

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA QUEBRA DOS DEVERES DE FIDELIDADE, RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS NA SOCIEDADE CONJUGAL

Jucimara de Moraes Balan¹

Heloísa Moreno²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo, apresentar de modo sucinto o assunto Responsabilidade Civil Decorrente da Quebra dos Deveres de Fidelidade, Respeito e Consideração Mútuos na Sociedade Conjugal, trata-se de um estudo que busca evidenciar as situações em que o término da sociedade conjugal, pelo descumprimento aos deveres do casamento, especialmente no caso supra mencionado dá ensejo a reparação civil.

Palavras chave: casamento; descumprimento aos deveres do casamento; danos morais; responsabilidade civil.

Abstract: This paper aims to present the matter succinctly Liability Arising Smash Duties of Loyalty, Mutual Respect and Consideration in Conjugal Society, it is a study that seeks to highlight the situations in which the termination of the conjugal partnership, for breach of the duties of marriage, especially in the case mentioned above gives rise to civil remedies.

Key-words: marriage; breach the duties of marriage, moral damages; liability.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo a investigação doutrinária e jurisprudencial acerca da questão da possibilidade do pleito pela reparação por danos morais sofridos no âmbito das relações familiares pela quebra dos deveres conjugais de fidelidade, respeito e consideração mútuos.

2. ASPECTOS RELEVANTES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 Conceito e Espécies de Família

¹ Acadêmica de Direito do 10º semestre da FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana

² Professora Mestra em Direito Civil da FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana. Orientadora.

Considerando a evolução das concepções de entidade familiar, o vocábulo família, em seu sentido jurídico, ao passar dos anos, sofreu profundas alterações em seu conceito.

Silvio Rodrigues explica que:

O vocábulo família é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos.

Numa concepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau.

Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. É com essa conotação que a maioria das leis a ela se referia. Assim, por exemplo, a lei de proteção à família (Dec-lei n. 3.200, de 19-4-1941); assim o Código Civil de 1916, ao instituir o bem de família (arts. 70 e s.). Entretanto, embora em sentido estrito se possa dizer que a família se compõe tão-só dos pais e de sua prole, o direito de família não se circunscreve à disciplina das relações entre essas pessoas, sendo consideravelmente mais amplo. Desse modo, trata ele da tutela, da ausência, dos alimentos etc., assuntos que envolvem relações entre pessoas que não estão necessariamente ligadas por tão próximo parentesco.³

Por sua vez, Maria Helena Diniz, ao conceituar, exemplificando as acepções jurídicas do vocábulo família, conclui elucidando que a Constituição Federal de 1988 inovou ao suprimir a concepção existente na antiga Carta no sentido de que o núcleo familiar somente correspondia àquele constituído pelo casamento. Neste sentido a referida autora esclarece:

Na seara jurídica encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo família: a) a amplíssima; b) a lata e c) a restrita.

No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo de consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, § 2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico. A Lei n. 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no art. 241, considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e contem de seu assentamento individual.

Na acepção "lata", além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro), como a concebem os arts. 1.591 e s. do Código Civil, o Decreto-lei n. 3.200/41 e a Lei n. 883/49.

³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 04.

Na significação restrita é a família (CF, art. 226, §§ 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independentemente de existir o vínculo conjugal, que a originou.⁴

Percebe-se, portanto, que as transformações sociais, havida ao longo do século XX, culminaram no surgimento de uma série de normas que, gradualmente, desfiguraram a antiga concepção do direito de família, o que, por consequência, resultou no advento da Constituição Federal de 1988 trazendo um novo conceito de entidade familiar.⁵

Conforme acima pontuado, com o advento da Carta Magna, passou-se a integrar o conceito de entidade familiar, além daquela oriunda do casamento, também a resultante da união estável entre homem e mulher, assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (Art. 226, §§ 3º e 4º, da CF/1988), sendo que, conforme bem pontuado por Ivone Coelho de Souza e Maria Berenice Dias esse redimensionamento de concepção “acabou afastando da idéia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação.”⁶

Tarefa bastante árdua consiste em denificar a instituição do casamento, pois esta, ao longo dos anos, e com a evolução das civilizações, tende a sofrer abruptas mudanças, todavia, é certo que a essência desta entidade ainda consiste na união entre o homem e a mulher para comunhão de vida.

