

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE FIDELIDADE NO CASAMENTO

Norman Prochet Neto¹

RESUMO: O instituto da responsabilidade civil é aplicado em grande escala hoje no ordenamento jurídica pátrio. O dever de indenizar por danos causados a outrem tem se tornado questão recorrente nos tribunais brasileiros. De forma contextualizada, o presente aborda a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares, principalmente no que tange ao descumprimento do dever de fidelidade no casamento.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, violação, dever de fidelidade.

ABSTRACT: The institute civil liability is applied on a large scale for ranking legal parental today. The duty to indemnify for damages caused to others has become a recurrent issue in Brazilian courts. In context, this addresses the incidence of liability in family relationships, especially with regard to the breach of the duty of fidelity in marriage.

Keywords: Liability, breach duty of loyalty.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo aclarar as questões atinentes à incidência da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, algo relativamente novo e que vem despertando interesse em vários estudiosos do direito.

A responsabilidade civil já era tratada no Código Civil do ano de 1916 e, com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, foi alçada a um patamar mais elevado.

Porém, a principal inovação do novo texto legal é justamente o fato de fazer menção expressa da responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que independe de comprovação de culpa para restar configurada.

¹ Advogado. Professor Universitário da FACNOPAR. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Especialista em Direito de Família à Luz da Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL).

A aplicação do instituto em determinados ramos do direito sempre foi difundida, no sentido de que qualquer indivíduo lesado em seu patrimônio ou em seu íntimo tem o direito de requerer a reparação civil àquele que lhe causou a lesão.

Para que esteja configurada a incidência da responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de indenizar, alguns requisitos precisam estar presentes, quais sejam: ação, dano e nexo causal.

Se atendo, por hora, ao dano, condição essencial para que se configure o dever de indenizar, há dois tipos distintos, o dano material ou patrimonial e o dano moral ou não patrimonial.

É notório que, em sua grande maioria, os temas ligados ao direito de família dizem respeito ao dano moral, visto que fala-se em abandono afetivo, alienação parental, não observância dos deveres conjugais, bullying familiar, entre outros.

Em que pese a sociedade contemporânea caracterizar-se por relacionamentos cada vez mais superficiais e com pessoas que se importam cada vez menos umas com as outras, ainda existem aqueles que renunciam a muitos sonhos e projetos em nome de um grande amor. Pessoas que se entregam a um relacionamento e, após alguns anos (ou meses) se vêem abandonadas, traídas, relegadas e com seus sonhos destruídos.

Esta infeliz tendência de relacionamentos menos sólidos é responsável por outra mazela social, os filhos de pais solteiros que, muitas vezes, sequer chegam a conhecer sua real procedência.

A sociedade caminha muito rapidamente e, como não poderia deixar de ser, o direito precisa acompanhar, para que pessoas não fiquem desguarnecidas ante os novos fenômenos que acometem a vida social.

Há pouco tempo não se falava em responsabilidade civil nas relações familiares, porém, atualmente, é inegável que sua aplicação no âmbito do Direito de Família é de todo correta, para não dizer necessária.

Portanto, procura-se com o presente, trazer, em um desenvolvimento lógico, uma breve explanação a respeito da responsabilidade civil e, posteriormente, mostrar a importância de sua aplicação no âmbito do Direito de Família.

2 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se adentrar no tema atinente à incidência da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, faz-se mister tecer alguns comentários sobre o instituto para que, desta forma, seja possível compreender a razão de sua aplicação na âmbito familiar. Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 13)

Portanto, tem-se que a responsabilidade civil tem, como sua principal função, garantir a reparação de um dano causado a alguma pessoa por ato de outrem. Sempre que algum indivíduo causar danos a outra pessoa, seja de cunho patrimonial, seja de cunho moral, será obrigado a reparar o dano causado.

Portanto, “a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 53).

Sempre que alguém sofrer qualquer tipo de lesão em virtude de ato ilícito de outrem, nascerá, juntamente com o dano, o dever de indenizar do ofensor. É evidente que o ordenamento jurídico visa proteger os direitos e as coisas da pessoa, razão pela qual nasce a necessidade de indenizar aquele que sofre dano em virtude de ato ilícito de outrem.

3 DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já mencionado, o dano causado a outrem, gera no ofensor o dever de indenizar, procurando-se estabelecer o *statu quo ante*. Todavia, para que haja o dever de indenizar, faz-se mister a presença de certos requisitos, quais sejam: a conduta culposa, o nexu causal e o dano.

