

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA- UNIFOR- MG
CURSO DE DIREITO
LUCIANA MOLINARI ELIAS BREDA DE MELO

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA INFIDELIDADE CONJUGAL

FORMIGA-MG
2013

LUCIANA MOLINARI ELIAS BREDA DE MELO

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA INFIDELIDADE CONJUGAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário de Formiga – UNIFOR/MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Altair Resende de Alvarenga

FORMIGA-MG
2013

M528 Melo, Luciana Molinari Elias Breda de.
Indenização por danos morais pela infidelidade conjugal / Luciana
Molinari Elias Breda de Melo. – 2013.
57 f.

Orientadora: Altair Resende de Alvarenga.
Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Centro
Universitário de Formiga–UNIFOR, Formiga, 2013.

1. Deveres do casamento. 2. Descumprimento. 3. Indenização.
I. Título.

CDD 346.015

Luciana Molinari Elias Breda de Melo

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA INFIDELIDADE CONJUGAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Curso de Direito como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Prof^a. Adriana Costa Prado de Oliveira
UNIFOR-MG

Prof. Eniopaulo Batista Pieroni
UNIFOR-MG

Formiga, 11 de junho de 2013.

“Dele é a sabedoria e a força; Ele muda os tempos e as horas; Ele remove os reis e estabelece reis; Ele dá sabedoria aos sábios e ciência aos inteligentes. Ele revela o profundo e o escondido e conhece o que estás em trevas; e com Ele mora a luz”. (Daniel 2. 20-22)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Deus, por todas as conquistas e vitórias, pois Ele até aqui tem me sustentado. Sei que sem Ele não teria alcançado meu objetivo, toda honra e toda glória é dada a Ele.

Aos meus pais, Amim e Hilmara, “amor inexplicável, incondicional”, que sempre acreditaram e confiaram em mim, que sofreram quando sofri, que sempre estiveram presente quando pensava que estava sozinha, me apoiaram em tempo integral, vocês são o meu porto seguro.

Meus irmãos, Rodrigo, Gustavo e Marcelo, que sempre acreditaram na minha capacidade, me dando força e incentivo.

À minha vizinha, que hoje se estivesse lúcida, com certeza estaria muito orgulhosa, pois sempre acreditou na minha competência e perseverança. Te amo vovó.

Ao Marcelo, meu marido, que foi quem me fez dar o primeiro passo rumo a esta realização, que da sua maneira sempre me apoiou, acreditando nesta conquista e na minha realização profissional. Aguentou com paciência minha ausência e também os dias em que eu estava presente, porém me dedicando exclusivamente aos estudos. Obrigada pelo companheirismo e pela paciência.

Aos meus filhos, Maurício e Marcelo Amim, que por um bom tempo ficaram privados da minha companhia, mas que me apoiaram o tempo todo. Muitas vezes pensei em desistir, não sabia se estava certa em deixá-los para correr atrás de um sonho, mas inexplicavelmente, eles sempre me fizeram acreditar que eu estava no caminho certo. Eterna gratidão.

Aos colegas, de sala, principalmente as “meninas” do grupo de trabalho, Kélia, Mariana, Dani, Letícia, Paula, também a Nirley pela dedicação à turma, com suas aulas gravadas e digitadas. Obrigada a todos pelos momentos que tivemos, pelas lutas, irritações, enfim, por todas as conquistas.

A todos os professores que fizeram parte da minha vida acadêmica, em especial os meus “eternos” professores, Dr. Altair e Eniopaulo, os quais tenho enorme admiração, pois são pessoa inigualáveis, felizmente tive a honra e o privilégio de trabalhar e conviver por um tempo com eles, o que só aumentou minha admiração.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é a análise da aplicabilidade da responsabilidade civil, no âmbito do direito de família, quando houver o descumprimento de um dos deveres do casamento, a fidelidade conjugal. Por meio da doutrina e da jurisprudência, constata-se o cabimento da reparação civil ao cônjuge traído, quando existir o descumprimento do dever de fidelidade no casamento, quando esta infidelidade expõe o outro companheiro, tornando-se pública, e quando emerge uma afetação direta à imagem do cônjuge traído. Porém, verifica-se que há entendimentos contrários, os quais não admitem a referida indenização escorando no entendimento de que não há previsão legal, uma vez que não se pode monetarizar as relações de afeto. Contudo, imperioso fazer uma análise nos institutos do casamento bem como da responsabilidade civil, e melhor entendimento do tema objeto deste trabalho.

Palavras-chave: Deveres do casamento. Descumprimento. Indenização. Possibilidade.

ABSTRACT

The objective of this study is to examine the applicability of the liability under the family law, where there is a breach of one of the duties of marriage, marital fidelity. Through the doctrine and jurisprudence, there is the appropriateness of civil damages to the betrayed spouse, where there is a breach of the duty of fidelity in marriage, infidelity when it exposes the other fellow, becoming public, and emerges as a direct violation the image of the betrayed spouse. However, it appears that no understandings contrary, which admits no such compensation anchoring the understanding that there is no legal provision, since you can not monetize the relationships of affection. However, imperative to analyze the institutes of marriage and civil liability, and better understanding of the subject object of this work.