Não é exagero afirmar que um dos objetivos do casamento é a comunhão de vida entre os cônjuges, pois o próprio Código Civil pátrio, em seu artigo 1.511, fez constar que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Elogiável, dentre muitos conceitos, encontra-se a definição de casamento estampado no artigo 1.577 do Código Civil português de 1966, que

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/20002. v.5. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 08.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 5.ed., rev. e atual. , v. 6. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

⁶ SOUZA, Ivone Coelho de; DIAS, Maria Berenice *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

dispõe que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”

Conclui-se, portanto, que a instituição do casamento trata-se de um contrato que expressa a vontade dos cônjuges em comungar suas vidas, especialmente para o fim de regular suas relações sexuais, proteger a sua prole e prestar mútua assistência.

Por outro lado, existe, também, a entidade familiar constituída através da união estável estabelecida entre o homem e a mulher.

A união estável, em suma, consiste na relação havida entre o homem e a mulher, de vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento.⁷

Conclui-se, claramente, que a lei vigente protege a união informal como entidade familiar, desde que haja entre o homem e a mulher o objetivo de constituir família de maneira duradoura.

2.2. Princípios do Direito de Família

A Constitucionalização do Direito Civil implicou em uma nova abordagem do próprio Direito de Família, dando-lhe destaque às normas fundamentais protecionistas à pessoa no âmbito das relações familiares.

Nas lições de Rodrigo Cunha Pereira:

os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixada por outras normas, independentemente de serem positivadas, ou não, isto é, expresso ou não expressos.⁸

2.2.1 Princípio da Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana, que configura-se como preceito basilar da Constituição Federal, conforme o contido em seu artigo 1º, é consagrada como valor constitucional supremo que adita em si todos os

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 539

⁸ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 11.

direitos fundamentais do homem.⁹

Alexandre de Moraes conceitua dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁰

O autor Joaquín Arce y Flórez – Valdés, a respeito da dignidade da pessoa humana, aponta quatro importantes conseqüências:

a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.¹¹

Ingo Wolfgang Sarlet acerca da concepção de dignidade da pessoa humana:

[...] Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.¹²

O referido autor ainda lembra os ensinamentos do Papa São Leão Magno, que sustentava que os seres humanos possuem dignidade em virtude de terem sido criados por Deus à sua imagem e semelhança.¹³

2.2.2 Princípio da Igualdade Entre os Cônjuges

⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 30. ed. ver. e atual. Malheiros Editores: São Paulo, 2008, p. 105.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

¹¹ VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1990, p. 149.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008, p. 44.

¹³ SARLET, op. cit. p. 31.

Este princípio vem insculpido na Carta Magna, em seu artigo 226, § 5º, que dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

A consequência primordial desse postulado foi do fim do poder marital, conforme explica Carlos Roberto Gonçalves:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.¹⁴

Na mesma órbita de compreensão, Maria Helena Diniz acentua que:

Com esse princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas em comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. O patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso, juridicamente, o poder do marido é substituído pela autoridade conjunta e indivisa, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.¹⁵

Convém ressaltar que o Código Civil, seguindo a órbita emanada da Constituição Federal, dispôs que a direção da sociedade conjugal será exercida pelo marido e pela mulher, em colaboração e, havendo divergência de opiniões entre eles, qualquer um poderá recorrer ao Poder Judiciário para que decida o conflito pautado no interesse do casal e dos filhos (Artigo 1.567, parágrafo único).

2.3 Dos Direitos e Deveres dos Cônjuges

O Código Civil Brasileiro vigente, em seu artigo 1.566, estabelece deveres recíprocos aos cônjuges, cujo rol, evidentemente, não é exaustivo, porém a lei elencou as principais obrigações matrimoniais, as quais são consideradas necessárias para a estabilidade conjugal.

¹⁴ GONÇALVES, op. cit. p. 23.

¹⁵ DINIZ, op. cit. p.18.

Dentre o rol dos deveres conjugais encontra-se o de fidelidade recíproca, o qual decorre da essência monogâmica do casamento e está diretamente ligada à concepção de proibição em se praticar ato sexual com outrem.

