5, uma vez que existem outros institutos jurídicos, que não o casamento, que permitem a forma poligâmica, caso os contraentes aceitem e pactuem tal forma de relacionamento; ou seja, agir com boa-fé.

2.2.4 Violação da Proibição de *Venire Contra Factum Proprium*

O princípio da Proibição de *Venire Contra Factum Proprium*, conhecido também como proibição de comportamento contraditório ou teoria dos atos próprios, advém de uma das principais funções do princípio da boa-fé, a limitadora, que “veda ou pune o exercício de direito subjetivo quando se caracterizar *abuso da posição jurídica*”.¹⁹³

Silvio de Salvo Venosa explica que se trata de uma necessária derivação necessária e imediata do princípio analisado no subtópico 2.2.3, o princípio da boa-fé objetiva, que tem por objetivo estabelecer um padrão/modelo de conduta¹⁹⁴.

Carlos Roberto Gonçalves, ao explicar o princípio, trouxe o ensinamento de Ruy Rosado de Aguiar Junior que expressa que o princípio em questão:

“protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

¹⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.”¹⁹⁵

Tal princípio, em outras palavras, “é um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais e conseqüentemente das relações jurídicas que o sujeito observe um comportamento coerente, como um princípio básico de convivência”¹⁹⁶; ou seja, é a proibição de se ter uma conduta contrária/incoerente com os próprios atos praticados anteriormente¹⁹⁷.

De forma mais expositiva, Silvio de Salvo Venosa ressalta que:

“o fundamento situa-se no fato de que a conduta anterior gerou, objetivamente, confiança em quem recebeu reflexos dela. Assim, o comportamento contraditório se apresenta no campo jurídico como uma conduta ilícita, passível mesmo, conforme a situação concreta de prejuízo, de indenização por perdas e danos, inclusive de índole moral. A aplicação do princípio não exige dano efetivo, porém basta a potencialidade do dano.”¹⁹⁸

A Proibição de *Venire Contra Factum Proprium*, objetivamente, expressa que uma pessoa que procedeu de uma forma anteriormente não pode no futuro realizar outra conduta que contrarie a primeira. Assim, como vertente da boa-fé objetiva, a segunda conduta viola a expectativa que se tinha anteriormente bem como a honestidade/sinceridade entre as partes, do que fora pactuado (correspondência com o princípio da *Pacta Sunt Servanda*).

Assim, vislumbra-se que o ato infiel (quebra da expectativa que se tinha do próprio casamento, da ideologia de vida que este imputa às pessoas casadas) contraria o próprio ato de contrair casamento (conduta anterior que gerou a confiança do cônjuge lesado, a expectativa da forma de vida de pessoas

¹⁹⁵ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos*, cit., p. 251-252 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

¹⁹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 366.

¹⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

¹⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 366.

casadas), sendo considerado por si só ato ilícito passível de indenização por danos morais bastando somente a potencialidade do dano para tal.

Conclui-se, então, que a infidelidade é um ato incompatível com o próprio casamento e inconsistente com a manifestação livre e expressa do consentimento de ambos os nubentes para contraí-lo, podendo o cônjuge infrator do dever de fidelidade ser responsabilizado.

Contudo, como se verifica a responsabilidade civil frente o descumprimento do dever matrimonial da fidelidade?

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MATRIMONIAL

3.1 Considerações preliminares

Antes de adentrar a análise dos requisitos da responsabilidade e sua aplicação, faz-se necessário pontuar a questão da aplicabilidade da responsabilidade civil no direito de família; do perdão tácito; da distinção da culpa como motivo para se divorciar e da culpa como fundamento da responsabilidade civil.

3.1.1 Arguição da aplicabilidade da responsabilidade civil no direito de família

A imputação da responsabilidade civil no âmbito familiar durante um período foi bastante questionável. Questionável por não se referir a meras obrigações na esfera contratual, mas obrigações que estão relacionadas ao afeto, ao amor; porém, não somente por isso. Por, também, temer imputar às relações extrapatrimoniais cunho valorativo.

Bernardo Castelo Branco expressa que, durante vários séculos, o conceito de família era aquele trazido da família romana, que remota desde o surgimento da polis até a queda do Império Romano, representado, em sua essência, pelo “poder paterno-marital, em razão do qual se atribuía ao pai e marido a condição de verdadeiro pater, eleito chefe e senhor da sociedade familiar, cujas decisões não admitiam qualquer contestação.”¹⁹⁹ Entretanto, a família atual sofreu varias influencias de ordem econômica e social, apresentando um novo fundamento para sua constituição, a afetividade.

Todavia, o autor atentou para o fato de que a primitiva noção de família que se tinha permitiu a ideia de que as relações jurídicas familiares não guardariam nenhum vínculo com as ademais normas jurídicas que regulam as outras expressões de comportamento humano, criando-se, desta forma, “em torno das

¹⁹⁹ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17.

relações de família, uma aura de impenetrabilidade, como se não houvesse pontos de convergência com as demais normas de Direito²⁰⁰.

Assim, as condutas praticadas:

“dentro dos limites das relações familiares, lesivas ou não a quaisquer de seus membros, não se mostrariam permeáveis à incidência das regras da responsabilidade civil, como se houvesse uma espécie de imunização desses acontecimentos às normas que tutelam, nas demais esferas jurídicas, os direitos patrimoniais e extrapatrimoniais violados.

Acreditava-se, como de resto ainda se tem fortemente presente tal noção, que tais relações, pelo seu caráter peculiar, somente encontrariam correspondência nos institutos próprios do direito de família. Dessa maneira, a violação dos deveres conjugais, por exemplo, teria como consequência única a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, com os efeitos pessoais e patrimoniais previstos em suas normas especiais, como os que tratam da guarda dos filhos, da regulamentação de visitas, do uso do patrimônio pelo outro cônjuge, da cessação do regime de bens, da partilha do patrimônio comum e do estabelecimento da obrigação de alimentos.”²⁰¹

De uma perspectiva geral, analisa-se que a família legítima, antigamente, conforme já explicitado no capítulo 1, era somente a que se originava através do casamento, sendo “gerenciada” pelo *pater família* [“desigualdade entre indivíduos, indicando relação de domínio e precedência (...) sobre seus membros”²⁰²]/marido. Contudo, a Constituição de 1988 transformou e ampliou a estrutura familiar, alterou o quadro normativo²⁰³ e refletiu os anseios sociais. Assim, estabelece-se a ideia de que o casamento é um instrumento jurídico “através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade”²⁰⁴, utilizado para personificar a afetividade (o amor) das pessoas e instituir deveres e direitos igualitários.

²⁰⁰ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17-18.

²⁰¹ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17-18.

²⁰² BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17-28.

²⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 305.

²⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.

A Lei Maior, também, ressaltou a importância de se proteger o núcleo familiar (meio para a realização da personalidade de seus membros), ampliando seu conceito e distinguindo a “entidade familiar da entidade matrimonial, esta apenas uma espécie privilegiada daquela, admitindo-se, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes”²⁰⁵ bem como uma série de direitos e garantias fundamentais, como a igualdade entre homem e mulher, fundamento para instituir-se os direitos recíprocos do art. 1566 do Código Civil Brasileiro atual.

Assim, a mulher se torna não somente um mero integrante da família, mas sujeito participante das decisões referentes ao próprio matrimônio bem como determinantes ao planejamento familiar. Contudo, em relação à família, os avanços não se limitaram somente a promover a igualdade entre os cônjuges, mas estabeleceu, também, proteção especial aos menores e aos idosos, conforme pode ser observar a partir dos dispositivos legais transcritos a seguir:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de

²⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. *In Temas de Direito Civil: o papel da culpa na separação e no divórcio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 436 *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 305.

transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Art. 229. 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.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Assim, diante deste cenário de inovações e avanços na defesa do núcleo familiar, verifica-se que:

“a família não pode ser palco de violações impunes aos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como o direito à vida, à integridade física e psíquica e à honra em suas dimensões objetiva e subjetiva. Assim, a reparação pecuniária, nesse caso particular, não se constitui em meio insidioso de enriquecimento à custa da desagregação familiar, mas um instrumento ao mesmo tempo sancionador e inibidor dessas ofensas”²⁰⁶.