3.1 Conduta humana

Em primeiro lugar, salienta-se que somente as condutas humanas podem ser objeto da responsabilidade civil. Portanto, para ensejar o surgimento do dever de indenizar o primeiro requisito fundamental é a existência de uma conduta humana.

Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 24).

A conduta humana pode ser tanto positiva quanto negativa, ou seja, uma ação propriamente dita ou uma omissão. Tem-se a ação quando o homem tem uma atitude comissiva, um comportamento positivo que gera alguma consequência jurídica.

A omissão por sua vez, trata-se, na realidade, de uma inatividade que acaba por gerar consequências jurídicas. Quando alguém possui o dever jurídico de agir em determinadas situações e acaba por não fazê-lo configura-se a omissão que tem o condão de ensejar a responsabilização civil.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, o conceito de conduta humana confunde-se com o conceito de ação:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário ou objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer o direito do lesado. (2010, p. 40)

A voluntariedade é, portanto, o cerne da definição da conduta humana, no sentido de que, para alguém ser responsabilizado por ato próprio, deve haver o discernimento necessário para ter a consciência daquilo que faz (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 73).

Portanto, o primeiro requisito necessário para haver a responsabilização civil é a conduta humana voluntária, sem a qual não há de se falar em responsabilidade civil.

3.1.1 Conduta humana ilícita

O artigo 927 do Código Civil diz que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Portanto, para que haja a obrigatoriedade da reparação do dano, o Código Civil de 2002, trouxe a necessidade de configuração de ato ilícito.

Não basta a simples conduta humana para que reste configurado o dever de indenizar. A conduta deve estar eivada de ilicitude, isto é, deve estar em desacordo com a lei, ou deve estar contaminado pela falta de vigilância e cautela que a lei impõe.

Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever. (2003, p. 22)

É certo que a responsabilidade civil irá ensejar em consequências danosas ao agente que praticou o ato. Portanto, é evidente que, para que haja um dever de indenizar, o ato praticado pelo agente deve ser contrário aos ditames do direito, ou ainda estar permeado de ilicitude e antijuricidade.

A qualificação do ato ilícito se dá pela existência da culpa. Todo ato praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica pode ser considerado ato ilícito (DINIZ, 2010, p. 41).

Salienta-se que não será todo e qualquer ato do agente que irá gerar o dever de indenizar, mas tão somente aquele que possuir certas características previstas no ordenamento jurídico (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 29).

Portanto, tem-se, na responsabilidade subjetiva, a ilicitude da conduta humana, caracterizada pela existência de culpa, como pressuposto básico para a incidência das regras atinentes à responsabilidade civil, somente havendo obrigação de indenizar em caso de ilicitude da conduta humana que causa dano a outrem.

3.2 Nexo causal

A responsabilidade civil somente terá lugar quando há uma relação de causalidade entre o dano e a conduta humana que o provocou. A relação entre a conduta humana e o dano causado pela mesma é condição essencial para a caracterização da responsabilidade civil e, conseqüentemente, do dever de indenizar.

Não tem o presente a intenção de esgotar o assunto acerca da responsabilidade civil, portanto será tratada apenas da teoria de nexo de causalidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a teoria da causalidade adequada.

Pela teoria da causalidade adequada, desenvolvida pelo filósofo alemão Von Kries, tem-se que causa não é toda condição que haja contribuído para a ocorrência do resultado, mas tão somente aquela que seja antecedente ao evento danoso.

Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho, para a teoria da causalidade adequada:

Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for mais adequada à produção do evento. (2011, p. 49)

Portanto, “para se considerar uma causa adequada, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado” (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 137).

Em outras palavras, caso vários eventos contribuam para a ocorrência de determinado resultado, somente poderá ser considerado como causa aquele que melhor se adequa à ocorrência do resultado.

Para a incidência da responsabilidade civil, deve haver, necessariamente, a ligação entre determinada conduta e o evento danoso gerado. Caso não haja nenhuma ligação entre o dano e a conduta humana, não há de se falar a responsabilidade, afastando-se qualquer responsabilidade de reparação de danos por parte do agente.

Ninguém é obrigado a indenizar outrem por um dano que não causou, residindo justamente neste ponto a necessidade da verificação do nexo de causalidade.

A responsabilidade civil somente deve atingir aquele que realmente deu causa a um dano por uma conduta humana culposa. Caso não haja a ligação entre a conduta humana e o dano sofrido, não há responsabilização civil e, via de consequência, também não haverá o dever legal de indenizar.

