

### IX. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL: UMA ABORDAGEM SOBRE O DEVER DE FIDELIDADE NO CASAMENTO

#### IX. CIVIL LIABILITY AND MORAL DAMAGE: AN APPROACH ON THE DUTY OF FIDELITY IN MARRIAGE

José Tenório Nunes Filho<sup>1</sup>

<i>Recebido em: 21/05/2018</i>
<i>Aprovado em: 14/06/2018</i>

**RESUMO:** O presente estudo tem por finalidade investigar a possibilidade de reparação por dano moral, em decorrência da ruptura do dever de fidelidade, existente no casamento, analisando a repercussão da responsabilidade civil no âmbito do direito das famílias. A reparação por dano moral pressupõe a prática de um ato ofensor de direito inerente à personalidade, sendo a responsabilidade civil de direito em geral. Não é cabível a condenação por dano moral simplesmente pela ruptura do dever de fidelidade, mas pela prática de conduta violadora da dignidade do cônjuge ofendido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito das Famílias; Casamento; Dever de Fidelidade; Responsabilidade Civil; Dano Moral.

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to investigate the possibility of reparation for moral damages, as a result of the disruption of the duty of fidelity, existing in marriage, analyzing the repercussion of civil liability in the area of family law. The reparation for moral damages presupposes the practice of an offending act of right inherent to the personality, being civil responsibility of law in general. It is not possible to condemn for moral damages simply by breaking the duty of fidelity, but by the practice of conduct that violates the dignity of the offended spouse.

**KEYWORDS:** Family law; Marriage; Duty of Fidelity; Civil Liability; Moral Damages

### INTRODUÇÃO

As pessoas assumem, por meio do casamento, o compromisso de construção de uma vida conjunta, abrindo mão de parcela da liberdade individual, passando a observar os deveres elencados na lei civil.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Graduado em Direito pela Faculdade Estácio de Alagoas (2009). Procurador do Município de Maceió, atualmente exercendo a função de Procurador Chefe Legislativo. Diretor Financeiro - Assoc. Procuradores de Mun. de Alagoas. Sócio-Administrador do Guerreiro & Tenório Advocacia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

No entanto, famílias contemporâneas enfrentam diversos problemas de relacionamento, os quais resultam no término da relação do casal, muitas das vezes com a infringência àqueles deveres.

Por certo, o fim de qualquer relação causará sofrimento, inevitável pelo laço afetivo ora existente. Todavia, há de se perquirir o limite para uma possível reparação deste sentimento.

Aqui, nos deteremos a analisar a quebra do dever de fidelidade recíproca, elencado como dever dos cônjuges no inciso I do artigo 1.566 do CC/2002, e a repercussão da responsabilidade civil no âmbito da família, tomando por base o fenômeno da repersonalização e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, tomado o crescente ajuizamento de demandas visando a reparação por dano em relações de família, levantou-se o seguinte questionamento: é possível a propositura de ação visando a condenação por danos morais pela prática de adultério?

Nosso objetivo é buscar responder esta dúvida com uma análise voltada à doutrina e ao posicionamento dos Tribunais pátrios.

Para tanto, dividimos o presente trabalho em cinco partes, trazendo inicialmente linhas sobre a responsabilização civil, sua aplicação no direito das famílias, os contornos da tutela do aspecto moral do indivíduo até chegar à análise do dever de fidelidade no casamento e incidência do dano moral na relação.

### **1 A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA DIGNIDADE**

A Carta Constitucional de 1988, com fundamento na tutela da dignidade da pessoa humana, assegura um plexo de direitos fundamentais. Esses direitos formam um sistema de proteção dos indivíduos, no intuito de evitar lesões perpetradas por terceiros, ou mesmo pelo Estado.



Dentre essas garantias, encontramos a proteção a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado, ainda na seara constitucional, o direito à indenização civil pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>2</sup>.

Além da garantia constitucional, a legislação infra também prevê guardada a tais direitos, incluindo-os na legislação cível como personalíssimos, nos artigos 12 e 21<sup>3</sup>, afirmando que serão adotadas medidas para cessar ou impedir atos contrários às pessoas.

Essas medidas tornam-se eficazes com a aplicação da responsabilidade civil, prevista no artigo 927, da *Lex Civilis*<sup>4</sup>, a fim de compelir, o lesante, a responsabilizar-se pelos danos causados na prática de atos ilícitos, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violam direito e causam danos a outrem, ainda que exclusivamente moral, cabendo também a reparação por exercício exacerbado de um direito (artigos 186 e 187 do Código Civil).

A responsabilidade civil advém, segundo Pablo Stolze<sup>5</sup>, da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, o infrator, ao dever de pagar uma compensação financeira ao lesado, caso não possa restabelecer *in natura* o *status quo ante*. Sendo, portanto, a expressão obrigacional mais visível da atividade humana.