Acerca da monogamia, Rodrigo da Cunha Pereira pondera que:

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.¹⁶

Carlos Roberto Gonçalves, lecionando acerca do dever de fidelidade recíproca, explica que:

O dever em apreço inspira-se na idéia de comunhão plena de vida entre os cônjuges, que resume todo o conteúdo da relação patrimonial. Impõe a exclusividade das prestações sexuais, devendo cada consorte abster-se de praticá-las com terceiro.¹⁷

Considera-se infiel o cônjuge que pratica “atos que embora não cheguem à cópula carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual com pessoa diversa”.¹⁸

Neste sentido, Maria Helena Diniz defende que:

É preciso não olvidar que não é só o adultério que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também os atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, como acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida etc.¹⁹

É certo, portanto, que o descumprimento a tal dever enseja o divórcio, por certo que trata-se de um objeto de difícil, quiçá impossível imposição obrigacional por órgão jurisdicional, como bem pondera Maria Berenice Dias:

Mesmo sendo indicada na lei como requisito obrigacional a

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado). Universidade federal do Paraná– UFP. Disponível em: <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2007, p. 76.

¹⁷ GONÇALVES, op. cit. p. 174.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. v.2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144.

¹⁹ DINIZ, op. cit. p. 132.

manter a fidelidade, trata-se de direito cujo adimplemento não pode ser exigido em juízo. Ou seja, desatendendo um do par o dever de fidelidade, não se tem notícia de ter sido proposta, na constância do casamento, demanda que busque o cumprimento de tal dever. Tratar-se-ia de obrigação de não-fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Ademais, se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal, seria de admitir-se que deixou de existir e de se poder exigir a fidelidade, quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Deixaria de haver a possibilidade de se buscar a separação se não estabelecido em lei esse direito dever ou deverdireito dos consortes?²⁰

Ocorre que, por consequência lógica, o descumprimento ao dever de fidelidade acaba por configurar infringência aos deveres de respeito e consideração mútuos, previstos no artigo 1.566, inciso V, do Código Civil. Isto porque é evidente que a infidelidade trata-se de uma conduta desonrosa que expõe o cônjuge enganado a uma situação humilhante perante a sociedade.

A infidelidade, ou adultério, antigamente era tratada como ilícito penal, tendo sido revogado o tipo penal que assim o estabelecia com o advento da Lei nº 11.106/05. Todavia, hodiernamente, dada a evolução da sociedade, o descumprimento ao dever de fidelidade recíproca no matrimônio é tratado, unicamente, como sanção civil, sendo causa de dissolução da sociedade conjugal, pelo divórcio, em que o cônjuge traído pode suscitar a violação de tal dever, fundamentando a insuportabilidade da convivência entre ambos.

Por conseguinte, vem estampado no artigo 1.566 o dever de vida em comum no domicílio conjugal, o qual é, em sua essência uma complementação ao dever de fidelidade recíproca, pois está relacionado ao dever de os cônjuges manter relações sexuais e prestar assistência mútua.

Excetuadas as excepcionalidades da vida em comum, tais como em razão da profissão ou mesmo em caso de doença, a regra é de que o abandono voluntário do lar conjugal pelo prazo de um ano, consecutivo, configura justa causa para separação judicial, conforme disposição do artigo 1.573, IV, do Código Civil²¹, sendo que o que configura esse abandono ao lar é

²⁰ DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. **Revista AJURIS**, n. 85, T. I, mar. 2002, p. 477-479.

²¹ RODRIGUES, op. cit. p. 127.

o “animus”, ou seja, a intenção de não mais retornar à residência comum.²²

Outro dever decorrente do casamento é o dever de mútua assistência entre os cônjuges, que os obrigam a se auxiliarem reciprocamente em todos os aspectos.

Carlos Roberto Gonçalves esclarece que “inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual. Envolve o devedo próprio do companheirismo e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas situações adversas.”²³

Inovando, o Código Civil de 2002 introduziu ao rol de deveres dos cônjuges o de “respeito e consideração mútuos”, sendo que a inobservância e desrespeito a essa obrigação constitui injúria grave que pode ensejar separação judicial nos moldes do artigo 1.573, III, do Código Civil.