Keywords: Duties of marriage. Noncompliance. Indemnity. Possibility.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DO ADULTÉRIO.....	10
3	O CASAMENTO.....	13
3.1	Conceito.....	13
3.2	Natureza Jurídica.....	14
3.3	Finalidade do Casamento.....	15
3.4	Requisitos do Casamento.....	17
3.5	Deveres do Casamento.....	20
3.5.1	<i>Fidelidade Recíproca</i>	21
3.5.2	<i>Vida em comum, no domicílio conjugal</i>	22
3.5.3	<i>Mútua Assistência</i>	24
3.5.4	<i>Respeito e consideração mútuos</i>	25
3.5.5	<i>Sustento, guarda e educação dos filhos</i>	26
4	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
4.1	Conceito.....	28
4.2	Pressupostos da Responsabilidade.....	29
4.2.1	<i>Conduta humana ou ato ilícito</i>	30
4.2.2	O Dano.....	31
4.2.2.1	<u><i>Dano Patrimonial</i></u>	32
4.2.2.2	<u><i>Dano Moral</i></u>	34
4.2.3	<i>Nexo Causal</i>	35
5	RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL DECORRENTE DE INFIDELIDADE NO CASAMENTO.....	38
5.1	Possibilidade de configuração do dano moral no casamento.....	38
5.2	Efeitos do dano e da compensação do dano moral.....	49
6	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O trabalho pretende abordar a reparação civil por descumprimento do dever de fidelidade no casamento, destinando-se a esclarecer a possibilidade da pretensão de indenização moral pelo cônjuge traído perante o causador do dano.

A lei institui um conjunto de direitos e obrigações recíprocas entre os cônjuges, que surgem com a celebração do casamento e se perpetuam com o passar dos anos de convivência. O artigo 1.566 do Código Civil ensina a respeito dos deveres do casamento, destacando-se nesse caso o dever de fidelidade recíproca.

O desmazelo em relação ao casamento não é somente o caso em questão, mas sim a situação de que, quem comete o ato ilícito, e expõe o seu companheiro a uma condição constrangedora e humilhante, violando a honra do parceiro inocente. Este recebe amparo através do artigo 5º, inciso V e X da Constituição da República de 1988, a qual assegura que é inviolável a honra da pessoa, surgindo assim o direito de indenização.

Corroborando com a Carta Magna, tem-se os arts. 186 e 927 do Código Civil, que assegura a reparação de todo dano causado em ato ilícito. Porém, há posicionamentos que vão pela contra-mão, ao argumento de que a família é o centro de afeto e carinho, não podendo dar espaço à reparação, monetarização desse afeto.

O presente tema se torna relevante à medida que trata de questões comumente vivenciadas na sociedade. É de se ressaltar sua importância, mormente no cerne daquela traição que expõe de forma vexatória o companheiro perante a sociedade, ferindo assim sua honra e imagem, prescindindo de sanção àqueles que a praticam sem respeitar a dor e o sentimento alheios.

Então, por esse direito de reparação, que muitas vezes não é atendido, surgiu o interesse de ser pesquisado este tema, para que se pudesse demonstrar mais especificamente o cabimento ou não dessa indenização para compensar o dano moral sofrido pelo cônjuge.

Desta forma, o trabalho no terceiro capítulo, fará uma análise no instituto que formaliza o ato da união de duas pessoas, ou seja, o casamento. Será abordado sua natureza jurídica, a qual será definida pela concepção contratualista, que tem origem no direito canônico, e também pela concepção institucionalista, que define o

casamento como sendo uma situação jurídica que surge a partir da vontade dos contraentes, porém com normas preestabelecidas em lei.

Será demonstrado as finalidades do matrimônio, as quais não são determinadas em lei, sendo estas de foro íntimo, de ordem pessoal e subjetiva, que assim pode-se citar algumas finalidades tais como, formação de uma família, a procriação dos filhos, a mútua assistência, dentre outras. Também será explicitado os requisitos para que o casamento tenha validade, que são as três fases: habilitação, publicidade e celebração, devendo as três fases serem observadas e cumpridas pelos nubentes.

Demonstrar-se-á também cada um dos deveres estabelecidos na legislação aos cônjuges, deveres estes contidos no art. 1.566 do Código Civil, os quais serão abordados de forma individual, que são: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

Em seguida, no quarto capítulo, será realizado um estudo no instituto da responsabilidade civil, trazendo seu conceito, bem como os pressupostos necessários para a formação do fato danoso, que é configurado a partir de três requisitos que será analisado de forma individualizada, que é: a) a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, sendo apresentada como um ato ilícito ou lícito; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial, causado por um ato ilícito ou lícito; c) entre o dano e a ação tem que haver um nexo de causalidade, pois sem ele não poderá existir a responsabilidade civil.

Por fim, no quinto capítulo, versar-se-á sobre a responsabilidade indenizatória por dano moral em face do descumprimento do dever de fidelidade recíproca estabelecido aos cônjuges, ou seja, a infidelidade, sobrelevando que para que seja caracterizado o dano moral, esta infidelidade venha causar ao cônjuge traído abalos psíquicos, comprometendo a sua reputação, imagem e dignidade. Será também analisado quanto à reparabilidade, efeitos e compensação do dano moral, que a doutrina prefere considerar a reparação do dano moral como uma compensação e não um ressarcimento. Será demonstrado ao longo da pesquisa os entendimentos jurisprudenciais, tanto a favor como também contra o instituto da responsabilidade por dano moral por descumprimento do dever de fidelidade.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DO ADULTÉRIO

O casamento constitui figura inerente à família. Conforme menciona DIAS (2007, p. 38) “é mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja, pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio”.