Note, a promoção da dignidade da pessoa humana está imbricada ao sistema da reparação de danos, na medida em que se constitui em baldrame do ordenamento jurídico e fundamenta o dever de reparação<sup>6</sup>, assegurada, também, pela responsabilidade civil.

<sup>2</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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.

(Constituição da República Federativa do Brasil)

<sup>3</sup> “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (Código Civil Brasileiro)

<sup>4</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (Código Civil Brasileiro)

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão eletrônica. v. 3.

<sup>6</sup> AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 235-247.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamentada tanto no respeito individual como na consideração social, gera uma solidariedade na proteção desse valor, como bem ensina Paulo Lôbo:

(...) os deveres fundamentais são necessariamente transindividuais, pois têm como destinatários a outra pessoa humana, a coletividade e os meios de vida digna das atuais e futuras gerações, implicando fins e futuridade. A reciprocidade é a tônica dos deveres fundamentais, pois cada pessoa humana é responsável pela outra, e ela também é responsável pelas outras<sup>7</sup>.

É no afronte a essa proteção da pessoa humana, base axiológica do ordenamento jurídico, que a responsabilidade civil invade “todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiares”<sup>8</sup>.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Traçadas as linhas iniciais, é importante determinar a espécie da responsabilidade em relação de família, se de natureza negocial, extranegocial, ou, ainda, se determinante de um terceiro gênero.

Conforme afirmado por Albuquerque Jr., há quem sustente as duas possibilidades: uma responsabilidade extranegocial, em regra; e uma responsabilidade negocial, tendo em vista a natureza contratual do casamento<sup>9</sup>.

Todavia, segundo o mesmo autor, por existirem deveres pré-existentes entre as partes, passíveis de violação, mas que não possuem natureza negocial, deve a reparação, no

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, 15 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25363>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

<sup>8</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4ªed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 161. v. 6.

<sup>9</sup> A doutrina reconhece tradicionalmente a possibilidade de responsabilização civil fundada numa relação contratual ou extracontratual, conforme a origem do direito violado. No entanto, como afirma Albuquerque Jr., outros preferem falar em responsabilidade negocial e extranegocial, por revelar o negócio jurídico um número mais amplo de situações em comparação ao contrato (**Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**). Disponível em: <<http://www.marcosehnhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017, p. 05-06

âmbito do direito das famílias, observar principiologia própria, com fundamento na repersonalização<sup>10</sup>.

Impor-se-ia, então, a criação de critérios próprios para a responsabilidade civil familiar, por não ser adequada a pura utilização dos critérios existentes para a tutela de direitos patrimoniais ou da personalidade sem considerar as peculiaridades do direito das famílias, sob pena de comprometer o aspecto existencial e a repersonalização das relações.

A responsabilidade civil, no direito das famílias, busca tutelar a dignidade, preservando o lesado, não se preocupando apenas com consequências de atos passados, mas, também, assegurando condições de vida num compromisso com o futuro, como afirma Lôbo.

A responsabilidade na família é igualmente pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa. Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações<sup>11</sup>.

Estabelecer a existência de uma responsabilidade civil familiar parte da compatibilização entre o ressarcimento por dano nestas relações e a repersonalização no direito de família contemporâneo, dado o abandono do viés patrimonializante do direito civil clássico liberal para a adoção do aspecto existencial, com base na Constituição, pondo em segundo plano o caráter econômico da relação familiar<sup>12</sup>.

Nesta linha, Albuquerque Jr. afirma,

(...) a repersonalização é um fenômeno comum a todo o direito privado, mas no direito de família assume contornos peculiares, pois não se trata de

<sup>10</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017, p. 06.

<sup>11</sup> LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, 15 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25363>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

<sup>12</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017, p. 02.



## REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

contrabalançar interesses patrimoniais com os prevalentes interesses existenciais, mas sim de evitar a inserção de conteúdo patrimonial em situações jurídicas puramente existenciais<sup>13</sup>.

Os interesses existenciais constituem o núcleo do direito privado no direito civil contemporâneo, sendo sua tutela prioritária no ordenamento jurídico, não permitindo que o interesse econômico se infiltre, questão que gera preocupação com o movimento de reparabilidade do dano familiar, o qual vem chamando a atenção da doutrina.

Em que pese ser legítima a preocupação com a remonetarização das relações de família, ganha espaço a responsabilidade civil, sob o argumento de não privilegiar o comportamento do ofensor em detrimento da vítima. Não se trata de entregar valor econômico ao indivíduo, mas, em verdade, proteger os direitos da personalidade do ofendido, utilizando-se dos meios postos no ordenamento, sob pena de fragilizar sua proteção<sup>14</sup>.

A ocorrência de um ato ilícito, portanto, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, nas relações familiares não é hipótese descabida, resultando, conseqüentemente, na incidência das regras de responsabilização e reparação de eventuais danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais.