3.3 Dano

Evidente que para surgir a obrigação de indenizar, há a obrigatoriedade de haver um dano efetivamente sofrido por alguma pessoa. Como visto anteriormente, os outros dois requisitos da responsabilidade são conduta humana e nexô causal.

O fato é que não há dever de reparar dano que inexistente. Se nasce o dever de reparar um dano ou indenizar alguém por um dano causado em sua esfera íntima, a verificação da real ocorrência do evento danoso é medida que se faz extremamente necessária.

Sem a ocorrência do dano, não haveria razão para se discutir o dever de indenizar ou de reparar e, conseqüentemente, não haveria de se falar em responsabilidade civil.

Nas palavras do doutrinador argentino Santos Cifuentes:

Para el derecho privado, además de antijurídico por Haber-se contrariado una lei tomada en sentido material (cualquier norma emanada de autoridad competente), es necesario que haya un daño causado. Sin daño, en derecho privado, no hay stricto sensu acto ilícito, pues este derecho tiene por finalidad resarcir, no reprimir o punir. (1999, p. 261)

Para bem demonstrar a inafastabilidade do dano para a aplicabilidade da responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho discorre nos seguintes termos:

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

que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar. (2011, p. 72/73)

É cediço que o objetivo primordial da responsabilidade civil é, em um primeiro momento, restabelecer o *statu quo ante*, razão pela qual não há de se falar em indenização sem a ocorrência de dano efetivo.

Tendo por objeto a reparação do prejuízo suportado pela vítima e o restabelecimento da estado em que se encontrava antes da prática da conduta humana, a ocorrência do dano efetivo será condição indispensável ao dever de indenizar.

Para Maria Helena Diniz (2010, p. 64), “o dano pode ser definido como a lesão que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Portanto, havendo lesão ao patrimônio ou à honra de qualquer pessoa em virtude de conduta humana culposa alheia, estará configurada ocorrência do dano e, via de consequência, o causador da lesão estará obrigado a reparar.

3.3.1 Dano material

O dano causado a uma pessoa em virtude de ato culposos de outrem pode ter reflexos tanto materiais (patrimoniais) quanto imateriais (morais), havendo, em ambos os casos, o dever de indenizar.

Como sugere a própria nomenclatura, os danos materiais são aqueles que têm repercussão nos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 86).

Faz-se mister definir o conceito de patrimônio para, posteriormente, se trazer o conceito de dano material. Para Maria Helena Diniz (2010, p. 67), “o patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível”.

O dano material ou patrimonial é, portanto, aquele que atinge o conjunto de bens de uma pessoa, é aquele que é susceptível de avaliação pecuniária.

Novamente, faz-se menção à Maria Helena Diniz, que define com propriedade o conceito de dano patrimonial ou material, sendo sinônimos as terminologias:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. (2010, p. 67)

O dano material abrange não somente o dano emergente (o que efetivamente se perdeu), mas também o lucro cessante, assim entendido “a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, a diminuição potencial do patrimônio da vítima” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 75).

Portanto, o dano material tem ampla abrangência, sendo que o causador do dano será obrigado a reparar o dano que efetivamente gerou, seja ele um dano emergente ou lucro cessante.

Para exemplificar, imagine-se que o carro de um taxista é atingido por veículo que avança o sinal. O taxista, por certo, sofrerá danos emergentes, quais sejam, os danos de seu carro, que precisará ser consertado. Porém, o mesmo taxista também deixará de auferir lucro com sua atividade durante o período em que o veículo permanecer na oficina, configurando-se, desta forma, a ocorrência dos lucros cessantes.

Uma vez que alguém causa dano a outrem de ordem patrimonial ou material, aquele deve indenizar este de forma total e efetiva, de modo a não trazer nenhum tipo de prejuízo à vítima do evento danoso.

Evidente que em uma eventual ação de reparação de danos materiais, tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes devem ser, inequivocamente, demonstrados por quem requer a indenização. Caso não houvesse a necessidade de prova cabal dos danos emergentes e dos lucros cessantes, haveria grande possibilidade de enriquecimento ilícito daquele que pleiteia a indenização.

Repita-se que a responsabilidade tem por objeto a restituição do estado antes da ocorrência do evento danoso, não podendo servir de instrumento para enriquecimento sem causa.

3.3.2 Dano moral

O dano moral ou imaterial, segundo Maria Helena Diniz (2010, p. 90/91), “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo”.