O instituto do casamento no Brasil colonial caracterizou-se pelas influências lusitanas, visto que foram os portugueses os colonizadores do país, trazendo assim suas tradições culturais e legais para o âmbito do casamento.

O casamento no Brasil imperial, continuou influenciado de forma contumaz pela Igreja Católica, sobre o tema aponta CAHALI:

Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob influência direta e incisiva da Igreja, em matéria de casamento. Assim, o Decreto de 03. 11. 1827 estatuiu a obrigatoriedade das disposições do Conselho de Trento e da Constituição do Arcebispo da Bahia, reconhecida e firmada desse modo a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais. O casamento, na sua origem, formação e constituição, sobrepairava às normas estatais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este o recebia perfeito e acabado das mãos da Igreja e apenas lhe marcava os efeitos jurídicos na sociedade temporal. No Brasil Império, o passo mais avançado no sentido da desvinculação deu-se com o Decreto 1.444, de 11. 09. 1861 (com seu Regulamento 3.069, de 17. 04. 1863), que regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições da respectiva religião. (2005, p. 38).

Durante todo o período imperial, tentou-se secularizar o casamento, isto é, tirá-lo da seara da igreja e transportá-lo ao âmbito civil, mas somente com o advento da República o referido instituto perdeu o caráter confessional e deixou de ser regulado pelas normas do Direito Canônico.

O Brasil Republicano, iniciado com a Proclamação da República em 1889, atribuiu nova face ao instituto do casamento. Esta proclamação ensejou a separação entre a Igreja e o Estado, o que necessitou modificar as questões acerca do casamento, uma vez que as mesmas fundamentavam-se em uma legislação emprestada de Portugal, sendo que, em 24 de janeiro de 1890, foi promulgado o Decreto nº 181, o qual instituiu o casamento civil no Direito Brasileiro.

Até 1889, existia uma única forma de casamento, que era o religioso, tanto para os católicos e para não católicos. O casamento civil que surgiu em 1890, passou a ser identificado como casamento indissolúvel. Estabelecendo assim, o

casamento como conceito de família, tanto que foi consagrado em todas as Constituições da República do Brasil.

Com a edição do Código Civil de 1916, o casamento era a sacralização da família, a qual só poderia ser constituída através do casamento. Tendo assim, a família um viés patriarcal. A família somente era reconhecida se fosse unida pelos sagrados laços do matrimônio, não sendo aceitável outro tipo de convívio. O casamento era indissolúvel.

Havia uma resistência por parte do Estado em admitir outros relacionamentos, tanto que a única possibilidade de se romper o casamento era através do desquite, que por sua vez, não dissolvia o vínculo matrimonial, impedindo assim um novo casamento.

O desquite transformou-se em separação, isso com o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, Lei do Divórcio, que passou a estabelecer duas formas de romper o casamento: separação e o divórcio. Porém a visão matrimonializada da família permaneceu. Na tentativa de manter a família, era exigido longos prazos, ou mesmo a identificação de um culpado pela separação, podendo assim, o inocente propor a ação para dar fim ao casamento.

Uma nova realidade se impôs, tornando saliente o novo perfil da sociedade, alargando assim o conceito de família para além do casamento, passando a considerar como entidade familiar outros relacionamentos. Assim, na atualidade, soa bastante conservadora a legislação que, em sede de direito de família, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente, o casamento, como sendo o destino de todos os cidadãos.

Porém, continua-se visualizando o casamento como principal entidade familiar, tanto que o livro do Código Civil que trata do direito das famílias, claro, começa pelo casamento, evidenciando a enorme preocupação do legislador com a família matrimonializada, dedicando-lhe nada menos que 110 artigos.

Quanto ao adultério, que vem da expressão latina "*ad alterum torum*" que quer dizer "na cama do outro", sendo definido no dicionário, como: "infidelidade conjugal; amantismo, prevaricação", no Brasil Colonial, século XVII, esta forma de relação se apresentava de maneira mais acentuada e com mais liberdade, embora amplamente combatida pelo Estado e principalmente pela Igreja, havendo uma supremacia da força da cultura e do costume local, sobre a pressão do clero. O

Estado não combatia por que era ausente e omissivo. A Igreja em contrapartida, combatia, mas não podia confrontar diretamente com a desordem social reinante.

Segundo Andréa Borelli, *apud* OLIVEIRA FILHO (2011), o adultério já no século XIX, era visto como uma destruição do amor no universo estável conjugal. Quanto ao cometimento do adultério masculino (não existia naquela época a expressão adultério), este não havia nenhum tipo de consequência, só era considerado crime se o marido mantivesse ou sustentasse a amásia.