3. A QUEBRA DOS DEVERES DE FIDELIDADE, RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUA E SUA CONSEQUENTE INDENIZAÇÃO

Como estudado no capítulo anterior, a traição é ato que atenta contra aos deveres atribuídos aos cônjuges, estabelecidos no artigo 1.566 do Código Civil, especificamente o de fidelidade e o de respeito e consideração mútuos.

O que se pretende analisar, neste momento, é em quais situações a violação desses deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos enseja a reparação civil.

3.1 A Reparação Civil dos Deveres do Casamento e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O artigo 927 do Código Civil preconiza que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187)²⁴, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²² GONÇALVEZ, op. cit. p. 175.

²³ GONÇALVES, op. cit. p. 177.

²⁴ Art. 186 C.C. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Desta sorte, a obrigação de reparação surge a partir da coexistência dos seguintes pressupostos: a) ação ou omissão do agente; b) culpa; c) dano suportado pela vítima; d) nexa causal que une a ação ou omissão ao dano.

Estendendo-se tais pressupostos às relações familiares, deve ser observado se o descumprimento aos deveres inerentes ao casamento por um dos cônjuges é capaz de causar dano ao outro.

Neste norte, é evidente que deve-se buscar a comprovação da culpa ou do dolo do agente faltoso, de modo que no âmbito das relações familiares, a responsabilidade civil será subjetiva.

João Gisberto Franchini, em seu artigo sobre a ocorrência de danos morais nas relações entre os cônjuges pondera que “no direito de família a responsabilidade civil é subjetiva. O ressarcir pressupõe a existência de um prejuízo moral, imaterial, que atinja valores ligados à personalidade da pessoa ofendida²⁵”.

A Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, inciso X, dispôs que “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”.

Neste norte, o que deve ser observado, no caso concreto, é se houve, por parte de um dos cônjuges, o cometimento de ato ilícito capaz de causar dano ao outro.

Maria Celina Bodin de Moraes pondera que:

Como em todas as demais relações jurídicas, também nas relações familiares, onde ocorrer lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade familiar, terá ensejo o dano moral indenizável. Em havendo conflito entre os princípios mencionados, será imprescindível, como já se teve ocasião de afirmar, ponderar os interesses de cada uma das partes, para verificar qual princípio, concretamente, terá mais peso. Isto significa que dadas duas situações jurídicas subjetivas, cada uma delas relativa a um dos princípios aludidos, estruturando-se, portanto, num conflito (ou colisão) de princípios, a medida da ponderação, a ser exercitada pelo

Art. 187 C.C. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁵ FRANCHINI, João Gisberto. **A Ocorrência De Danos Morais Entre Cônjuges Ou Conviventes E Da Sua Reparabilidade No Direito Brasileiro.** *Revista Jurídica Cesumar Mestrado.* Maringá: Centro Universitário de Maringá, v.4, n.1, 2004, p. 205.

magistrado, será dada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.²⁶

Clayton Reis ensina que a indenização deve servir como maneira de coibir a reiteração de práticas ofensivas aos direitos da personalidade.

Assim, é nessa esfera em que se operam as indenizações marcadas por lesões que repercutem profundamente na intimidade dos cônjuges. O que justifica essa realidade é a magnitude da dignidade da pessoa humana presente na sociedade conjugal, e por essa razão, os valores relativos ao *quantum* indenizatório devem corresponder a essa situação, caso contrário, estar-se-ão possibilitando novas situações ofensivas no plano da instituição familiar.²⁷

Os direitos da personalidade estão inseridos dentro do rol dos direitos fundamentais, como explica José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra intitulada *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos instintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). [...] Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como direito à pessoa ser e à pessoa devir, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.²⁸

Tais ensinamentos levam à conclusão que o cônjuge lesado merece ver reparado o prejuízo suportado pelo descumprimento aos deveres do casamento por parte de seu companheiro, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento supremo da República Federativa do Brasil.

Diante dos conceitos acima expostos, cabe, neste momento, esclarecer quais situações de descumprimento dos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos acarreta dano moral indenizável.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 436.

²⁷ REIS, Clayton. **Abuso de direito nas relações privadas e seus reflexos nos direitos da personalidade**. Revista Jurídica do Cesumar - Mestrado, Maringá, v. 6, n. 1, dez. 2006, p. 228.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 1998, p. 372.