Já os juristas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, definem dano moral da seguinte forma:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (2012, p. 101)

A diferenciação entre o dano material e o dano moral faz-se imprescindível, na medida que se tratam de danos diferentes, que serão indenizados também de forma diferente. Não se pode quantificar dano moral tomando por base o dano material que a vítima pode vir a sofrer, haja vista as causas e as consequências serem distintas.

Salienta-se que o caráter material ou imaterial do dano é oriundo, tão somente, dos efeitos da lesão jurídica causada. É bem possível que ofensa a bem jurídico patrimonial possa causar consequências de ordem moral, bem como ofensas a bem jurídicos imateriais podem causar reflexos na esfera material.

Pouco importa a natureza do dano, mas sim as consequências que a ofensa irá gerar. Sendo geradas consequências na esfera patrimonial e fixável pecuniariamente estar-se-á diante do dano material; todavia, caso as consequências advindas do dano sejam de natureza imaterial, estar-se-á diante do dano moral.

O principal debate dos dias atuais, não é mais acerca do dano moral ser ou não indenizável, mas sim sobre o que é dano moral e quando um

fato deixa de ser um mero aborrecimento do cotidiano e passa ao status de dano indenizável.

Com o advento da atual Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, foram consagrados os direitos da personalidade, de que todos os homens são titulares a partir do nascimento com vida. Tais direitos tratam de assuntos como direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, enfim, buscam dar efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

O dever de reparabilidade do dano moral surgirá apenas quando o dano efetivamente ocorrer. O direito não tutela meros aborrecimentos do cotidiano, ou simples dissabores a que todos estão sujeitos no dia a dia, mas tão somente situações que extrapolam a esfera dos meros dissabores e alcançam patamar de um dano efetivo na esfera íntima da pessoa.

A reparação por danos morais não se presta como um meio de enriquecimento sem causa para uma das partes, mas possui cunho reparador do dano causado. Interessante salientar que o dano moral tem função reparadora e não ressarcitória, visto que é impossível se buscar a reparação de um dano moral.

O valor pago a título de indenização tem por escopo a compensação pelo dano causado. Nos dizeres de Flávio Tartuce:

Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais, conforme outrora foi comentado. (2011, p.409/410)

Ainda no âmbito da reparabilidade, tem-se que a reparação dos danos morais sofridos será, em regra, pecuniária. Como citado pelo jurista Flávio Tartuce, a indenização por dano moral não tem por objetivo ressarcir o dano causado, ante a impossibilidade de fazê-lo, mas tão somente caráter reparatório, que terá por objetivo a atenuação do dano sofrido.

3.3.2.1 A prova do dano moral

O dano moral é aquele que se manifesta internamente, que ocorre no âmbito íntimo da pessoa. Por esta razão, é impossível se externar a dor, a angústia, a preocupação, o medo, a decepção, a sensação de descaso, entre outros. Desta feita, a prova da ocorrência do dano moral torna-se algo espinhoso àqueles que, de alguma forma, pleiteiam indenização por danos que lhes foram causados.

Não são raras as vezes que pessoas que sofreram lesão em sua honra não conseguem lograr êxito em demandas que buscam a reparação de danos em virtude de não conseguir constituir prova do dano moral.

Com o fito de pôr fim a este problema, surgiu a ideia de dano moral objetivo. Entende-se por dano moral objetivo aquele que é presumido, quando o próprio fato a que a pessoa é exposta já enseja a presunção de ocorrência de dano moral.

O dano moral objetivo, também chamado de dano moral *in re ipsa* é aquele presumido, sem necessidade de produzir prova, ou seja, quando a própria situação a que foi submetida a pessoa já é capaz de gerar frustrações, preocupações e tantos outros sentimentos que são passíveis de reparação.

Nos dizeres do Superior Tribunal de Justiça: "quanto ao dano moral não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação" (Cf. AGA. 356.447-RJ, DJ 11.06.2001).

A ideia dano moral *in re ipsa* veio à tona justamente com o fito de corrigir uma das grandes mazelas do judiciário brasileiro, que era a dificuldade (ou até mesmo a impossibilidade) de se provar a ocorrência do dano moral.

Como o próprio nome sugere, o dano moral é aquele interior, aquele que causa angústia, ansiedade, dor, sofrimento e, evidentemente, não há como se materializar estes sentimentos para constituir prova. São sentimentos interiores, que se manifestam na esfera íntima da pessoa, não sendo possível fazer prova dos mesmos.