O adultério foi inserido em nosso Código Penal de 16 de dezembro de 1830, no capítulo “Dos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico”, era debatido nas esferas penal e cível. Somente a mulher cometia adultério, visto que em relação ao homem, este perante a legislação da época, não cometia adultério, cometia algo inominável, somente se sustentasse a concubina, teria assim a mesma pena do adultério.

A pena contra o adultério era ineficaz, não conseguindo evitar o delito. A descriminalização do adultério causou grande celeuma entre os juristas daquela época, prevalecendo o entendimento de que o adultério continuava a ser crime. Tanto que com o advento do Código Penal de 1940, sob o argumento de que não havia razão convincente para que se deixasse tal fato à margem da lei penal, trouxe em seu artigo 240 a tipificação deste crime, porém com uma inovação: seria configurado o adultério em relação ao marido, pela simples infidelidade conjugal, não mais somente se aquele tivesse e mantivesse a concubina.

Por fim, em 28 de março de 2005, data em que foi editada a Lei 11.106, a qual descriminalizou o adultério, revogando expressamente o artigo 240 do Código Penal pátrio em vigor.¹

Percebe-se que nos tempos atuais, a sociedade evoluiu, abarcando mais igualdade e oportunidade, principalmente no que diz respeito à família. Vive-se uma era dos direitos iguais entre homens e mulheres, bem como respeito mútuo entre a humanidade. Não havendo mais espaço para que se fale em marido supremo em detrimento da mulher submissa.

¹ Art. 5º da Lei 11.106/05: “Ficam revogados os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”

3 O CASAMENTO

3.1 Conceito

Vários são os conceitos encontrados para o casamento, sendo certo que em todo o direito privado, é um instituto dos mais discutidos.

A união entre duas pessoas que optam em dividir sua vida em todos os sentidos, com desejo de formar uma família, pode se formalizar através do casamento. Barros (2007, p. 22) o conceitua: “é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Rodrigues (2004, p. 18) define como “casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Destaca-se mais um conceito:

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país. O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família. (DINIZ, 2010, p. 37).

Também merece reportar o conceito dado por Beviláquia citado por Diniz:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer. (BEVILÁQUIA *apud* DINIZ, 2010, p. 38).

O art. 1.511 do Código Civil determina que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Para Rolf Madaleno citado por Pereira:

A comunhão plena de vida torna-se condição de validade de todo o casamento, atributo indispensável de sua existência e subsistência porque seria inconcebível perpetuar no tempo qualquer relação conjugal que dela se ressentisse. (...) não faz qualquer sentido manter unido um casal que confesse não estar feliz, porque não mais encontra, ou talvez porque nunca tenha encontrado em seu relacionamento este atributo indissolúvel da absoluta e imprescindível integral comunhão de vida. (MADALENO *apud* PEREIRA, 2010, p. 65).

No casamento identifica-se uma relação de afeto, de comunhão de interesses e, principalmente, fidelidade, respeito, solidariedade e compromisso. Sendo certo que estes elementos devem estar presentes nas diversas formas de convivência familiar.

No entanto, deve ponderar-se que a reprodução atualmente, não pode ser entendida como a finalidade do casamento, em razão de que, muito dos casais atuais optam em não ter filhos, mantendo-se somente a mútua ajuda, o companheirismo.

O casamento também pode ser entendido como sendo um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos nubentes, os quais estabelecem uma sociedade conjugal que além de determinar o estado civil, dá origem às relações de família reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública, que são normas de caráter imperativo, as quais regulam quanto à celebração do casamento, bem como o regime de bens e os deveres estabelecidos aos cônjuges, também quanto à dissolução do casamento, não havendo lugar para liberalidade de disposição dos consortes nestes pontos.

Por tudo o que foi explanado, a conceituação do casamento não pode ser permanente, visto que a sociedade encontra-se em constante mudança, fazendo com que a legislação seja adequada aos fenômenos sociais que se alteram com o tempo.

3.2 Natureza jurídica

A questão da natureza jurídica do casamento é motivo de discussão na doutrina brasileira, visto que não se consegue encontrar um único entendimento.

A concepção *contratualista*, originária do direito canônico, que ao longo do tempo veio influenciando a Escola Exegética do século XIX e sobrevivendo até os dias de hoje na doutrina civilista, acolhida pelo direito natural, a qual foi esposada no

Código de Napoleão, tem que o casamento é um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os demais contratos, sendo o consentimento dos contraentes o elemento essencial e irredutível de sua existência. Com a evolução dessa teoria, em razão das características marcantes do casamento, este passou a ser visto como um contrato especial de direito de família.

Por outro lado, tem-se a concepção *institucionalista*, a qual define que o casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge a partir da vontade dos contraentes, porém com normas, efeitos e forma preestabelecidos em lei.

Assim, as pessoas são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não. Uma vez que se decidem, não lhes é permitido o modo pelo qual se dará a resolubilidade do vínculo conjugal. Para Monteiro (2007, p. 23) “A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei”.

Desta controvérsia, surge uma terceira concepção, *eclética ou mista*, que junta as duas concepções *contratualista e institucional*, para formar um contrato especial de direito de família.

Pode-se concluir, a partir de então, que o casamento é um contrato que tem como elemento principal para sua constituição a vontade das partes, mas porém, é formalizado com a homologação do Estado.