Desse modo, evidencia-se que a partir do momento em que o Estado se preocupa com as relações familiares e com seus membros, instituindo medidas preventivas, não há óbice à utilização dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento para tal. Assim, a aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar é totalmente viável e “somente contribuirá para o seu aperfeiçoamento”²⁰⁷.

A respeito do tema, Bernardo Castelo Branco ressalta que:

“deve-se, portanto, abandonar a ideia de que a aplicação das normas de responsabilidade civil na esfera das relações de família, pelo infundado temor de destruição dos vínculos afetivos que caracterizam essa forma especial de relacionamento humano, representaria um risco à instituição familiar.”²⁰⁸

A partir de julgados, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca da possibilidade de se aplicar o instituto da responsabilidade civil no âmbito familiar, observada a possibilidade de haver atos ilícitos praticados que causem danos, além de ser um ente merecedor de proteção diferenciada pela tamanha importância perante a sociedade e os próprios integrantes daquela, ideia ratificada por nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, os seguintes acórdãos merecem ser colecionados:

²⁰⁶ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17-22.

²⁰⁷ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17-52.

²⁰⁸ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17-52.

“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. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O 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. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corrê parcialmente provido e do segundo corrê provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (REsp 922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013)”²⁰⁹

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere,

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 922462/ SP, registro nº 2007/0030162-4. Ministro Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data da publicação: DJe 13/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+civil+direito+de+familia&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#>>. Acesso em: 14/08/2013.

que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)²¹⁰

O primeiro acórdão trazido refere-se ao descumprimento do dever de fidelidade, em que o requerente foi casado com a requerida e deste casamento adveio um filho. Em 1989, o casal separou-se consensualmente, firmando acordo que previa a guarda materna do filho, a fixação de alimentos à criança e à mulher, que continuaria a utilizar o patronímico do autor. Este foi residir na Áustria, país para o qual foi transferido por seu empregador, enquanto a requerida e o filho passaram a viver em São Paulo. O requerente buscava todos os meios possíveis de manter contato físico com seu, seja ele vindo visitá-lo, seja pagando passagem aérea para o filho. Contudo, em 1994 o requerente foi comunicado de que não era pai biológico do menino, fruto de relação adulterina de sua ex-mulher com o segundo réu, tendo assim, descumprido não só o dever de fidelidade, que segundo os Ministros “é atributo básico do casamento”, mas também o princípio da boa-fé objetiva e os direitos de personalidade do cônjuge traído.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 1159242 / SP, registro nº 2009/0193701-9. Ministra Relatora: NANCY ANDRIGHI. Data da publicação: DJe 10/05/2012, RDDP, v. 112, p. 137, RSTJ, v. 226, p. 435. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3#>>. Acesso em: 14/08/2013.

Neste caso, os ministros explicitaram que a família é o centro criador da personalidade dos indivíduos e possui importante papel social e que o ato infiel praticado pela requerida deve ser totalmente repudiado, uma vez que atenta contra a própria família. Assim, a partir dos elementos trazidos no processo, foram reconhecidos a existência de danos morais e o dever de compensá-los em razão do descumprimento do dever de fidelidade, ou seja, aplicaram o instituto da responsabilidade civil às relações familiares.

A segunda ementa, por sua vez, trata de um litígio que versa sobre o abandono afetivo da requerente pelo requerido (o pai). No caso em comento, a filha ajuizou ação com pedido de compensação por danos morais e indenização por danos materiais por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. Os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a possibilidade de o abandono afetivo poder causar danos morais, mas se reformaram o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Desta forma, restou caracterizada a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, uma vez que foi reconhecido o dever de se compensar os danos morais acarretados por abandono afetivo.

Assim, ante o exposto acima, vislumbra-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a possibilidade de se imputar responsabilidade civil às relações familiares, de forma que a dúvida que se tinha antigamente a respeito da aplicação do instituto em comento às relações de cunho extrapatrimonial, afetivas resta esclarecida.

Não há dúvida de que as relações familiares são relações especiais, cunhadas de sentimentos, afeto. Contudo, isso não significa que os entes familiares não possuem obrigações, deveres e direitos que serão regulamentados pelos mesmos dispositivos referentes às relações de cunho patrimonial, mesmo porque, as relações familiares, principalmente o casamento (em relação ao regime de bens, o dever de mútua assistência, etc.), estão cunhadas de aspectos patrimonialistas.

3.1.2 Perdão tácito

Outro ponto importante a ser discutido preliminarmente é a questão do perdão tácito.

Conforme exposto no segundo capítulo, um dos requisitos necessários para se haver compensação pelos danos morais sofridos em razão do descumprimento do dever matrimonial da fidelidade é o divórcio, pois o que está em questão é a ofensa/lesão aos direitos de personalidade do cônjuge traído. Desta forma, como se trata de lesão à personalidade de um indivíduo (honra, reputação, imagem, dentre outros) e por ser considerado, também, um ato que geraria a impossibilidade da manutenção do matrimônio, não é viável que a pessoa ofendida permaneça convivendo com aquela que causou a lesão.

Nesse mesmo sentido, Caio Mario da Silva Pereira expõe o seguinte:

“Pressupõe-se que a reação imediata do cônjuge diante de situações de violação, e diante do sofrimento e insatisfação, conduza-o a mobilizar as forças cogentes do Estado na busca de uma resposta, em nome da defesa ou proteção de seus direitos”.²¹¹

Assim, tem-se que a imediata reação do cônjuge, ao descobrir a infidelidade, no caso de haver a impossibilidade da continuidade da relação conjugal, seria divorciar-se e pleitear compensação pelos danos sofridos se assim quiser; caso contrário “presume-se perdoado o adultério se o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado. Não basta a coabitação física, sendo necessário que esta ocorra após o conhecimento do adultério pelo cônjuge”²¹²; ou seja, a mera coabitação posterior ao ato infiel não caracteriza o perdão, mas o cônjuge traído deve ter conhecimento desse.

²¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 307.

²¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248.

Caio Mario da Silva Pereira, na mesma linha de raciocínio, traz o entendimento de que “o decurso de tempo e sua inércia, em princípio, traduzem perdão ou a intenção de sublimar os motivos dos desentendimentos.”²¹³

Edgard de Moura Bittencourt, ao abordar a mesma questão, frisa que se presume “perdoado o adultério se o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado”²¹⁴. Contudo, o autor não se queda silente na questão do perdão. Aquele explicita que:

“O conceito de perdão não se submete a nenhuma condição de forma, nem de fundo. Basta que não haja nele nada de ambíguo, e seja isento de todos os vícios de vontade, como já se proclamou com justeza.”²¹⁵

Ademais, outro ponto que deve ser considerado é que a relação em comento não é meramente contratual, mas se refere a uma relação afetiva, cunhada de sentimentos e ensejos, de forma que nem todos os casados podem se sentir tão ofendidos a ponto de causar a impossibilidade da continuidade do matrimônio, podendo-se “dar outra chance” ao cônjuge infiel, passando-se “por cima” do acontecido; que o amor “supera barreiras” de tal forma que a traição pode ser perdoada, que os anos de convivência e amor não serão “jogados fora” por causa de um evento “isolado”.