3.2 A Prática do Adulterio e sua Reparação Civil

O adultério, praticado publicamente por um dos cônjuges, é capaz de expor a honra do outro a uma situação vexatória, causando-lhe prejuízos de ordem moral. Neste diapasão, inclusive, a primeira turma recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal já se pronunciou, afirmando ser presumida a lesão de ordem moral pelo cônjuge traído.²⁹

Na mesma esteira, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando Apelação Cível, em voto de relatoria do Desembargador Pedro de Alcântara, consignou que a separação oriunda de traição pura e simplesmente analisada não gera o dever de indenizar, todavia, quando tal ato for cometido com desrespeito e mediante conduta manifestamente ofensiva dá ensejo à obrigação de reparação civil pelos danos causados.³⁰

Igualmente, outros Tribunais Estaduais vêm decidindo favoravelmente à reparação civil por danos morais decorrentes do

²⁹ EMENTA. AÇÃO VISANDO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. POSSIBILIDADE.

1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios.

2. A inobservância dos deveres conjugais, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

3. É presumida a lesão a bem extrapatrimonial daquele que surpreende sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem.

4. Nossos tribunais têm entendido que o dano moral deve ser fixado em montante suficiente à reparação do prejuízo, levando-se em conta a moderação e a prudência do Juiz, segundo o critério de razoabilidade para evitar o enriquecimento sem causa e a ruína do réu, em observância, ainda, às situações das partes. Constatado que a atividade laborativa da ré não se mostra compatível com a indenização fixada na sentença, deve o valor ser reduzido.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada. DJU 03/06/2008 Pág.: 162 Extraído do site: <http://tj-df.jusbrasil.com/jurisprudencia/2587391/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20060510086638-df> Acessado em 01/07/2013.

³⁰ EMENTA. Indenização por danos morais. Adultério durante o casamento. Casal que trabalhava na mesma Escola Estadual. Traições do marido que eram comentadas no local do trabalho causando vexame e humilhação à esposa. Conjunto probatório que comprova que a esposa sofreu de depressão, tendo que se afastar do ambiente da Escola. A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado. Valor indenizatório que foi arbitrado com observação da boa situação profissional do marido. Apelação improvida. Extraído do site: <http://tj-sp.jusbrasil.com/jurisprudencia/22581316/apelacao-apl-995148220078260000-sp-0099514-8220078260000-tj-sp> Acessado em 01/07/2013.

descumprimento ao dever de fidelidade, quando presentes os requisitos da responsabilização, quais sejam o ato ilícito, o dano, a culpa e o nexo causal.³¹

Assim, considera-se que:

O fundamento da reparabilidade do dano moral sofrido nas relações familiares está intimamente ligado ao direito de família, não sendo admissível que tais direitos sejam impunemente violados por outro integrante da mesma.³²

Conclui-se, pois, que o dever de indenizar surge quando o descumprimento aos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos ferirem qualquer dos direitos da personalidade e a dignidade do cônjuge traído, causando-lhe, dessa forma, prejuízo de ordem moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

³¹ CIVIL E PROCESSO CIVIL SEPARAÇÃO JUDICIAL - ALIMENTOS - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR - INFIDELIDADE E DANO MORAL - TEORIA DO DESISTIMULO - FIXAÇÃO DO QUANTUM - MODERAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE - DECISÃO UNÂNIME.

1 -A Ação de Alimentos em apenso tem como autoras as filhas do casal, figurando a Apelada como representante.

2 -O dever de prestar alimentos fundamenta-se no Princípio da Solidariedade Familiar. O cônjuge pode ser devedor ou credor dos alimentos, por estar inserido entre os deveres decorrentes do casamento o da mútua assistência.

3 - Restou evidente a culpa do varão pela falência conjugal, por infringir um dos deveres do casamento que é a fidelidade.

4 - Não resta dúvida que a Apelada sofreu em virtude do descumprimento pelo marido do dever de fidelidade, tendo sido violentada fisicamente, sendo verossímil a alegação de constrangimento de ordem moral.

5 - A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não podendo ensejar a idéia de enriquecimento indevido, nem empobrecimento da vítima, devendo o arbitramento operar-se com moderação, observadas a condição do ofendido e a capacidade do ofensor.

6 - Segundo a TEORIA DO DESESTIMULO, o valor fixado a título de dano moral não deve enriquecer ilícitamente o ofendido, havendo de ser suficientemente elevado para desencorajar novas agressões à honra alheia.