Nessa mesma linha, Pontes de Miranda assevera:

Por outro lado, por meio de contrato faz-se o casamento, mas contrato de direito de família; no caso de celebração confessional, conforme a concepção do seu direito matrimonial. Mas o registro civil é que em verdade lhe dá existência jurídica e os efeitos civis; e tais efeitos não são, de regra, contratuais – resultam do instituto mesmo. (MIRANDA, 2000, p. 53).

Para Diniz (2010, p. 43) “o casamento é um estado matrimonial, cujas relações são reguladas por norma jurídica”.

3.3 Finalidade do casamento

Segundo Monteiro (2007), a finalidade do casamento não está determinada na lei, porque esta é de foro íntimo, de ordem pessoal e subjetiva. Sendo relevante

que a disciplina dos efeitos jurídicos do casamento deve estar em sintonia com os objetivos que motivam os contraentes à celebração desse ato e as que orientam na vida em comum.

Contudo, a lei civil, ao constituir os efeitos jurídicos do casamento, deve levar em consideração o que os cônjuges pretendem alcançar nesta união.

São múltiplas as finalidades do casamento. A concepção canônica divide em dois grupos: procriação e educação da prole; mútua assistência e satisfação sexual. Numa concepção puramente civilista, as mesmas ideias subsistem.

Atualmente, pode-se citar algumas finalidades do casamento, tais como: formação de uma família, que conforme declara a Constituição da República/88 em seu art. 226, que a família é a base da sociedade,² a qual será constituída pela relação dos pais e dos filhos derivado do casamento.

Também, tido como uma das finalidades do casamento, é a procriação de filhos, perpetuando a espécie, porém, deve-se levar em conta que a procriação não é mais a finalidade essencial, visto que não são raros os casais sem filhos, não afetando o caráter do casamento. Sobre o assunto dispõe Monteiro:

Em nossos dias, a procriação, embora possa ser finalidade do casamento para alguns casais, não alcança todas as uniões. Se fosse considerada como fim primordial em todos os casamentos, ficaria sem explicação plausível o casamento *in extremis vitae momentis* e o de pessoas em idade avançada, já privadas da função reprodutora. Além disso, aceito que a reprodução constitua fim precípua do casamento, ter-se-á logicamente de concluir pela anulação de todos os casamentos em que não advenha prole, conclusão absurda e sem qualquer apoio no ordenamento jurídico. (MONTEIRO, 2007, p. 26).

Mais uma finalidade é a mútua assistência, tendo como efeito jurídico do casamento e previsto no Código Civil, no art. 1.566, inciso III,³ sendo o principal instrumento para que os cônjuges atinjam o bem comum. Tem-se por mútua assistência duplo contexto: material e imaterial. Segundo Monteiro (2007), no aspecto material, tem significado de auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges. Já no aspecto imaterial, consubstancia-se na proteção aos direitos

² Art. 226 da Constituição da República/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

³ Art. 1.566, inciso III Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca; II- vida em comum, no domicílio conjugal; III- mútua assistência.”

da personalidade do consorte, dentre alguns como a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade.

Outra finalidade do casamento é a educação dos filhos, por consequência do convívio entre o casal, a finalidade sexual e da mútua assistência resulta na procriação dos filhos, gerando assim o dever de criar e educá-los, tal finalidade encontra-se disposta no art. 1.634 do Código Civil⁴.

Assim, as pessoas buscam no casamento a própria perfeição e a do cônjuge, na busca da mútua realização, para que se alcance a felicidade, o que dependerá de uma conduta de mútuo auxílio e consideração, o que é imposto, juridicamente, pelos deveres recíprocos de assistência e respeito entre os cônjuges.

3.4 Requisitos do casamento

Para a realização do casamento e para que ele seja válido, é precedido de algumas formalidades para sua constituição, uma vez que o casamento é um ato solene, motivo pelo qual deve ser tomadas algumas precauções.

Os nubentes têm de demonstrar sua aptidão para o matrimônio em um processo especial – “processo de habilitação”, sendo que as formalidades devem ser respeitadas para que não venha ocorrer no casamento causas de nulidades ou anulabilidades.

O casamento apresenta três fases: habilitação, publicidade e celebração.

A habilitação é a chamada fase preparatória do casamento, na qual os nubentes deverão demonstrar que estão legalmente habilitados para o casamento, por meio de um processo que corre perante o Oficial de Registro Civil do domicílio dos noivos, devendo apresentar os seguintes documentos: a) certidão de nascimento ou equivalente; b) se forem menores, a autorização por escrito dos pais ou responsáveis ou o suprimento judicial; c) a declaração de duas testemunhas que

⁴ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I- dirigir-lhes a criação e educação;

II- tê-los em sua companhia e guarda;

III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V- representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

conheçam o casal afirmando que não existe nenhum impedimento; d) declaração do estado civil, domicílio e residência dos nubentes e dos pais; e) certidão de óbito do cônjuge falecido, sentença declaratória de nulidade ou anulação de casamento, transitada em julgado, ou de registro da sentença de divórcio, assim como dispõe o art. 1.525 do Código Civil.