Ante o exposto, conclui-se que o ato de se pleitear compensação pelos danos morais sofridos frente o descumprimento do dever matrimonial da fidelidade é um direito subjetivo, personalíssimo e disponível, devendo, para tal, o cônjuge lesado pleitear a dissolução do matrimônio uma vez que, caso não o faça e coabite com o culpado, tendo ciência da infidelidade, será considerado perdoado tacitamente, frisando-se que “o perdão do cônjuge apaga os efeitos daquelas

²¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 307.

²¹⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. Rio de Janeiro: Editora Alba Ltda., p. 82 *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 280.

²¹⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. Rio de Janeiro: Editora Alba Ltda., p. 82 *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 280.

condutas desonrosas já que consiste em renúncia ao direito de invocar aquelas culpas”²¹⁶.

Entretanto, estar-se-á abordando, necessariamente, a culpa na dissolução do casamento, mesmo já sendo considerada uma questão ultrapassada, desnecessária?

3.1.3 A questão da culpa na dissolução do matrimônio e para se haver reparação pelo descumprimento do dever matrimonial da fidelidade

A abordagem da questão da culpa na dissolução do casamento, até pouco tempo atrás, era utilizada como fator determinante para a imputação de responsabilidade pelo término da sociedade conjugal e, conseqüentemente, aplicação de sanções ao culpado.

O Brasil, antigamente, não admitia a dissolução do matrimônio. Somente com a advinda do Código Civil de 1916 é que se possibilitou o Desquite (posteriormente convertido no instituto da separação judicial). Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, possibilitou-se o término do vínculo conjugal (divórcio), esclarecendo-se que o casamento estabelece, concomitantemente, a sociedade conjugal bem como o vínculo matrimonial. Cumpre ressaltar que os dois não são a mesma coisa tão pouco são o divórcio e a separação. A “sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”²¹⁷, sendo esta dissolvida, até pouco tempo atrás, pela separação. Já o vínculo matrimonial, que somente se encerra com o divórcio, é o vínculo que “impede os cônjuges de contrair novas núpcias”²¹⁸.

O pensamento que até então se tinha era baseado na ideia de que a família, constituída através do casamento, é ente merecedor de proteção

²¹⁶ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 206 *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 307.

²¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 225.

diferenciada e que quem atentasse para o seu fim era merecedor de sanções, pois estaria atentando contra a própria família, justificando-se “a necessidade de buscar a identificação de um culpado para o fim de relação que é alvo da especial proteção do Estado”²¹⁹.

Assim, a análise da culpa foi introduzida no ordenamento jurídico para possibilitar a “dissolução da sociedade conjugal como sanção para o comportamento de um dos cônjuges, contraveniente aos deveres fundamentais do matrimônio”.²²⁰

Carlos Roberto Gonçalves explica que a culpa na dissolução da relação conjugal produzia os seguintes efeitos:

“a) o cônjuge culpado perde o direito de pleitear alimentos, exceto se estiver inapto ao trabalho ou se necessitar e não houver nenhum outro parente capaz de pensioná-lo – hipótese em que os alimentos serão indispensáveis à subsistência (CC, art. 1.704); b) o cônjuge culpado perde o direito de continuar utilizando o sobrenome do outro, exceto se alteração acarretar prejuízo evidente para a sua identificação, ou manifesta distinção entre o seu nome e dos filhos da união dissolvida, ou, ainda, dano grave reconhecido na decisão judicial (CC, art. 1578); c) o cônjuge separado de fato há mais de dois anos será excluído da sucessão de seu consorte, se culpado pela separação (CC, art. 1.830).”²²¹

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias expõe que:

“fatores socioculturais e de ordem religiosa justificam a necessidade de busca da identificação de um culpado para o fim da relação. Evidencia-se a tentativa de manter a função institucional do casamento como meio de preservar a família, tida como a *cellula mater* da sociedade. Por isso, adotou a legislação pátria o princípio da culpa como único fundamento para a dissolução coacta do casamento. Não havendo consenso, antes

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

²²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 256.

²²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211.

do decurso de um ano da separação de fato o cônjuge culpado não pode pedir a separação.²²²

Contudo, a ideia de se imputar culpa a um dos cônjuges na dissolução do casamento foi perdendo força, uma vez que “a infindável discussão por vezes instalada no processo acerca da insuportabilidade da vida em comum é inócua e inconveniente, para os cônjuges e para a prole”²²³.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Arnaldo Rizzardo expõe que no decorrer das infinitas discussões litigiosas matrimônias a questão da culpa (motivo) foi deixada de lado, levando-se em conta o simples querer do cônjuge, a vontade de não se permanecer mais casado, não importando o motivo para tal. Desta forma, ao magistrado, ao verificar que um dos cônjuges não quer mais permanecer quer casado, seja pelo simples quer ou, por exemplo, pela infringência dos deveres inerentes ao casamento, é facultado conceder a separação sem adentrar no campo da culpa, uma vez que esta não é mais necessária.²²⁴

Assim, a utilização da culpa para se separar passou a não ser mais fator relevante, sendo apenas necessário o querer de um dos cônjuges, pois se vislumbrou que uma relação somente será prospera e sadia se ambos os cônjuges tiverem interesse em sua continuação, houver reciprocidade afetiva.

Todavia, Arnaldo Rizzardo frisa que há décadas que se tenta abolir a separação judicial do nosso ordenamento jurídico bem como qualquer período, interstício, intervalo temporal para extinguir o vínculo matrimonial e obter o divórcio.²²⁵

Desta forma, foi proposto o Projeto de Emenda à Constituição para alterar o texto constitucional do §6º do artigo 226, dispositivo que exigia, para se divorciar,

²²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

²²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2002, p.227.

²²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 278.

²²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 212.

o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

No dia 13 de julho de 2010 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66, alterando-se o referido dispositivo constitucional para passar a vigorar com o seguinte texto:

“§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Assim, com a Emenda Constitucional nº 66/2010:

“simplesmente concebe-se o divórcio, não mais cogitando da condição da separação para o pedido, e nem se exigindo qualquer espaço de tempo após o casamento. Muito menos há de se submeter a concessão a uma conduta violadora dos deveres conjugais, não mais se falando em divórcio-sanção. Defere-se o pedido pela simples vontade de alguém em terminar o casamento. Mais precisamente, a única condição para pedir o divórcio agora é estar casado, posto que a Emenda eliminou todo e qualquer outro pré-requisito estabelecido anteriormente”.²²⁶

De uma forma geral, a Constituição Federal afastou qualquer tipo de requisito para se dissolver o matrimônio, bastando, somente, a vontade de um dos cônjuges para tal, o fim da *affectio maritalis*.²²⁷

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves, de forma didática, expõe que “a inovação constitucional impede a discussão sobre a culpa, uma vez que a ação de divórcio não a admite e a separação de direito deixou de existir”²²⁸. Todavia, a culpa poderá ser analisada “em ação indenizatória por danos materiais e morais, de um cônjuge contra o outro, uma vez que a culpa é elemento da responsabilidade civil”²²⁹.

Maria Berenice Dias, abarcando os últimos pontos discutidos, explica que:

²²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 215.

²²⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

²²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212.

²²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212.

“a averiguação, identificação e apenação de um culpado só tem significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não se encontram motivos que levem o Estado a perseguir culpados e, muito menos, tentar puni-los.”²³⁰

Sendo assim, deve-se ter cautela ao se referir à questão da culpa nas relações matrimoniais, uma vez que a análise da culpa como requisito (causa) para a dissolução do matrimônio deixou de ser necessária/exigida, visto que basta a vontade/querer de um dos cônjuges para tal; mas que a verificação da culpa (*lato sensu* – dolo, negligência, imperícia e imprudência) para se compensar os danos morais (âmbito da responsabilização civil) sofridos frente o descumprimento do dever matrimonial da fidelidade pode ser, se adotada a teoria institucionalista acerca da natureza jurídica do casamento, fundamento necessário.