No entanto, a busca por tutela jurisdicional de modo desmesurado, com a ampliação excessiva da responsabilização, pode acarretar num excesso de litígios e da vitimização da convivência social, com um sem número de demandas indenizatórias baseadas num conceito subjetivo de dano moral.

Desta forma, como afirma Aguirre, a responsabilidade civil no Direito de Família não deve servir para perpetuar um conflito ou realizar vingança, “em que vultosas indenizações seriam o prêmio a ser alcançado para se alquebrar o espírito e o bolso do “inimigo”, outrora destinatário das mais ardentes juras de amor”<sup>15</sup>.

Ao contrário, o direito de família deve promover as relações entre os membros do núcleo familiar, buscando o apaziguamento de conflitos na relação, conflitos esses muitas

<sup>13</sup> Ibid., p. 21.

<sup>14</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017, p. 03-04.

<sup>15</sup> AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 235-247.

vezes relacionados ao exercício da autonomia privada (ou autodeterminação), garantindo o desenvolvimento das relações, alicerçado no convívio social. Essa autonomia, também entendida como autodeterminação, garante o desenvolvimento das relações humanas, por meio de escolhas existenciais alicerçadas no convívio social, evitando o "engessamento das relações intersubjetivas"<sup>16</sup>.

O exercício dessa autonomia, por si só, não pode ser encarado como o causador de dano ao outro participante de uma relação familiar. Mas, o tema não é tão simples, havendo uma zona de incerteza, na doutrina, quanto ao alcance da responsabilização nessas relações.

É certo não haver dúvida quanto a incidência da responsabilização mesmo no Direito de Família, existindo, como se observa, discussão com relação à aplicação por violação de algum dever específico e se essa já seria o suficiente para caracterizar a necessidade de reparação civil, o que não parece ser o mais adequado.

Para uma melhor análise da questão, passa-se a delinear alguns aspectos da ofensa à moral.

### 3 CONTORNOS DO DANO MORAL

A teoria clássica da responsabilidade civil é baseada na ideia de reprovação da conduta danosa e de reparação como sanção ao comportamento reprovado. Atualmente, a doutrina civilista tem proposto uma mudança no eixo norteador do sistema de reparação de danos, afirmando a fundamentação primordial da responsabilidade na necessidade de proteção da vítima, deixando o objetivo punitivo em segundo plano<sup>17</sup>.

É importante observar não ser necessário o dano economicamente valorado para a caracterização do ato danoso, pois também pode ocorrer dano com a violação de direitos intrínsecos à condição de ser homem, sem terem expressão monetária.

Com escólio de Stolze, afirma-se existir três requisitos para o dano ser indenizável, são eles:

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017, p. 17.

a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica – todo dano pressupõe a agressão a um bem jurídico tutelado [...];

b) certeza do dano – somente o dano certo, efetivo, é indenizável, [...] mesmo se tratando de bens ou direitos personalíssimos, o fato de não se poder apresentar um critério preciso para sua mensuração econômica não significa que o dano não seja certo.

c) subsistência do dano – quer dizer, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil [...] obviamente, se a reparação tiver sido feita às expensas do lesionado, a exigibilidade continua<sup>18</sup>.

Observa-se, então, que para a caracterização do dano indenizável há a necessidade de efetividade e certeza da prática danosa, além de sua subsistência. Extrai-se, ainda, da lição acima a existência de dois tipos de danos: o de natureza patrimonial e outro de natureza extrapatrimonial (ou moral).

O primeiro revela lesão a bens e direitos economicamente mensuráveis, dividindo-se em duas categorias: a dos danos emergentes, correspondente ao efetivo prejuízo; e o lucro cessante, que são as perdas futuras resultantes do dano.

Já o dano moral, reconhecido pela Carta Magna de 1988, no seu artigo 5º, X, já citado, atinge bens personalíssimos da vítima, portanto, não-pecuniários como a honra, estando seu fundamento na tutela da dignidade humana, na proteção dos atributos essenciais e inerentes à pessoa.

Nesta linha, Maria Celina Bodin de Moraes afirma:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio de respeito à dignidade humana)<sup>19</sup>.

Deste modo, o dano moral, na atual ordem jurídica-constitucional, não pode ser visto tão-somente como decorrência de uma lesão puramente psíquica, baseada em reações

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão eletrônica. v. 3.

<sup>19</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 132-133.



emocionais, mas também pela violação do direito à dignidade, como fundamento central dos direitos humanos<sup>20</sup>.

Tal assertiva tem relevância, pois se percebe, em verdade, uma confusão entre as possíveis consequências do dano moral e sua causa. Por certo, sentimentos negativos, como, por exemplo, dor, angústia, humilhação ou vexame, em regra, estão presentes nos casos de danos morais, mas não são indispensáveis para caracterizá-los, como também é possível afirmar que em situações inversas, nas quais esses sentimentos existam, não necessariamente resultarão em dano moral indenizável.