O entendimento jurisprudencial tem sido no sentido de ampliar cada vez mais os casos em que não há a necessidade de se produzir a prova para ter direito ao dano moral.

Tal entendimento jurisprudencial vem trazendo maior efetividade na reparação das pessoas que sofrem o dano em sua esfera íntima. Uma vez que a necessidade de se produzir prova acerca do dano moral sofrido tem sido relativizada, as pessoas que se socorrem no Poder Judiciário para buscar a reparação de seus danos morais têm maior chance de obter a indenização como forma de reparação.

Feita esta breve análise acerca da responsabilidade civil, bem como dos requisitos necessários para a caracterização do dever de indenizar, passa-se a discutir a aplicação da responsabilidade civil na inobservância do dever de fidelidade no casamento.

4 CASAMENTO

4.1 Conceito de casamento

Antes de se tratar acerca da incidência da responsabilidade civil no casamento, faz-se necessário conceituar o instituto do matrimônio, demonstrando os deveres que surgem após a concepção do matrimônio. Para Flávio Tartuce:

O casamento pode ser conceituado como a união de pessoas de sexos distintos, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em vínculo de afeto. (2011, p. 64)

Já para Maria Helena Diniz:

O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família. (2005, p. 39)

Paulo Lôbo define casamento como:

O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. (2008, p. 76)

Nota-se que, os três conceitos supramencionados, têm em comum o fato de é a união entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família. A Constituição Federal, em seu artigo 226, afirma de forma clara que a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado.

A união entre o homem e a mulher trata-se, na realidade, de um vínculo jurídico que, conforme estabelece o artigo 1511 do Código Civil de 2002, estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.

Portanto, tem-se o casamento como negócio jurídico solene, que, assim como os demais negócios jurídicos, gera deveres e obrigações para ambos os cônjuges, sendo que a inobservância destes deveres atribuídos pela própria legislação, configura ato ilícito.

4.2 Do dever de fidelidade no casamento

Assim como em todo negócio jurídico, o casamento gera efeitos e obrigações para ambos os cônjuges. As obrigações geradas pelo casamento estão elencadas no artigo 1566 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1566. 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

Nota-se pelo artigo supramencionado que o primeiro dever que o Código Civil impõe aos cônjuges é o dever de fidelidade recíproca. Sendo a fidelidade um dever imposto pela lei, o descumprimento do dispositivo leva a um ato ilícito, que pode ensejar a responsabilidade civil.

No momento em que um casal contrai núpcias já possui pleno e total conhecimento dos deveres que está assumindo para com a outra pessoa. Um dos requisitos para se casar é justamente a capacidade civil, ou seja, a capacidade para executar todos os atos da vida civil.

Desta feita, não é razoável que alguém contraia núpcias alegando desconhecer os deveres que está assumindo para com seu cônjuge. O casamento funciona como um contrato, onde ambas as partes assumem obrigações recíprocas e devem zelar pelo disposto na legislação.

Uma vez que um homem e uma mulher decidem se casar e constituir uma família, é evidente que têm consciência das obrigações e dos deveres que estão assumindo para com o outro.

Atualmente existe mais de um tipo de adultério.

O primeiro tipo de adultério é o original, ou seja, aquele em que um dos cônjuges mantém relação sexual com pessoa estranha ao casamento. Neste caso fala-se de contato físico, da relação sexual propriamente dita, onde o cônjuge, fisicamente, mantém relação sexual com outra pessoa.

O segundo caso de adultério é o digital ou virtual. Trata-se daquele adultério em que não há o toque físico e a relação sexual, porém o cônjuge mantém contatos com pessoa estranha ao casamento. Além dos contatos pode haver troca de fotografias pela internet e até mesmo relação sexual virtual, através de web-cam. Trata-se de modalidade nova de adultério, mas que se disseminou rapidamente com a expansão da internet.

Por fim, há o terceiro caso de adultério, que é o chamado adultério da seringa. Esta modalidade de adultério ocorre quando a esposa realiza inseminação artificial heteróloga, utilizando sêmen de terceiro, sem a devida autorização do marido.

4.3 Do dano moral causado pela infidelidade

É certo que quando um casal contrai núpcias, estão realizando um grande sonho. Antes do casamento se concretizar, planos são feitos, projetos de vida em comum são traçados e expectativas são criadas.

Como visto, o dever de fidelidade não é uma faculdade dada pelo Código Civil, trata-se de obrigação que deve, obrigatoriamente, ser observada pelos cônjuges.