3.2 Requisitos da responsabilidade civil frente o descumprimento do dever matrimonial de fidelidade

Conforme visto anteriormente, a doutrina reconhece a possibilidade de se buscar indenização por danos morais em razão do descumprimento do dever de fidelidade quando, este, acarreta o fim dos vínculos afetivos²³¹.

Tal entendimento surgiu da constatação de que “o comportamento humano determinante da violação dos direitos da personalidade e conseqüentemente capaz de caracterizar a ofensa de natureza moral(...)é apta a gerar a obrigação”²³² de compensar aquela e de que:

“o casamento não pode ser considerado como circunstância excepcional a restringir a proteção conferida pela ordem jurídica aos direitos de personalidade, de modo que o ofendido permaneça

²³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

²³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 101.

²³² BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 59.

em situação de desvantagem quando a violação partir de conduta praticada por seu consorte.”²³³

No mesmo sentido, Paulo Nader explica que a Constituição, através de seu art. 5º, inciso X, foi categórica ao reconhecer o direito à compensação pelos danos morais sofridos, não restringindo sua ocorrência em nenhuma esfera, podendo qualquer pessoa pleitear compensação pelos eventuais danos morais sofridos²³⁴:

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

O Código Civil de 2002, na esteira da Lei Maior, ao definir ato ilícito (art. 186), estabeleceu previsão do direito à indenização em todos os casos de dano a outrem (art. 927), em todos os aspectos da vida civil, seja o dano material ou exclusivamente moral²³⁵:

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

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Desse modo, resta claro que a “ordem jurídica não aceita que uma pessoa possa causar prejuízo a outra pessoas sem ter que reparar o dano, verificando-se no ofensor um fator de desequilíbrio”²³⁶; bem como o ordenamento jurídico não impede/restringe a possibilidade de pleitear compensação dos danos causados pelo descumprimento do dever conjugal da fidelidade, a mais grave das faltas nas

²³³ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 59.

²³⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 84.

²³⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 84.

²³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; Silva, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 557.

relações conjugais, não só por representar ofensa moral (honra, imagem, saúde, integridade psicológica, dentre outros) ao consorte, “mas também por infringir o regime monogâmico e colocar em risco a legitimidade dos filhos”²³⁷.

Contudo, não serão todos os casos em que haverá a compensação pelos danos morais sofridos. O requerente deverá demonstrar, em todos os casos, os pressupostos da responsabilidade civil e em outros, dependendo da teoria acerca da natureza jurídica do casamento adotada, a culpa (*lato sensu*) como fundamento da responsabilidade civil, conforme se explicará nos subtópicos a seguir.

3.2.1 Pressupostos da responsabilidade civil

O pleito de danos morais frente o descumprimento do dever matrimonial de fidelidade, sob pena de improcedência do pedido, deve conter os pressupostos básicos (exigidos em qualquer tipo/modalidade) da responsabilidade civil: a demonstração do ato ilícito, do nexo de causalidade e do dano sofrido.²³⁸

O ato ilícito é um comportamento, “uma conduta humana voluntária, contrária ao Direito”²³⁹, e objetivamente imputável ao agente²⁴⁰, traduzindo-se, em outras palavras, em uma ação/comissão (agir) ou omissão (deixar de agir).

Especificamente no caso do dever de fidelidade, por ser uma obrigação de caráter negativo, que impõe a abstenção de uma conduta²⁴¹, sua infringência está caracterizada em uma ação, em praticar um ato incompatível com este dever. Assim, o cônjuge lesado, ao buscar compensação por danos morais frente o descumprimento do dever em tela, deve demonstrar em juízo a prática do ato

²³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246.

²³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; Silva, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 557.

²³⁹ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 37.

²⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43-44.

²⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

infiel, utilizando-se de todos os meios probatórios admitidos em direito, seja por meio de vídeos, fotos, documentos, testemunhas, confissão, dentre outros.

O nexo de causalidade, conhecido também como nexo etiológico ou relação de causalidade derivada das leis naturais, “é o lime que une a conduta do agente ao dano”²⁴², “é a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador”²⁴³, o possibilita responsabilizar o agente em razão do ato praticado. Em outras palavras, é a demonstração de que aquele ato ilícito praticado gerou o dano alegado.

Desse modo, ao requer compensação pelos danos morais decorrentes da infidelidade do cônjuge, o consorte lesado deve demonstrar que o ato infiel daquele foi o causador do dano sofrido, que o dano apontado foi efetivamente gerado por aquele ato ilícito.

O dano é a “subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima”²⁴⁴, ou seja, é o “prejuízo sofrido”²⁴⁵ pela vítima, podendo ser de ordem patrimonial (infringência ao patrimônio) ou extrapatrimonial (infração aos direitos de personalidade/ dano moral).

Contudo, deve-se ressaltar que a reparação por danos materiais busca recompor o patrimônio lesado (danos emergentes) ou haver o *quantum* que efetivamente ganharia caso não houvesse sofrido o dano (lucros cessantes), ou seja, o retorno das partes ao *status quo ante*, ao passo que “a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória, por meio do pagamento de determinada soma pecuniária”²⁴⁶.

²⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.56.

²⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei n° 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 71.

²⁴⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 80.

²⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.39.

²⁴⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 151.

No caso do descumprimento do dever matrimonial da fidelidade, são os direitos de personalidade que são infringidos, ou seja, há a ocorrência dos danos morais.

Sergio Cavalieri Filho traz a seguinte concepção positiva de direito moral:

“é a lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima.”²⁴⁷

Contudo, o doutrinador expressa que, atualmente, o sentido de dano moral não se esgota somente no conceito trazido, pois a Constituição Federal de 1988 buscou proteger uma série de valores humanos, dentre ele a dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Assim, nosso ordenamento jurídico trouxe uma “nova feição e maior dimensão, porque a dignidade da pessoa nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direito personalíssimos”.²⁴⁸

No mesmo sentido, Bernardo Castelo Branco explica que:

“ao eleger a dignidade humana como fundamento do próprio Estado (art. 1.º, III, da CF/1988), nossa ordem constitucional estabeleceu a base sobre a qual se assenta a ideia de reparação do dano moral, porquanto não se poderia conceber a efetiva aplicação desse princípio sem que a ordem positiva dispusesse de instrumento eficaz para proteção da pessoa em todas as suas dimensões, inclusive contra a violação dos direitos de personalidade, estes mais diretamente ligados ao conceito amplo de dignidade da pessoa humana.”²⁴⁹

Em razão de estes danos atentarem contra a ordem psicológica do indivíduo, Silvio de Salvo Venosa explicita as “dificuldades de se estabelecer a

²⁴⁷ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 84.

²⁴⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 85.

²⁴⁹ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17-46.

justa recompensa pelo dano”²⁵⁰, uma vez que o pagamento de pecúnia não irá desfazer os danos causados, mas somente poderá amenizá-los, compensá-los.

Contudo, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, ao analisar os possíveis danos acarretados pelo descumprimento dos deveres conjugais (danos imediatos), atentou para a possibilidade destes não possuírem somente natureza exclusivamente moral, mas também natureza material, como nos casos de tratamento médico em razão de lesões corporais, doenças venéreas transmitidas no caso de infidelidade.²⁵¹

Assim, analisando o pressuposto da responsabilidade civil da demonstração do dano sob a ótica do descumprimento do dever conjugal de fidelidade, o consorte lesado deve demonstrar, por todos os meios de provas admitidos em direito, os danos morais sofridos em decorrência do ato infiel, seja por meio de laudos psicológicos, outros documentos, testemunhas, perícia, dentre outros, frisando-se que o valor da compensação será proporcional ao dano moral efetivamente comprovado nos autos.