Considerando que a ponderação nos casos de responsabilização patrimonial em relações familiares deve estrita observação aos princípios do direito de família, evitando-se, assim, a repatrimonialização, percebe-se, então, o abandono à teoria do dano *in re ipsa*, devendo o dano moral ser provado, não podendo ser presumido sentimentos como dor, vexame ou humilhação<sup>21</sup>.

#### 4 O DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA

<sup>20</sup> Com relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 910.794/RJ, editou a seguinte ementa: recurso especial de jpgb e outros. Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Erro médico. Hospital municipal. Amputação de braço de recém-nascido. Danos morais e estéticos. Cumulação. Possibilidade. Quantum indenizatório fixado em favor dos pais e irmão. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido. [...] 4. Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. Isso, porque *o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação*. 5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que *o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica* (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78). 6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.3.2007), acolheu a proteção ao dano moral como verdadeira "tutela constitucional da dignidade humana", considerando-a "um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos". 7. O Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 612.108/PR (1ª Turma, DJ de 3.11.2004), bem delineou que "deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual". [...] (REsp 910.794/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 04/12/2008).

<sup>21</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <<http://www.marcosehnhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017, p. 22.

O casamento instala deveres recíprocos entre seus contraentes visando a plena comunhão de vida, gerando efeitos pessoais de cunho ético. Relacionando, exemplificativamente, esses deveres, o Código Civil, no artigo 1.566, elencou a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e respeito e consideração mútuos.

A fidelidade recíproca (prevista no inciso I do artigo 1.566 do CC/2002), inicialmente tratada como dever jurídico, expressa o caráter monogâmico do casamento<sup>22 23</sup>, sendo sua violação caracterizada pelo adultério, não mais compreendido apenas pela prática da conjunção carnal pelo coito vaginal, mas também pela quebra do dever de lealdade, baseado no respeito e na consideração mútuos, compreendidos na complexidade social, permitindo uma perspectiva bem mais ampla do que, tão somente, uma visão sexual<sup>24</sup>.

Afirma Aguirre ser mais adequado, hoje, denominar a violação ao dever de fidelidade, tão somente, como infidelidade, deixando essa o campo penal para apresentar-se na seara cível em diversos formatos, tais como conversas íntimas, beijos, carinhos e manifestações virtuais<sup>25</sup>. Sobre a questão, interessante a manifestação de Carlos Roberto Gonçalves:

Os atos meramente preparatórios da relação sexual, o namoro e os encontros em locais comprometedores não constituem adultério, mas podem caracterizar a injúria grave (quase adultério). Quando a conduta pessoal reflete uma variedade de situações desrespeitosas e ofensivas à honra do consorte, uma forma de agir inconveniente para pessoas casadas, inclusive a denominada “infidelidade virtual” cometida via Internet, pode

<sup>22</sup> Historicamente, o dever de fidelidade era voltado especialmente para o controle da sexualidade feminina, evitando a *turbatio sanguinis* e “protegendo a paz doméstica”, servindo apenas para reprimir a mulher, enquanto, culturalmente a infidelidade masculina era tolerada (LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 31 jul. 2017).

<sup>23</sup> Segundo Rolf Madaleno, a característica da monogamia não é desconstituída pelo ato de traição ou de infidelidade, mas pelo estabelecimento de uma relação afetiva concomitante ou paralela ao casamento. Ainda com relação à monogamia, afirma o autor, há quem ponha em dúvida sua subsistência em nosso sistema jurídico, especialmente pelo fato do Direito Constitucional deixar de eleger uma única espécie de entidade familiar, pautando, agora, a afetividade como “atual pilar da edificação familiar”, que se realiza dentro de suas realidades e aspirações (MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Versão Eletrônica)

<sup>24</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4ªed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 297. v. 6.

<sup>25</sup> AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 235-247.

também caracterizar-se a ofensa ao inciso V do aludido art. 1566, que exige “*respeito e consideração mútuos*”<sup>26</sup>.

Sabe-se que “as causas de infidelidade oscilam no tempo e no espaço: mudança de personalidade, desejo de vingança, monotonia, compensação para as decepções sofridas, inadequado relacionamento pessoal ou social, insatisfações sexuais...”<sup>27</sup>, não se tornando pertinente sua tutela penal, razão pela qual o artigo 240 do Código Penal, que tipificava o crime de adultério, foi revogado (por meio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005). Com essa revogação, impõe-se uma harmonização do sistema jurídico, projetando-se, também, a supressão dos seus efeitos jurídicos civis para os casos de infidelidade, não podendo, por certo, a fidelidade ser tratada como dever jurídico, mas como opção das pessoas.