Assim, nas palavras do autor Washington de Barros Monteiro,

Destina-se o primeiro a evidenciar que os contraentes atingiram a idade nupcial, ou que não devem sofrer as restrições legais impostas aos contraentes maiores de sessenta anos (art. 1.641, n.II, do Cód. Civil de 2002). Visa o segundo preencher a exigência legal da autorização dos pais para casamentos de menores entre dezesseis e dezoito anos de idade, e da autorização judicial para aqueles com menos de dezesseis anos de idade (arts. 1.517 e 1.520 do Cód. Civil de 2002). Tem em vista o quarto identificar devidamente os nubentes, aperfeiçoando e completando a identificação exigida pelo terceiro documento, a declaração firmada pelas duas testemunhas. O quinto documento é obrigatório, se houve casamento anterior, para comprovar a extinção do vínculo, *inter vivos* ou *mortis causa*, ou sua anulação ou nulidade. (MONTEIRO, 2007, p. 59).

Após a entrega dos documentos exigidos, seja pelos nubentes ou pelos seus procuradores, o oficial os confere e, se não for encontrado nenhuma irregularidade ou impedimento, são iniciados os proclamas, ou seja, será publicado o edital, que será afixado durante quinze dias nas circunscrições do registro civil de ambos os nubentes, e obrigatoriamente será publicado na imprensa local, se houver, conforme aduz o art. 1.527 do Código Civil⁵, dando assim publicidade ao ato.

Não havendo nenhuma reclamação neste prazo, o oficial do cartório declarará de ofício, com a homologação do juiz e cumprimento das formalidades dos arts. 1.526⁶ e 1.527 ambos do Código Civil, o fornecimento de uma certidão para os nubentes na qual irá declarar ter sido regular a habilitação para o casamento.

Tal certidão expedida pelo oficial do cartório, terá validade de noventa dias para os nubentes se casarem. Caso os nubentes não celebrem o casamento neste prazo, terão que renovar o processo de habilitação.

A terceira fase, que é a celebração do casamento, acontece após preenchidos todos os requisitos do processo de habilitação, e estando de posse da

⁵ Art. 1.527 Código Civil: “Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.”

⁶ Art. 1.526 Código Civil: “A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do registro Civil, com a audiência do Ministério Público”.

certidão expedida pelo oficial do cartório, os noivos devem requerer ao oficial do registro a celebração do casamento, assim como preconiza o art. 1.533 do Código Civil⁷.

O casamento pode realizar-se em qualquer dia da semana, contudo o Código Civil estabelece que a celebração deve ocorrer na sede do cartório, no dia e hora designados pelo celebrante. No entanto, o mesmo diploma legal, concede a possibilidade de ser a celebração realizada em edifício público ou particular, conforme art. 1.534 do Código Civil⁸.

À solenidade devem estar presentes os noivos (ou seus procuradores com poderes especiais), as testemunhas (duas, se acontecer na sede do cartório ou quatro, se em outro lugar, ou se os noivos não sabem ou não podem escrever), o oficial do registro e o celebrante, sendo este o juiz de paz ou de casamento.

A cerimônia deve ocorrer em prédio com portas abertas, sendo marcada por algumas falas sacramentais, uma vez que a manifestação verbal do consentimento tem que ser claro e espontâneo, não admitindo mero silêncio. Após cada nubente afirmar sua intenção de casar, o celebrante os declara casados, fazendo a confirmação do ato.

Para completar o ciclo formal do casamento, o qual se inicia com a habilitação e prossegue com a cerimônia solene, deverá ser lavrado no livro de registro, para que perpetue o ato e servir de prova, o assento matrimonial, assinado pelo presidente do ato, cônjuges, testemunhas e oficial, contendo os elementos dispostos no art. 1.536, I a VII do Código Civil⁹.

⁷ Art. 1.533 Código Civil: “Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531”.

⁸ Art. 1.534 Código Civil: “A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular.

§ 1º Quando o casamento for em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato.

§ 2º Serão quatro as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever.”

⁹ Art. 1.536 Código Civil: “Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados:

I- os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;

II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;

III- o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;

IV- a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;

V- a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;

VI- o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;

O Código Civil contempla duas hipóteses de supressão de formalidades no casamento, quando ocorre doença grave de um dos nubentes e quando estiver sob iminente risco de vida, nessas hipóteses, o legislador procurou facilitar o casamento.

O art. 1.539 do Código Civil¹⁰ contempla a hipótese de moléstia grave. Neste caso, o oficial do ato irá celebrá-lo na casa do nubente impedido, podendo ser realizado à noite inclusive, na presença de duas testemunhas que saibam ler e escrever.

A outra hipótese de supressão de formalidades, ocorre quando algum do nubentes estiverem em iminente risco de vida, conforme preceitua o art. 1.540 do Código Civil¹¹, é o chamado casamento nuncupativo ou *in extremis*. Essa modalidade de casamento aplica-se o mesmo comentário da hipótese anterior, porém, exige seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral até o segundo grau. Para qualquer das duas hipóteses – moléstia grave e risco de vida - é evidente que os nubentes estejam na plenitude de discernimento.

3.5 Deveres do casamento

A Lei estabelece normas de condutas, com o casamento, as quais surgem aos cônjuges como direitos e deveres que ambos devem cumprir, tendo em vista preservar a dignidade dos consortes e assegurar a manutenção do núcleo familiar.