7 - Razoável reduzir o valor da indenização a título de danos morais para R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

8 - A Sentença apelada não determinou a partilha dos terrenos onde se encontram construídos os supermercados e a casa justamente por pertecerem ao pai do Apelante, não havendo razão que justifique o inconformismo ora discutido.

9 - Recurso conhecido e provido parcialmente.

10 - Decisão unânime. (TJES - AC 26039000497 ES 26039000497 – Relator: Antônio Carlos Antolini – Publicação 18/11/2004) Extraído do Site: <http://tjes.jusbrasil.com/jurisprudencia/3692539/apelacao-civel-ac-26039000497>. Acessado em 02/07/2013.

32 FERREIRA, Viviane Giovanete Ramos. A Indenização Por Dano Moral Na Ação De Investigação De Paternidade. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. Maringá: Centro Universitário de Maringá, v.4, n.1, 2004, p. 409.

Por tudo que se expôs no decorrer do presente trabalho, conclui-se que é possível a responsabilização civil por atos de infidelidade conjugal, desde que estes afrontem direitos da personalidade do cônjuge lesado, ferindo sua dignidade, e causando danos de ordem moral ou patrimonial.

Para tanto, será analisado se o ato ilícito, consistente na infidelidade, que afronta os deveres conjugais de fidelidade, respeito e consideração mútuos, de fato causou dano ao cônjuge traído e se existe nexo de causalidade entre este prejuízo e o ato infiel, apurando-se, assim, a culpa do cônjuge faltoso, nos moldes preceituados pela responsabilidade civil subjetiva.

Embora a jurisprudência majoritária ainda entenda que a traição, analisada pura e simplesmente, não enseja reparação por danos morais, devendo ser sobejamente comprovado o dano sofrido pelo cônjuge lesado e alcançada a culpa do cônjuge infiel, entende-se que, por tais atos esbarrar incisivamente sobre direitos personalíssimos da pessoa humana, tais como honra, bom nome e privacidade, o Poder Judiciário deve ser, cada vez mais, acionado para que manifeste-se e decida, no caso concreto, sobre a reparação pelos danos morais oriundos da afronta aos direitos da personalidade nas relações familiares.

Muito se fala na banalização do instituto da reparação civil pelo dano moral, porém, o que se percebe são casos de menor afronta aos direitos da personalidade sendo tratados com maior privilégio pelo Poder Judiciário, onde não se exige a comprovação do dano³³ para a imposição de obrigação de reparação civil, em detrimento das situações envolvendo infidelidade conjugal, em que, por vezes, o bom nome, a honra e a privacidade do cônjuge lesado são expostos à humilhação pública sem que haja uma coerção estatal impondo ao cônjuge infiel o dever de reparar o prejuízo a tais direitos personalíssimos. Desta forma, é dever dos operadores do Direito provocar o Poder Judiciário para a importância de tal tema, mormente quanto a relevância da proteção dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana nas relações

³³ BRASIL. STJ. Notícia. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255. Acesso em: 12.10.13.

familiares, notadamente com referência aos casos de descumprimento aos deveres de fidelidade, consideração e respeito mútuos.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 1998.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 30. ed. ver. e atual. Malheiros Editores: São Paulo, 2008 de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/20002. v.5. São Paulo: Saraiva.

DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. **Revista AJURIS**, n. 85, T. I, mar. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 20. ed. rev. e atual.

FERREIRA, Viviane Giovanete Ramos. **A Indenização Por Dano Moral Na Ação De Investigação De Paternidade**. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. Maringá: Centro Universitário de Maringá, v.4, n.1, 2004.

FRANCHINI, João Gisberto. **A Ocorrência De Danos Morais Entre Cônjuges Ou Conviventes E Da Sua Reparabilidade No Direito Brasileiro**. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. Maringá: Centro Universitário de Maringá, v.4, n.1, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 5.ed., rev. e atual. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REIS, Clayton. **Abuso de direito nas relações privadas e seus reflexos nos direitos da personalidade**. Revista Jurídica do Cesumar - Mestrado, Maringá, v. 6, n. 1, dez. 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008.

SOUZA, Ivone Coelho de; DIAS, Maria Berenice *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1990.