Lembra Rolf Madaleno que a infidelidade no plano jurídico era causa de separação judicial, porém, na atualidade, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que acabou por suprimir a discussão da culpa no processo, a fidelidade tornou-se tão somente um dever ético<sup>28</sup>.

Assim, retirado do código penal o crime de adultério e mantido no código civil a fidelidade como dever ético, floresce a questão quanto às consequências da infidelidade e se sua ocorrência é capaz de caracterizar hipótese de dano moral indenizável, especialmente presumido.

## 5 A RUPTURA DO DEVER DE FIDELIDADE NO CASAMENTO E O DANO MORAL

Reconhecida a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares e os contornos do dano moral, em tópico anterior, é hora de verificar mais especificamente a responsabilidade civil por dano moral nas relações de família por quebra do dever de fidelidade, o que é feito com base nas lições de Rolf Madaleno<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão Eletrônica. v. 6.

<sup>27</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**, vol. 06, 4ªed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 298-299.

<sup>28</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Versão Eletrônica

<sup>29</sup> Ibid.

A possibilidade de reconhecimento de dano moral no direito de família contemporâneo é discutida em duas frentes contrapostas uma restritiva e outra ampliativa, transitando uma terceira corrente intermediária.

A doutrina e a jurisprudência sempre se mostraram hesitante com a possibilidade de reconhecimento de dano moral nas relações de família pelo temor de sua monetarização, como bem analisado por Sérgio Gischkow Pereira<sup>30</sup>.

Como fator da impossibilidade da reparação por dano moral, advoga, a corrente restritiva, a inviabilidade do reconhecimento de indenização por ausência de previsão legal e pela existência de efeitos jurídicos expressos pela ruptura dos deveres do casamento, tais como: direto a alimentos<sup>31</sup>; e perda do uso do nome de casado, o que não mais se sustenta com a promulgação da EC n° 66/2010.

Teme, ainda, a corrente restritiva, a volta da discussão de culpa pela ruptura da convivência conjugal e a perpetuação negativa do relacionamento pelo embate, na busca de um ressarcimento pecuniário por situações decorrentes naturalmente do fim da relação. Levando, tal discussão, a paralisação da atividade humana pelo receio das pessoas incidirem em dano moral<sup>32</sup>. No entanto, permite, esta corrente, a possibilidade de reparação civil por ato ilícito ofensor à personalidade.

<sup>30</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Dano moral no direito de família**: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Sergio\\_Gischkow\\_Pereira/Dano.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Gischkow_Pereira/Dano.pdf)>. Acesso em 17 de ago. de 2017.

<sup>31</sup> “Não se pode confundir obrigação alimentar com indenização por danos morais. A obrigação de pagamento de alimentos, que subsiste após o rompimento do casamento e da união estável, não dispõe de natureza indenizatória. Com o fim do instituto da culpa, desapareceu a possibilidade de buscar a identificação do responsável pela situação de necessidade para acharar o *quantum* da verba alimentar (CC 1.694 §2.º). O reconhecimento da obrigação alimentar não é condenação por danos morais. Trata-se de encargo que tem como causa a necessidade, a ausência de condições de prover por si à própria subsistência. Ao depois, os alimentos estão sujeitos à revisão e à exoneração, possibilidades que não se coadunam com a responsabilidade civil. Estabelece José de Aguiar Dias a diferença entre pensão alimentar e indenização: os alimentos só podem ser exigidos pelo cônjuge que prova necessidade, ao passo que a reparação civil pode ser exigida independentemente da situação econômica do prejudicado. A indenização tem caráter definitivo, não pode ser suprimida, aumentada ou diminuída, enquanto a pensão alimentar é essencialmente variável, por atender às necessidades do alimentando e às condições econômicas do alimentante”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96).

<sup>32</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Dano moral no direito de família**: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Sergio\\_Gischkow\\_Pereira/Dano.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Gischkow_Pereira/Dano.pdf)>. Acesso em 17 de ago. de 2017, p. 02.



Por outro lado, há quem defenda ampla e permissivamente a possibilidade de indenização moral, por estar a responsabilidade civil nas relações de família submetida às regras gerais do sistema.

Para a corrente permissiva, segundo Rolf Madaleno, toda e qualquer separação por configurar quebra dos deveres matrimoniais gera o direito à reparação moral, “bastando pura e simplesmente apresentar uma sentença judicial em processo litigioso reconhecendo a responsabilidade de um dos cônjuges pelo fim do casamento”<sup>33</sup>. Verifica-se que essa doutrina já foi encampada em Tribunais estaduais antes do advento da EC n° 66/2010, quando havia a análise da culpa<sup>34</sup>.