Ressalta-se que os danos morais são compensáveis, ou seja, o magistrado ao analisar o caso concreto, os fatos trazidos, a situação a qual o ofendido foi submetido e os demais elementos que atestem o(s) dano(s) sofrido(s), arbitrar um valor que possa amenizar o sentimento do ofendido, mas não reparar os danos, pois não há como precisar economicamente, retornar ao *status quo ante*.

Ante o exposto, conclui-se que os três pressupostos da responsabilidade civil devem restar comprovados nos autos do processo referente à procedimento de compensação de danos morais frente a infidelidade do cônjuge para que haja provimento do pedido.

Contudo, é necessária a demonstração da culpa?

²⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.49.

²⁵¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 153-154.

3.2.2 Fundamento da responsabilização pelo descumprimento do dever matrimonial da fidelidade

Uma questão bastante abordada pela doutrina é a necessidade de demonstrar a culpa, *lato sensu*; de a culpa ser um elemento necessário da responsabilidade civil frente o descumprimento do dever matrimonial de fidelidade.

Primeiramente, cabe ressaltar que “os pressupostos (ação, dano, nexos causal) não se confundem com os fundamentos da responsabilidade civil”²⁵², sendo, estes, a culpa (responsabilidade civil valorada subjetivamente) e o risco (responsabilidade civil valorada objetivamente).

“Na responsabilidade civil fundamentada na culpa cabe a perquirição da subjetividade do agente, isto é, a demonstração de sua vontade de causar o dano (dolo), ou de sua atuação negligente, imprudente ou imperita”²⁵³, ou seja, deve-se ter em conta a consciência do agente, o seu *animus* para se responsabilizar o agente do ato ilícito pelos danos causados.

Já na responsabilidade civil valorada objetivamente, basta somente demonstrar os pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que a intenção (culpa) do agente não é relevante.²⁵⁴ “O que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na *exposição a um perigo*”²⁵⁵, pois “aquela ação ou atividade, por si só, é considerada potencialmente perigosa”²⁵⁶.

A partir da análise dos fundamentos da responsabilidade civil, a doutrina não foi unânime a respeito de qual dos dois deveria ser utilizado. Entretanto, conforme trazido no capítulo 2, a natureza jurídica do casamento será relevante para se determinar qual será o fundamento utilizado (a responsabilidade valorada

²⁵² MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; Silva, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 559.

²⁵³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 135-136.

²⁵⁴ CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 49.

²⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.10.

²⁵⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137.

subjetiva ou a objetivamente). Se o casamento for considerado, em sua essência, um contrato especial do Direito de Família, será aplicada a responsabilidade objetiva, visto que há presunção relativa da culpa por parte do devedor, admitindo-se prova em contrário de sua adimplência (não ter infringido o dever de fidelidade ou que tal infração teria se dado em momento de inconsciência); caso considerado uma instituição, a responsabilidade subjetiva será a adotada.

Maria Berenice Dias aponta que boa parte da doutrina inclina-se na fundamentação de que “a simples inobservância dos deveres do casamento configuraria dano alvo de indenização”²⁵⁷, ou seja, que adotam a responsabilidade objetiva.

No mesmo sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos ensina que:

“Por ser o casamento um contrato, embora especial e de Direito de Família, a responsabilidade civil nas relações conjugais é contratual, de forma que a culpa do infrator emerge do descumprimento do dever assumido, bastando ao ofendido demonstrar a infração e os danos dela oriundos para que se estabeleça o efeito, que é responsabilidade do faltoso.”²⁵⁸

Tal entendimento se dá através da ideia de que os deveres matrimoniais, em especial o da fidelidade, impõem:

“impõem um certo comportamento ao cônjuge, de modo que, diante do seu descumprimento, cabe ao ofendido a demonstração do ato infracional e dos danos decorrentes desse ato, sem que seja necessário indagar sobre o dolo, ou a negligência, ou a imprudência do infrator, para que surja o direito à reparação.”²⁵⁹

Isso porque a questão da culpa na responsabilidade civil contratual consiste na inexecução previsível e evitável por uma das partes de uma obrigação

²⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

²⁵⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184.

²⁵⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167-168.

contraída contratualmente²⁶⁰. Assim, a partir do momento que o cônjuge lesado comprova nos autos a prática do ato ilícito (a infidelidade), é mais razoável que o cônjuge infiel comprove que a infração ao dever conjugal de fidelidade não foi consciente ou que ocorrera o perdão pelo ofendido, ilidindo, desta forma, a culpa.²⁶¹

Desse modo, há a compreensão de que o dever pactuado e contraído, de forma livre e espontânea pelos nubentes e em razão da afetividade (amor), exige uma conduta negativa dos consortes, de forma que ao se infringir o pactuado, os deveres conjugais, o cônjuge estaria também atentando contra “a ética e a boa-fé que devem preponderar no contexto das relações jurídicas”,²⁶², devendo o cônjuge infiel provar o contrário.

Por outro lado, doutrinadores renomados como Silvio de Salvo Venosa e Caio Maria da Silva Pereira entendem que “a responsabilidade civil subjetiva é pressuposto do dano moral no âmbito das relações conjugais. É necessário que se comprove a culpa no comportamento do cônjuge e o efetivo descumprimento do dever conjugal”²⁶³.

No caso de Silvio de Salvo Venosa, este entende o casamento como negócio jurídico e que “deve seu desfazimento ter consequências da resilição contratual”²⁶⁴, de forma que ao se provar a infringência aos deveres do casamento, surgiria a possibilidade de responsabilizar o cônjuge por danos morais. Contudo, explicitou que “eventuais transgressões de direitos dos cônjuges ou conviventes atuam diferentemente em cada pessoa”²⁶⁵, não podendo estabelecer uma regra de reparabilidade, devendo-se, assim, avaliar o dolo ou a culpa.

²⁶⁰ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*, cit., p. 135 *apud* SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167.

²⁶¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167.

²⁶² OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 132.

²⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 306.

²⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.319.

²⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.320.

Todavia, Orlando Gomes ressalta que “a infidelidade conjugal pressupõe intencionalidade e objetividade, isto é, conhecimento e vontade, de um lado, consumação, do outro”²⁶⁶; ou seja, no descumprimento do dever matrimonial de fidelidade, a culpa é presumida, visto que para se praticar um ato infiel deve haver intenção do agente, mas não obsta que o infrator possa elidir a culpa (estado de inconsciência ou perdão tácito)

Assim, não há a necessidade de se demonstrar a culpa do cônjuge infiel, mas somente dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil: o ato ilícito (o ato, a conduta de infidelidade), o dano (aos direitos de personalidade do cônjuge lesado, ou seja, os danos morais sofridos) e o nexo de causalidade (demonstração de que o ato ilícito, infiel, realmente causou os danos morais sofridos).

Todavia, os entendimentos doutrinários refletem os jurisprudenciais?

3.3 Posições jurisprudenciais

Maria Berenice Dias afirma que, apesar de grande parte da doutrina adotar a responsabilidade civil objetiva em relação ao descumprimento dos deveres matrimoniais, que, conforme visto no tópico anterior, bastaria ao ofendido demonstrar a infração ao dever matrimonial de fidelidade e os danos oriundos dela, sem a necessidade de se demonstrar a culpa, para impor a responsabilidade por aqueles, “essa linha de sustentação não encontra ressonância na jurisprudência”²⁶⁷.

A doutrinadora expõe que “o sonho do amor eterno, quando acaba, certamente traz dor e sofrimento, e a tendência sempre é culpar o outro pelo fim de um amor jurado eterno”²⁶⁸ e que este tipo de dano não deve ser confundido

²⁶⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 127.

²⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

²⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

com os danos provenientes do ato ilícito (a infidelidade). Assim, “o desamor, a solidão, a frustração de expectativa de vida a dois não são indenizáveis”²⁶⁹.