Quando algum dos cônjuges não observa algum dos deveres que lhe são inerentes, surge a chamada conduta humana culposa, que pode ensejar a responsabilização civil pelos danos causados a outra parte.

É inegável que alguém que tem sua legítima expectativa de vida a dois frustrada pela não observância do dever de fidelidade de seu cônjuge suporta danos morais. É certo que o casamento é algo que planejado de forma cuidadosa e minuciosa.

Quando uma pessoa inicia a vida a dois com a outra está, na realidade, transformando toda a sua realidade de vida, está saindo da vida solitária, está deixando de fazer planos sozinha para, permanentemente, conjugar sua vida com a vida de outra pessoa.

A banalização do instituto do matrimônio tem gerado inúmeros problemas, entre eles o aumento de casamentos que são desfeitos em virtude de infidelidade.

A pessoa que é tem seu sonho dizimado em virtude da inobservância do dever de fidelidade de seu cônjuge, sem sombra de dúvidas, suporta danos morais. Não há como se medir o que se passa na cabeça de uma pessoa que possuía um projeto de vida com outra pessoa e, abruptamente, é obrigada a alterar seus planos em virtude de ato ilícito de outrem.

É certo que ninguém é obrigado a amar, a lei não pode imputar a obrigatoriedade do amor, porém caso cesse o amor, a lei autoriza a possibilidade de divórcio, sendo este o meio hábil para pôr termo a um casamento.

O dano moral sofrido pela pessoa traída por seu cônjuge é o dano moral presumido, haja vista que a própria situação de ser traída, o sentimento de humilhação, a frustração das expectativas criadas superam em muito os meros dissabores do cotidiano.

Por todo o exposto, é óbvio a ocorrência do dano moral àquele que é lesado em sua honra pela inobservância do dever de fidelidade de seu cônjuge. Os tribunais brasileiros, tem reconhecido o direito das pessoas lesadas pelo adultério de seu cônjuge à indenização pelos danos morais suportados e a tendência é que as questões atinentes ao dano moral no âmbito da relação familiar seja cada dia mais ampliado.

5 CONCLUSÃO

Tem-se a responsabilidade civil como instrumento para aqueles que sofrem dano em virtude de ato ilícito de outrem buscarem a efetiva reparação de seu dano.

Para que seja possível a aplicação da responsabilidade, com a consequente condenação do responsável pelo dano a indenizar os prejuízos causados, seja de ordem material, seja de ordem imaterial, é necessária a existência de três requisitos básicos, quais sejam: [a] conduta humana; [b] nexo de causalidade entre a conduta e o dano efetivamente sofrido; e [c] dano material ou imaterial.

Assim, sempre que alguém tenha uma conduta voluntária que gere, como consequência, em prejuízos a outrem, surge o dever de indenizar.

Aplicando-se a responsabilidade ao direito de família tem-se que perfeitamente possível sua aplicação, haja vista que as relações familiares geram inúmeras obrigações que nem sempre são observadas em sua plenitude.

Tratando-se acerca do matrimônio, de forma mais específica, tem-se que a violação de dever de fidelidade gera danos no cônjuge capazes de causar sérias consequências psíquicas e, conseqüentemente, gerar dano moral indenizável.

O fato da pessoa ser enganada, humilhada, ter suas expectativas frustradas pelo ato culposo e ilícito de seu cônjuge, por si só, já é capaz de gerar dano moral indenizável em sua modalidade presumida, ou seja, independe da existência de prova.

As pessoas que tem se socorrido ao Poder Judiciário para pleitear suas indenizações por danos morais em virtude da inobservância do dever de fidelidade de seu cônjuge, tem conseguido encontrar guarida.

O judiciário tem entendido que a violação ao dever de fidelidade é causa apta a ensejar condenação por danos morais, haja vista configurar ato ilícito capaz de ensejar a condenação por danos morais.

A discussão ainda é tímida, porém as pessoas que realmente sofrem danos em virtude de planos frustrados por cônjuges infiéis não estão mais relegadas ao desamparo, estão encontrando acolhimento no Poder Judiciário.

Quem sabe o rigor do Judiciário ajude as pessoas a retomarem a consciência da importância do casamento e de famílias bem estruturadas para o Brasil como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil** (2002). Brasília, DF; Senado, 2002.

CIFUENTES, Santos. **Elementos de Derecho Civil** – Parte General. 4 ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**,: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 6 ed. São Paulo: Método, 2011. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.5.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de família**. 7 ed. São Paulo: Método, 2012. v. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.