Tentando consolidar esta diretriz doutrinária, tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei n° 5.716/2016<sup>35</sup>, de autoria do Deputado Rômulo Gouveia do PSD/PB, cuja finalidade é acrescentar no Código Civil Brasileiro (Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002) o artigo 927-A, com a seguinte redação: “O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge”, sob a justificativa da infração ao dever de fidelidade recíproca ser motivo suficiente para produção de culpa conjugal e de culpa civil, apta a embasar a condenação do infrator por dano moral ao outro cônjuge.

Em terceiro viés, a corrente intermediária admite o dever de indenizar em caráter restritivo nos casos em que constatada uma gravidade na quebra dos deveres do casamento, como previsto na cláusula geral<sup>36</sup>, sendo a responsabilidade civil de direito em geral, não intrinsecamente de direito de família<sup>37</sup>.

Nesta há uma avaliação da procedência do pedido de reparação, por nem sempre a violação a um dever matrimonial resultar em dever de indenizar, considerando que algumas

<sup>33</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Versão Eletrônica.

<sup>34</sup> Neste sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na APL: 01209673320048190001, Relator: Werson Franco Pereira Rego, Data de Julgamento: 18/09/2007, décima segunda câmara cível, Data de Publicação: 20/02/2008.

<sup>35</sup> BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei n° 5.716/2016. Apresentação em 05/07/2016. Disponível em: <

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7B0982DC874BBC169E4B80FA1A932CDE.proposicoesWebExterno1?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7B0982DC874BBC169E4B80FA1A932CDE.proposicoesWebExterno1?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016)> Acesso em: 07 de ago. de 2017.

<sup>36</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**, vol. 06, 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 162.

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

atitudes durante a constância da relação apenas expressam a perda da afetividade, não ensejando deferimento de indenização<sup>38</sup>.

Desta forma, entende, esta última corrente, ser imprescindível a ocorrência de ilícito causador de dano efetivo, em violação ao princípio do *neminem laedere* (dever de não lesar a esfera jurídica de outrem).

Sobre o assunto, eis a lição de Paulo Lôbo:

O Código Civil estabelece deveres comuns para os cônjuges e para os companheiros, de natureza mais ética que jurídica. Quais as sanções para sua violação? Nenhuma, diretamente, como se vê nos arts. 1.566 e 1.725: são normas jurídicas sem sanção direta. Na tradição da culpa, havia consequências indiretas, relacionadas a supressão de direitos do culpado pela separação, em relação à guarda dos filhos, aos alimentos, à partilha dos bens, ao uso do nome. Essas restrições odiosas, que encobriam a ideologia religiosa da indissolubilidade do casamento, foram gradativamente suprimidas da legislação. No Código Civil de 2002, deixaram de existir em relação à guarda dos filhos, pois independentemente de culpa ou violação dos deveres conjugais ela é atribuída ao que ofereça as melhores condições para exercê-la (art. 1.584); em relação aos alimentos, são devidos ao cônjuge culpado, em valor indispensável a sua sobrevivência (art. 1.704); a partilha dos bens não é afetada pela existência de culpa; o direito a usar o sobrenome do outro cônjuge é assegurado quando sua perda acarretar prejuízo para a identificação ou dano (art. 1.578)<sup>39</sup>.

E acrescenta,

Esses deveres, durante a convivência conjugal, são absolutamente inócuos, pois destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos. Assim, prestam-se, exclusivamente, como causas de separação judicial litigiosa (art. 1.572), quando a sociedade conjugal já chegou ao fim, trazendo ao conhecimento dos agentes públicos judiciários (*a fortiori* do Estado) o que deveria estar velado pela tutela da preservação da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição)<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Versão Eletrônica.

<sup>39</sup> LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, 15 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25363>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

<sup>40</sup> LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

É inadmissível pensar que o simples fim da sociedade conjugal, mesmo por infidelidade, possa dar ensejo a dano, por ser a liberdade de casar e de não permanecer casado intrínseca à relação, não cabendo interferência estatal, como preconizado no artigo 1.513 do Código Civil<sup>41</sup>.

Quanto ao tema da liberdade, afirma Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges<sup>42</sup>.

De certo, o exercício dessa liberdade, por si só, não pode ser encarado como o causador de dano ao outro participante de uma relação familiar, quando há o desejo de por termo à relação, dado poder existir uma gama de fatores aptos a desencadear o fim de um relacionamento<sup>43</sup>.

Assim como é difícil estabelecer as causas para o fim de um relacionamento, é por demais difícil determinar os fatores da infidelidade no casamento. Nas palavras de Aguirre, o ardente desejo, a paixão arrebatadora por outra pessoa, a falta de relações sexuais com o seu par, a afasia do atual relacionamento, o novo, o velho... Inúmeras são as hipóteses e os argumentos a serem perscrutados para se levar, quase sempre, a resultados inconclusivos<sup>44</sup>.