Nesse sentido, vejamos o seguinte acórdão proferido pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT):

“APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - INFIDELIDADE CONJUGAL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - INAPLICABILIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. O juiz é o destinatário de toda a prova produzida ou a produzir-se nos autos, com livre convencimento sobre os fatos em discussão e o seu enquadramento numa moldura jurídica, razão pela qual despicienda qualquer outra prova para o deslinde da controvérsia, cabe ao julgador o dever, e não a faculdade, de proferir sentença, quando não houver a necessidade de produção de outras provas, estando, portanto, o processo maduro para seu julgamento. **Em que pese seja natural que o rompimento da relação e a descoberta da traição tragam dor, sofrimento, tristeza e desapontamento ao apelante, tais fatos não demonstram, no caso em comento, acontecimento extraordinário a evidenciar flagrante violação aos seus direitos de personalidade. "Não é qualquer dor ou constrangimento que acarreta o dever de indenizar, sob pena de banalizar o próprio conceito de dano moral.** Assim, a tendência de querer ver em tudo uma causa de dano moral é ainda mais perigosa porque se insere em um pensamento econômico-financeiro que quer monetizar todas as relações sociais, impregnando-as, de maneira radical, pelo fator dinheiro, transformando o dissabor, a angústia, a dor, em forma de vingar o desafeto, e isso o Judiciário não pode cancelar.” (Sentença de fls.147/148 v.).(Acórdão n. 549835, 20090710325867APC, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Cível, julgado em 16/11/2011, DJ 28/11/2011 p. 75)²⁷⁰ (grifo nosso)

No caso em tela, o requerente (ex-marido) ajuizou a ação requerendo a compensação por danos morais oriundos do descumprimento do dever de fidelidade por parte da requerida. O autor da ação em questão não comprovou nos autos nenhum dano efetivo aos seus direitos de personalidade vinculado à

²⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n° 549835, Apelação Cível n° 20090710325867. Órgão Julgador: Primeira Turma Cível. Relator: LECIR MANOEL DA LUZ. Revisor: FLAVIO ROSTIROLA. Data da publicação: DJ 28/11/2011, p. 75. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=549835>>. Acesso em: 02/09/2013.

infidelidade, mas somente a frustração, a mágoa inerente à dissolução do casamento. Sendo assim, os desembargadores da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal consideraram o pleito uma forma de obter uma espécie de vingança ou valoração indevida dos sentimentos, eximindo-se o judiciário de propiciar em suas decisões revanches ou enriquecimento ilícito.

Desta forma, os desembargadores vislumbraram que não houve a comprovação do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, que o ato ilícito não ocasionou os danos morais objeto de discussão. Assim, negou-se provimento ao recurso de forma unânime.

É notável que o entendimento do acórdão transcrito acima seja no sentido de limitar a reparação moral em razão da infidelidade do cônjuge. O argumento utilizado é de que a reparação não seria um instrumento para contra-atacar o cônjuge nem tão pouco um instrumento para valorar as relações sociais; que a traição, sem o dano à reputação (vexame, humilhação, exposição), é um fato que expressa o descumprimento dos deveres matrimoniais que deve ser resolvido entre os cônjuges, em busca de uma solução ou da dissolução do casamento, mas sem danos morais.

Entretanto, conforme exposto anteriormente, a intenção do legislador é de proteger o casamento. O desrespeito ao outro cônjuge no ato de infidelidade afasta toda ideia de continuidade e durabilidade da relação matrimonial além de ser um ato ilícito que, na maioria das vezes, infringe os direitos de personalidade daquele, o que certamente não foi o defendido pelos legisladores.

A legislação vigente, conforme exposto no tópico 3.2, é explícita ao determinar que todo ato ilícito que cause dano a outrem deve ser reparado, não fazendo restrição alguma. Sob essa ótica, a seguinte acórdão deve ser colecionado:

“INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO CASAMENTO. FIDELIDADE RECÍPROCA. ART. 1.566, INC. I, CC/02. TERCEIRO CÚMPLICE. I - Há dano moral, quando ocorre violação dos deveres do casamento, especialmente o da fidelidade recíproca (art. 1.566, inc. I, do CC/02). O cônjuge que mantém relacionamento

extraconjugal concomitante ao casamento, ao longo de 24 anos, e dessa relação inclusive advém uma filha, deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais ao outro cônjuge, em razão da violação aos direitos de personalidade identificados na honra, imagem e integridade psíquica. II - Pela teoria do terceiro cúmplice, o amante do cônjuge infiel não responde pelos danos advindos da violação do dever de fidelidade recíproca. Precedente do e. STJ. III - Apelação provida. (Acórdão n. 618688, 20080110352973APC, Relator VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, julgado em 05/09/2012, DJ 20/09/2012 p. 241)²⁷¹

O acórdão trazido utiliza, expressamente, os argumentos da teoria contratualista, de forma que a demonstração do ato de infidelidade já caracteriza o dano moral, se este, o dano moral, estiver devidamente comprovado. O autor, também, deve demonstrar em juízo por todos os meios de provas admitidos em direito o ato ilícito. Se devidamente comprovados, o requerente terá direito à reparação, excetuados, conforme já dito, os casos em que não houver pedido de divórcio ou separação de fato, pois será tido como perdão tácito (subtópico 3.1.2).

No caso em tela, a parte lesada pleiteou compensação por danos morais em razão do descumprimento do dever de fidelidade de seu ex-cônjuge. A autora, ao ajuizar a ação, explicitou que no ano de 2007 a parte ré lhe revelou que mantinha outro relacionamento afetivo há 23 anos e que deste outro relacionamento adveio uma filha.

Ao saber da traição, requereu judicialmente a separação e, consecutivamente, ingressou com pedido de compensação pelos danos morais sofridos (situação vexatória, constrangedora e humilhante).

Os desembargadores entenderam que a fidelidade é um dever inerente ao casamento, devendo tal norma de conduta ser observada incondicionalmente por ambos os cônjuges, que assumiram o compromisso de partilharem vida em

²⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n° 618688, Apelação Cível n° 20080110352973. Órgão Julgador: Sexta Turma Cível. Relatora: VERA ANDRIGHI. Revisor: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO. Data da publicação: DJ 20/09/2012, p. 241. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=618688>>. Acesso em: 02/09/2013.

comum. Desta forma, conheceram o recurso interposto e julgaram procedente o pedido de danos morais em relação ao ex-cônjuge, mas negaram provimento quanto ao pedido de indenização em relação à concubina, visto que não possui nenhum dever para com a apelante (teoria do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou a respeito dos danos morais em razão do descumprimento do dever matrimonial de fidelidade:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS DE LEALDADE E SINCERIDADE RECÍPROCOS. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SOLIDARIEDADE. VALOR INDENIZATÓRIO.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.

- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.

- Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.

- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.

Recursos especiais não conhecidos. (REsp 742137/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 29/10/2007, p. 218)²⁷²

²⁷² BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 742137 / RJ, registro nº 2005/0060295-2. Ministra Relatora: NANCY ANDRIGHI. Data da publicação: DJ 29/10/2007, p.

No caso em tela, o autor buscou a tutela judicial para se obter indenização por danos materiais e compensação por morais tendo como causas de pedir, em síntese, o descumprimento do dever conjugal de fidelidade e a omissão, durante aproximadamente vinte anos, sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos nascidos durante a constância do casamento.

Em relação ao pedido de compensação pelos danos morais sofridos em decorrência da infidelidade, o Tribunal *a quo* havia julgado improcedente tal pedido em razão de restar configurado o perdão tácito. No caso, o requerente havia se separado judicialmente da requerida há mais de 17 anos por conta do descobrimento da infidelidade. Todavia, o STJ não adentrou o caso em virtude de o recorrente não ter impugnado especificamente a questão do perdão tácito, aplicando-se, analogamente, a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, os ministros reconheceram a questão abordada no subitem 3.1.2 de que coabitação posterior ao conhecimento do ato de infidelidade praticado pelo cônjuge gera a presunção de perdão.