O Código Civil dispõe em seu art. 1.511¹², que sobre a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, e no art. 1.565¹³, caput do mesmo diploma legal, que em detrimento do casamento, tanto o homem quanto a mulher, são responsáveis pelos encargos da família.

VII- o regime do casamento, com a declaração da data do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido”

¹⁰ Art. 1.539 Código Civil: “No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever”.

¹¹ Art. 1.540 Código Civil: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau”.

¹² Art. 1.511 Código Civil: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

¹³ Art. 1.565 Código Civil: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Tais comandos legais refletem especialmente, na eliminação da primitiva superioridade atribuída ao marido na sociedade conjugal, colocando a mulher em igualdade, no que se refere aos deveres estabelecidos.

Segundo Monteiro (2007), do casamento resultam importantes efeitos, sendo de ordem pessoal e patrimonial, quer em relação aos cônjuges, quer em relação aos filhos, quer em relação a terceiros. Dentre os efeitos pessoais salientam-se os recíprocos direitos e deveres dos cônjuges, não podendo a lei cogitar de todos os deveres inerentes a ambos os consortes, limitando-se a prever os mais importantes.

No art. 1.566¹⁴ do Código Civil estão enumerados os deveres de ambos os cônjuges: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

3.5.1 Fidelidade recíproca

Venosa (2003, p. 150) define fidelidade recíproca como sendo “o corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade”. O autor Wald (2005, p. 119) entende por este dever o “sentido físico e moral, ou seja, como manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge e dever de lealdade de cada membro do casal em relação ao outro”.

Diniz (2010, p. 131) acrescenta que este dever é um dos alicerces da vida conjugal, “o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal em família”.

Para Monteiro (2007) a fidelidade recíproca é o mais importante dos deveres dos cônjuges. A fidelidade representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão somente em dever moral, sendo que a infração deste dever constitui adultério.

¹⁴Art. 1566 Código Civil: “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”.

Neste contexto pode-se dizer que a fidelidade conjugal é a obrigação de manter relações sexuais somente com seu cônjuge, pois quando violado resultará em adultério.

O adultério, dentro do conceito moral vigente, constitui séria injúria ao consorte. Como a sociedade tradicionalmente assentava seus alicerces na família legítima, que deriva do casamento, o adultério representa séria ameaça à vida conjugal, pois não raro ao cônjuge ofendido repugnará o convívio do adultério. Por essa razão, decerto, manifesta o legislador tamanha repulsa à infidelidade conjugal. (RODRIGUES, 2006, p. 126).

O dever de fidelidade, além de estar estampado no Código Civil, esteve por muito tempo também disposto no Código Penal, uma vez que constituía infração, caracterizando-se em adultério, previsto no art. 240. Porém, este dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005¹⁵.

Contudo, nos dias atuais, há discussão acerca da punição ou responsabilização do cônjuge que descumpri com este dever de fidelidade, quando causar no cônjuge traído transtornos decorrentes do ato de traição, principalmente quando esta o expõe ao ridículo ou ao vexame.

Esse dever de fidelidade, segundo Washington de Barros Monteiro (2007), perdura enquanto subsistir a sociedade conjugal, ainda que os cônjuges estejam separados de fato, termina apenas com a morte, nulidade, anulação do matrimônio, divórcio, hipóteses em que o consorte readquire, juridicamente, plena liberdade sexual. O que não mais subsiste, uma vez que hoje se encontra assentado que a separação de fato afasta o dever de fidelidade.

3.5.2 Vida em comum, no domicílio conjugal

O casamento instaura entre os cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal, uma vez que o matrimônio requer coabitação, sendo esta, uma comunidade de existência.

Para Rodrigues (2006, p. 126) “A vida em comum ou coabitação é a residência no mesmo local, escolhido de comum acordo e no interesse do casal. Este, entre outros fins, inclui a satisfação dos sexos e a assistência mútua”.

¹⁵ Art. 5º da Lei 11.106/05: “Ficam revogados os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”

Sendo recíproco o dever de coabitação, ambos são devedores dessa prestação, podendo um exigir do outro seu cumprimento. Cada consorte é devedor da coabitação e credor da do outro. Daí sentir-se, mais, nesse direito-dever o caráter ético, extrapatrimonial e absoluto, sendo assim, intransponível, irrenunciável, imprescritível. É, como diz Laurent, 'um dever de ordem pública, pois não há casamento se não mais existir vida em comum'. Impossível é a renúncia ao direito de exigi-lo ou convenção que o pretenda abolido. (DINIZ, 2010, p. 134).

Entende-se que é impossível que haja renúncia a esse dever, uma vez que o mesmo é imprescindível para a formação do matrimônio, pois seria difícil manter um casamento no qual os membros desta união vivessem cada um em casa diferente.

O Código Civil preceitua em seu art. 1.565¹⁶, que vida em comum significa também, concorrer para o sustento da família, sendo os encargos da entidade familiar constituída pelo casamento, de responsabilidade conjunta do marido e da mulher.