Deste modo, a infidelidade não pode implicar em presunção da existência de dano moral com o consequente pagamento de indenização<sup>45</sup>, até porque, como indaga Maria

<sup>41</sup> “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” (Código Civil Brasileiro)

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>43</sup> AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 235-247.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Neste sentido, colhemos Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na Apelação Cível Nº 70070983846, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 23/03/2017; e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na APL: 00294782620118190208, Relator: Lindolpho Morais Marinho, Data de Julgamento: 04/10/2016, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 07/10/2016.

Berenice Dias, “seria o valor tarifado por relação sexual ou por amante? A reincidência daria ensejo a valor majorado?”<sup>46</sup>

Explica Aguirre que na gangorra em que está a sociedade conjugal (solidariedade familiar), de um lado, e as escolhas individuais de cada cônjuge (autonomia individual), do outro, devem prevalecer os direitos do indivíduo e as suas opções de vida<sup>47</sup>.

É incompatível com o princípio da solidariedade familiar a ideia de culpa, haja vista seu caráter individualista. Tendo como diretriz a promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade entre os integrantes da família, o direito de família não é mais informado pela punição de condutas<sup>48</sup>.

Cada vez menos interessa ao Direito produzir embates para aferição da culpa ocasionadora do fim da relação matrimonial. Preza-se, hoje, pelo sadio desenvolvimento da dignidade do ser humano facilitando a finalização formal do relacionamento, sempre que ao menos um o queira<sup>49</sup>.

Nos momentos em que impera o livre arbítrio, a escolha de um pode significar o sofrimento de outro, sem que isso implique, obrigatoriamente, na assunção da responsabilidade do primeiro e no conseqüente dever de indenizar, posto que necessária a apuração da violação da dignidade da vítima para que se consubstancie o dano moral.

Infelizmente, a dor se fará presente nesse sensível processo. Sozinha, porém, não significará a configuração do dano moral, mas a compreensão da fragilidade de nossa existência<sup>50</sup>.

Tratando de valores existentes no seio familiar, Farias e Rosenvald trazem esclarecedoras palavras quanto a indenizabilidade pela negativa desses.

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93.

<sup>47</sup> AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 235-247.

<sup>48</sup> LÓBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, 15 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25363>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

<sup>49</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Versão Eletrônica

<sup>50</sup> AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 235-247.



indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser<sup>51</sup>.

Logo, a aplicação da responsabilização civil no direito de família deve observar a sua cláusula geral, inserta nos incisos V e X do artigo 5º da CRFB/1988 e no artigo 927 do Código Civil, com a ocorrência de um ato ilícito devidamente comprovado, cabendo ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, tomando em conta, numa relação fundada pelo amor, que o simples desaparecimento do afeto não pode ensejar indenização. Prevalece, por conseguinte, na relação conjugal os princípios da liberdade e igualdade sobre o vínculo da solidariedade<sup>52</sup>.

Corroborando com essa ideia, Paulo Lôbo afirma que a “responsabilidade civil por danos não é intrinsecamente de direito de família, mas de direito civil em geral”, para ele a reparação do dano tem origem não na dissolução da sociedade conjugal, mas na ofensa em si, recaindo o dano moral ou material na regra comum de responsabilidade civil<sup>53</sup>.  
Exemplifica:

(...) qualquer pessoa tem direito de se divorciar diretamente; se antes do divórcio houve danos materiais ou morais de um cônjuge contra outro, ou se os atos cometidos por cônjuge ou companheiro lesarem direitos da personalidade do outro, nada há que diferencie da responsabilidade civil comum<sup>54</sup>.

Assim, reconhece-se pela dinâmica da vida a existência de situações conexas à infidelidade que podem levar a situações de ataque passíveis de indenização. Casos de violência psicológica ou física<sup>55</sup>, violações aos direitos da personalidade<sup>56</sup>, o contágio,

<sup>51</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**, vol. 06, 4ªed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 163.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

<sup>53</sup> LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, 15 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25363>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Cível 437434720078070001-DF, 6ª Turma Cível, Relator José Divino de Oliveira, julgamento em 09/05/2012, publicação em 17/05/2012.

consciente, de doença sexualmente transmissível<sup>57</sup>, a divulgação de inverdades sobre o consorte, e o silêncio intencional sobre a real paternidade dos filhos<sup>58</sup>.

Nesta linha, a isolada prática de ato adúltero, não é apta a ser suporte fático de indenização por dano moral. Muito embora, a prática de adultério em local público, que acabe por violar a honra do consorte, no caso concreto, poderá gerar indenização<sup>59</sup>.

Não haveria sentido, enfim, em dar ao cônjuge autorização para agredir os direitos de personalidade do outro. Quando essa agressão gera o dano injusto, a pretensão de reparação estará presente, dada a conduta abusiva e inaceitável do agressor, sob pena, repita-se, de conferir-lhe um salvo-conduto que nunca seria dado a um terceiro alheio à relação conjugal<sup>60</sup>.