Já em relação ao pedido de compensação em detrimento da omissão sobre a verdadeira paternidade dos filhos gerados durante a constância do casamento, os ministros não modificaram o valor arbitrado pelo Tribunal *a quo* por entenderem que somente cabe revisão do valor computado a título de danos morais quando este se mostrar irrisório ou exagerado, o que não era o caso, o que confirma o entendimento, conforme discutido no item 1.4 a respeito da fidelidade moral, de que o dever de fidelidade está intimamente ligado a outros deveres, como o de sinceridade, respeito e consideração mútuos.

Ressaltaram, ainda, que não caberia responsabilidade solidária da requerida e do cúmplice, uma vez que nos autos não restou provado nenhuma colaboração culposa para o dano e que não houve nenhum ato ilícito praticado por este, ou seja, que se aplicaria a teoria do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais.

Ademais, o cúmplice (concupino) não possui nenhum dever para com o cônjuge lesado.

Assim, julgaram improcedentes os recursos interpostos.

Em outro caso, com alguns elementos semelhantes, julgado ainda este ano, o STJ se posicionou da seguinte maneira:

“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. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. **3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O 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. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (REsp 922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013)”²⁷³ (grifo nosso)

²⁷³ BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 922462/ SP, registro nº 2007/0030162-4. Ministro Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data da publicação: DJe 13/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+civil+direito+de+familia&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#>>. Acesso em: 14/08/2013.

No caso em análise, o requerente foi casado com a requerida e desta união adveio um filho. Em 1989, o casal separou-se consensualmente, firmando acordo que previa a guarda materna do filho, a fixação de alimentos à criança e à mulher, que continuaria a utilizar o patronímico do autor. Este foi residir na Áustria, país para o qual foi transferido por seu empregador, enquanto a requerida e o filho passaram a viver em São Paulo.

Na inicial, o requerente expôs que sempre que possível, e com bastante frequência, retornava ao Brasil para ver seu filho bem como providenciava todos os cuidados necessários para o filho visitá-lo. Contudo, em 1994 a requerida informou acerca da verdadeira paternidade do filho, o que trouxe frustração, indignação, ofensa à honra, humilhação, dentre outros.

Dessa forma, a partir da análise dos elementos e provas trazidos nos autos, o Tribunal *a quo* fixou o quantum indenizatório em 1000 salários-mínimos em relação à ré, mas julgaram improcedente o pedido em relação ao pai biológico.

Ao julgarem o recurso, os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça explicitaram que o dever de fidelidade é um elemento inerente ao casamento, é um “atributo básico” que deve ser cumprido pelos cônjuges (conforme trazido no capítulo 1, mais especificamente no tópico 1.5), não se estendendo a terceiros esta obrigação por não haver dever legal expresso.

Outro ponto abordado pelo ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva em seu voto, e defendido no subtópico 3.1.3 e no tópico 3.2, é que:

“com o fim do instituto da separação judicial impõe-se reconhecer a perda da importância da identificação do culpado pelo fim da relação afetiva. Isso porque deixar de amar o cônjuge ou companheiro é circunstância de cunho estritamente pessoal, não configurando o desamor, por si só, um ato ilícito (arts 186 e 927 do Código Civil de 2002), apto a ensejar indenização.”

Assim, o ministro assevera que a mera frustração da ruptura do matrimônio não enseja compensação por danos morais, que há a necessidade de se demonstrar os danos acarretados em razão do ato ilícito, uma vez que a simples dissolução do matrimônio gera magoa, quebra da perspectiva de vida com aquela

pessoa. No caso em análise, o requerente conseguiu demonstrar que os danos ocorridos ultrapassaram os danos inerentes à dissolução do casamento, que a prática da infidelidade pela requerida gerou danos aos direitos de personalidade do cônjuge.

Ademais, ressaltou-se a necessidade de se agir com boa-fé nas relações familiares (conforme elucidado no subtópico 2.2.3) e que a importância da família e da proteção de seus membros, visto que é “base mestra da sociedade (art. 226 CF/88)”, o que no caso não ocorreu. O ato da recorrente não só acarretou ofensa à dignidade do companheiro (honra subjetiva) com também induziu erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida, o que contraria totalmente a boa-fé objetiva (honestidade com o outro cônjuge, o agir de forma honesta, sincera, idônea) e atenta contra a própria família.

Contudo, os ministros, ainda, destacaram o entendimento daquela corte de que, apesar do alto grau de reprovabilidade da conduta daquele que se envolve com pessoa casada, o cúmplice não possui nenhum dever para com o lesado, de forma que suas ações não constituíram nenhum ato ilícito, o que já fora ressaltado anteriormente na análise do Resp nº 742137/RJ.

Desta forma, entenderam que o quantum compensatório arbitrado merecia reforma, fixando-o em R\$ 200.000,00, “por representar solução coerente com o sistema”, mas que o restante do acórdão recorrido não merecia alteração, ou seja, reconheceram que os elementos necessários para a aplicação do instituto da responsabilidade civil estavam presentes nos autos, mas que o quantum fixado pelo tribunal a quo superava os danos sofridos devidamente comprovados, motivo pelo qual houve a reforma do acórdão recorrido somente nesta parte.

A partir das jurisprudências trazidas, vislumbra-se que os tribunais reconhecem a possibilidade de se compensar o cônjuge lesado pelos danos morais sofridos em decorrência do descumprimento do dever matrimonial de fidelidade, mas que a responsabilização deste pela infidelidade deve ser analisada caso a caso, tendo em vista as diversas peculiaridades que a questão pode

possuir e que nem sempre o grau de ofensa aos direitos de personalidade será os mesmo.

CONCLUSÃO

É certo que, atualmente, o principal motivo ensejador do casamento é o amor, sendo o mesmo a razão a qual faz o casal manter uma relação estável e duradoura. Por outro lado, o direito brasileiro prevê algumas condutas que podem acarretar a impossibilidade da manutenção do casamento, sendo que uma das causas mais comuns na sociedade brasileira de descumprimento dos deveres matrimoniais é a infidelidade.

De modo geral, a fidelidade significa uma norma de conduta, um agir da pessoa em não se envolver com outra pessoa diversa do cônjuge, de forma que a sua infringência, a infidelidade, significaria o ato de um dos cônjuges ter outro relacionamento sexual com pessoa diversa do outro cônjuge, ou seja, o adultério. Contudo, atualmente, o conceito de (in)fidelidade não pode ser analisado separadamente dos outros deveres conjugais. A partir da análise dos conceitos trazidos no capítulo um, concluiu-se que os deveres matrimoniais estão interligados, que, ao se descumprir o dever de fidelidade, o cônjuge estará também infringindo os deveres de respeito e consideração mútuos.

Os nubentes, ao contraírem casamento, expressam sua vontade, de forma livre, espontânea e expressa, em aceitar todos os direitos e deveres inerentes ao instituto jurídico. Assim, caberia aos cônjuges agir conforme o acordado, agir de forma honesta, coerente, com boa-fé.

Todavia, a sociedade brasileira demonstra um quadro de grande desrespeito ao cônjuge diante da busca por outras relações afetivas, concomitantes ao casamento.

Para muitos a infidelidade é algo totalmente inaceitável, a ponto de o cônjuge traído não conseguir mais conviver com o outro ou simplesmente estabelecer contato visual. Desse modo, a convivência se torna insuportável e a única opção é a ruptura/dissolução do matrimônio (divórcio). Entretanto, a infidelidade de um dos cônjuges pode gerar danos aos direitos de personalidade do outro, o que possibilita o pleito de compensação pelos danos sofridos devidamente comprovados.

Cabe ressaltar que para se pedir compensação pelos danos sofridos em decorrência da infidelidade, somente terá fundamento aquela em que tiver ensejado a ruptura do vínculo matrimonial. Se o cônjuge traído não ajuizar o devido procedimento de divórcio, ou, ao menos, separar-se de fato, e ocorrer a coabitação posteriormente à ciência da infidelidade, o ato ilícito é considerado perdoado, e, conseqüentemente, os danos advindos do mesmo.

Assim, ao se ajuizar ação com pedido de compensação pelos danos morais sofridos em decorrência do descumprimento do dever matrimonial de fidelidade é necessário que o cônjuge lesado demonstre alguns requisitos, estes que serão estabelecidos a partir da teoria utilizada acerca da natureza jurídica do casamento.

Conforme exposto no capítulo 2, se a teoria defendida for a contratualista, deve-se demonstrar os fundamentos da responsabilidade civil (ato ilícito, nexos de causalidade e dano) sem a necessidade de se demonstrar a culpa (*lato sensu*). Se utilizada a teoria institucionalista, deve-se comprovar os fundamentos da responsabilidade civil bem como a culpa do cônjuge na conduta infiel. Se observada a teoria mista, por sua, possibilita-se a defesa de ambas as vertentes anteriores.

O que cumpre ressaltar é que em qualquer das teorias deve-se provar o dano que efetivamente foi causado em razão da conduta ilícita aludida, sendo que nem sempre os danos advindos da infidelidade são demonstrados.

Entretanto, defendo que a comprovação do ato ilícito dispensa a demonstração da culpa, visto que a prática da infidelidade pressupõe um mínimo de intencionalidade do agente, possuindo maior correspondência com a teoria contratualista.

Nesta linha de raciocínio, pode-se observar que o ato ilícito praticado pelo cônjuge fere alguns princípios contratuais importantes como a *Pacta Sunt Servanda* e a boa-fé objetiva, não infringindo somente uma cláusula contratual, mas os princípios contratuais importantes à ordem jurídico-social.

Ademais, o legislador buscou nas leis tutelar e proteger o casamento com o fito de proteger a família, uma das conseqüências do casamento, através uma série de mecanismos jurídicos. O instituto da responsabilidade civil através da

compensação pelos danos morais sofridos é uma forma de materializar a intenção do legislador.

De forma geral, conclui-se que a compensação pelos danos morais decorrentes da infidelidade conjugal cumpriria seu papel punitivo, pedagógico e preventivo, sendo, assim, um instrumento importantíssimo para a preservação do matrimônio. No sistema jurídico atual, se o cônjuge não estiver satisfeito com sua relação conjugal e não quiser mais continuar com seu casamento e cumprir suas obrigações adquiridas, pode se divorciar, não necessitando evocar a culpa. Desse modo, o cônjuge que não quer mais se manter casado, bastaria propor o divórcio.

Para aqueles, ainda, que não quisessem por fim ao relacionamento, mas que quisessem buscar outras relações sexuais/afetivas ou que simplesmente já houvessem pré-estabelecido uma relação poligâmica, bastaria converter o casamento em união estável ou optar pela união estável de pronto, uma vez que a união estável prima pela lealdade (honestidade na relação, no cumprimento das obrigações pactuadas/acordadas entre os companheiros).

Analisando as decisões judiciais dos tribunais brasileiros, conclui-se que a jurisprudência é pacífica quanto à aplicabilidade da responsabilidade civil nas relações familiares, inclusive no caso do descumprimento do dever matrimonial de fidelidade. Todavia, não são todos os casos de infidelidade que há o dever do cônjuge infiel de compensar. Os Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, entendem de maneira unânime que a simples dissolução do matrimônio decorrente da impossibilidade da comunhão de vida ocasionada pela infidelidade conjugal não gera automaticamente o dever de indenização, que o desamor e a mágoa pelo término do relacionamento não devem ser compensados. Somente devem ser objeto de compensação os danos morais decorrentes da infidelidade e que hajam repercussão na vida da pessoa.

Desta forma, conclui-se que a responsabilização do cônjuge infiel deve ser analisada caso a caso, tendo em vista as diversas adversidades que existir no caso e os diferentes níveis de ofensa aos direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12/04/2013.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/04/2013.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 12/04/2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acesso em: 15/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 549835, Apelação Cível nº 20090710325867. Órgão Julgador: Primeira Turma Cível. Relator: LECIR MANOEL DA LUZ. Revisor: FLAVIO ROSTIROLA. Data da publicação: DJ 28/11/2011, p. 75. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=549835> >. Acesso em: 02/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 618688, Apelação Cível nº 20080110352973. Órgão Julgador: Sexta Turma Cível. Relatora: VERA ANDRIGHI. Revisor: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO.

Data da publicação: DJ 20/09/2012, p. 241. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=618688>>. Acesso em: 02/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível nº 573.637-0. Origem: Nona Vara Cível da Comarca de Londrina. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: JOATAN MARCOS DE CARVALHO. Data da publicação: DJ 27/05/2010, p. 396. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1951825/acórdão-573637-0>>. Acesso em: 12/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível nº 626.042-0. Origem: Décima Vara Cível da Comarca de Londrina. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: DES. GUILHERME LUIZ GOMES. Relatora Convocada: JUÍZA DENISE HAMMERSCHMIDT. Data da publicação: DJ 18/08/2010, p. 453. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1986688/acórdão-626042-0>>. Acesso em: 12/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70008521676. Origem: Primeira Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: RUI PORTANOVA. Data julgamento: 27/05/2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70008521676&num_processo=70008521676&codEmenta=863064&temIntTeor=true>. Acesso em: 12/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70012696068. Origem: Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE. Data da publicação: DJ 17/11/2005. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70012696068&num_processo=70012696068&codEmenta=1238288&temIntTeor=true>. Acesso em: 12/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70040793655. Origem: Comarca de Erechim. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Relator: LEONEL PIRES OHLWEILER. Data da publicação: DJ 11/04/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040793655&num_processo=70040793655&codEmenta=4070074&temIntTeor=true>. Acesso em: 29/09/2013.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 742137 / RJ, registro nº 2005/0060295-2. Ministra Relatora: NANCY ANDRIGHI. Data da publicação: DJ 29/10/2007, p. 218. RNDJ, v. 96, p. 56. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=742137/RJ>. Acesso em: 14/04/2013.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 922462/ SP, registro nº 2007/0030162-4. Ministro Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data da publicação: DJe 13/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+civil+direito+de+familia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#>>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso especial nº 1159242 / SP, registro nº 2009/0193701-9. Ministra Relatora: NANCY ANDRIG. Data da publicação: DJe 10/05/2012, RDDP, v. 112, p. 137, RSTJ, v. 226, p. 435. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3#>>. Acesso em: 14/08/2013.

CAMPOS, Andrea Almeida. *A mulher sob o casamento. Fidelidade e débito conjugal: uma abordagem jus-histórica*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/568)>. Acesso em: 10/09/2012.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2005.

CHADWICK, Henry. *A Igreja Primitiva*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1967.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/22](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/22)>. Acesso em: 10/09/2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adultério virtual / Infidelidade virtual*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/133)>. Acesso em: 10/09/12.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GÓMEZ, Javier Abad. *Fidelidade*. São Paulo: Quadrante, 1989.

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINA, Giacomo. *História da Igreja: de Lutero a nossos dias*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; Silva, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2010

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Carvalho. *Casamento como contrato especial – Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulo jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Marcos Alves da. *Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família*. 2012. 295 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia. A sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

SOUTHERN, Richard William. *A Igreja Medieval*. Lisboa: Editora Ulisseia, 1970.

TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Família coragem: Cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598](http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/598)>. Acesso em, 10/04/2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade. **JusBrasil**. 21 de agosto de 2012. Disponível em: <[HTTP://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100131335/artigo-uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti](http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100131335/artigo-uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti)>. Acesso em: 12/04/2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.