Nessas hipóteses, a indenização por dano moral não se dá simplesmente pela infidelidade, mas pela prática de condutas violadoras da dignidade da vítima.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilização civil, preconizada como meio para se promover a dignidade das pessoas, está presente em toda a ciência jurídica, inclusive no ramo das famílias.

Nesse campo, tenta compatibilizar o ressarcimento, pela prática de ato ilícito, com a repersonalização, considerando o abandono do viés patrimonializante do direito civil clássico, adotando um aspecto existencial na sua concepção.

Não podendo privilegiar o comportamento do ofensor em detrimento da vítima, o direito de família passa a estar numa situação espinhosa com o temor da remonetarização das relações familiares.

<sup>56</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ACJ: 20130210044352 DF 0004435-88.2013.8.07.0002, Relator: antônio fernandes da luz, Data de Julgamento: 14/01/2014, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/01/2014.

<sup>57</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação 0023588-57.2012.8.26.0344; Relator (a): Natan Zelinski de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/11/2015; Data de Registro: 12/11/2015.

<sup>58</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 922.462/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013.

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**, vol. 06, 4ªed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 163.

<sup>60</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017, p. 09.

Todavia, o direito de família deve apaziguar conflitos, garantindo o desenvolvimento das relações e alicerçando o convívio social, não podendo haver dúvida quanto à possibilidade de reparação civil pela prática de ilícitos.

Desta forma, é notório que o dano moral para ser indenizado deve ser oriundo da prática de atos considerados inadmissíveis, através de uma conduta que ocasione à vítima ofensa a sua personalidade.

No que tange a infringência ao dever de fidelidade, floresce a questão sobre a natureza desse e a possibilidade de reparação por sua ofensa.

Como demonstrado, três foram as correntes doutrinárias que se formaram, partindo de uma visão mais ampla até uma posição mais restritiva.

Alguns juristas perfilham o entendimento da impossibilidade de reparação por dano moral na relação de família, temendo a volta da discussão de culpa pela ruptura da convivência e a paralisação da atividade humana pelo receio de incidência de dano moral.

Noutra banda, juristas perfilham o entendimento da ampla aplicação da responsabilidade civil nas relações de família. Ou seja, haveria o dever de reparação tanto nos casos gerais (artigos 186 e 187 do Código Civil) como nos decorrentes da violação de deveres inerentes à relação.

Em posição intermediária, parcela da doutrina, em que pese aceitar a caracterização do ato ilícito e a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, essa ocorreria apenas com a caracterização de um ato ilícito, como previsto na cláusula geral, sendo a responsabilidade civil de direito em geral, não intrinsecamente de direito de família.

É junto à corrente intermediária que nos posicionamos.

Cada vez menos interessa ao Direito produzir embates para aferir culpa, sendo por demais trabalhoso determinar os fatores da infidelidade. Deste modo, pautando-se nos princípios da liberdade e igualdade, é de se concluir que o dever de fidelidade é de natureza ética.

Portanto, a indenização no caso de ilícito é cabível para a compensação dos danos referentes às relações entre cônjuges, sendo, por certo, cabível nos casos de infração ao dever de fidelidade não simplesmente por sua ocorrência, de *per si*, mas pela intensidade de sua repercussão negativa.



### REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 235-247.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/75>>. Acesso em 02 de ago. de 2017.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 5.716/2016. Apresentação em 05/07/2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7B0982DC874BBC169E4B80FA1A932CDE.proposicoesWebExterno1?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7B0982DC874BBC169E4B80FA1A932CDE.proposicoesWebExterno1?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016)> Acesso em: 07 de ago. de 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 437434720078070001-DF, 6ª Turma Cível, Relator José Divino de Oliveira, julgamento em 09/05/2012, publicação em 17/05/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. ACJ: 20130210044352 DF, Relator: Antônio Fernandes da Luz, Data de Julgamento: 14/01/2014, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/01/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70070983846, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 23/03/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. APL: 00294782620118190208, Relator: Lindolpho Moraes Marinho, Data de Julgamento: 04/10/2016, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 07/10/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. APL: 01209673320048190001, Relator: Werson Franco Pereira Rego, Data de Julgamento: 18/09/2007, décima segunda câmara cível, Data de Publicação: 20/02/2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0023588-57.2012.8.26.0344; Relator (a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de

Direito Privado; Foro de Marília - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/11/2015; Data de Registro: 12/11/2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 922.462/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 910.794/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 04/12/2008

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão eletrônica. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão Eletrônica. v. 6.

LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

\_\_\_\_\_. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3758, 15 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25363>>. Acesso em: 01 ago. 2017

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Versão Eletrônica.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Dano moral no direito de família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Sergio\\_Gischkow\\_Pereira/Dano.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Gischkow_Pereira/Dano.pdf)>. Acesso em 17 de ago. de 2017.