Cumprido ressaltar que ainda existem autores que sustentam que o legislador ao usar a expressão coabitação, quis aludir precipuamente às relações sexuais entre os cônjuges. É o entendimento de Santos, *apud* Monteiro (2007), de que o dever de convivência não é a simples morada debaixo do mesmo teto, sendo ainda necessária alguma coisa a mais: a satisfação do *debitum conjugale*. Entendimento este fiel à uma época já vencida da nossa história social, não se perpetuando até os dias atuais.

Tal entendimento, tornou-se numa visão já superada e até mesmo ultrapassada, haja vista o direito de família moderno ostentar hoje princípios como o da dignidade da pessoa humana, que é obstáculo certo a qualquer espécie de argumento legitimador do débito conjugal.

Segundo Monteiro (2007), débito é aquilo que se deve, é uma dívida, ou seja, é o contrário de crédito. Assim, pode-se dizer que débito conjugal é uma expressão inadequada e ultrapassada, uma vez que não há dívida sexual entre os cônjuges. Se assim fosse, haveria o *jus in corpore*, e um consorte poderia impor ao outro o relacionamento sexual que desejasse, violando assim o dever de respeito à integridade física e psíquica, à autoestima, que é a honra subjetiva e a liberdade do outro consorte.

¹⁶ Art. 1.565 Código Civil: "Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família".

Há de se observar que não é tal dever da essência do casamento, visto que o dever de vida em comum dos consortes no mesmo domicílio conjugal, hoje já não é absoluto, uma vez que existem casos que impedem a coabitação física: exercício de profissão em outra localidade, dentre outros motivos. Hipóteses em que a comunhão de vida, é predominantemente espiritual, não havendo quebra do dever de vida em comum, mas tão somente visa interesse próprio do casal e da prole, tratando-se de uma exceção imposta, conforme dispõe o art. 1.569 do Código Civil¹⁷.

3.5.3 Mútua assistência

Ao impor este dever aos cônjuges, o legislador quis estabelecer a obrigação recíproca de prestação de socorro material e imaterial, ou seja, os cônjuges devem dar amparo moral e econômico um para o outro.

Configura-se a assistência moral o companheirismo, a cautela, afeição, a obrigação de ajudar e, principalmente, acompanhamento psíquico e emocional. No que se refere a área financeira, esta consiste na satisfação das necessidades econômicas da família.

O aspecto imaterial da mútua assistência, deve consubstanciar-se na proteção aos direitos da personalidade do cônjuge, dentre os quais destaca-se a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade e a honra. Assim, a falta de proteção ao cônjuge, dentre outros comportamentos omissivos, configura descumprimento deste dever de mútua assistência.

Além dessa assistência imaterial ou moral, cabe ainda reciprocamente aos cônjuges a colaboração material, ou seja, a obrigação alimentar, vestuário, transporte, medicamentos e até mesmo lazer.

Esse dever é recíproco entre os cônjuges, em regime igualitário, de modo que superada está, no plano jurídico, a ideia de que seria maior a responsabilidade do marido, pois lhe cabia proteger a mulher, tê-la junto a si e ministrar-lhe tudo quanto preciso para as necessidades do lar, cabendo à mulher o mesmo dever somente se ela contasse com recursos e não pudesse o marido, por qualquer circunstância, cuidar de si, como dispunha o art. 2º da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. (MONTEIRO, 2007, p. 154).

¹⁷ Art. 1.569 Código Civil: "O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes".

No que se refere aos alimentos, este até mesmo após eventual divórcio entre o casal, subsistirá tal encargo, se um dos cônjuges não tiver aptidão para o trabalho, conforme traz o art. 1.704 do Código Civil¹⁸, porém, apesar do código mencionar quanto ao culpado na separação, isto já não mais se discute, em virtude da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que instituiu o divórcio direto, sem mais precisar discutir culpa e nem mesmo tempo.

Nos dizeres de Monteiro (2007), muito embora não exista meio coercitivo para o cumprimento do dever de assistência imaterial, bem como os demais deveres conjugais, a violação destes, se acarretar danos morais ou materiais ao cônjuge, dará causa à aplicação dos princípios da responsabilidade civil, previstos tanto no Código Civil quanto na própria Constituição da República/88, em seu art. 5º, inciso X.¹⁹

3.5.4 Respeito e consideração mútuos

Este dever, no Código Civil de 1916 estava contido no dever de mútua assistência, porém, foi expressamente reconhecido como dever conjugal, acrescido ao Código Civil de 2002, no Capítulo IX “Da Eficácia do Casamento”, no art. 1.566, inciso V²⁰, onde estabelece que os cônjuges devem respeito mútuo e considerações recíprocas. Este dever traz em essência o respeito do casal, um para com o outro.

Além dos legais ou explícitos, a elaboração jurisprudencial foi criando outros tantos deveres conjugais, extraídos da apreciação das espécies em ação de separação. Construiu assim a teoria dos “deveres implícitos”, que se distinguem dos atos de cortesia ou de assistência moral, dentre os quais destacam-se: o dever de sinceridade, o de respeito pela honra e dignidade

¹⁸ Art. 1.704 Código Civil: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-lo mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único: Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimento, e não tiver parentes em condição de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

¹⁹ Art. 5º, X Constituição da República/88: “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”.

²⁰ Art. 1.566 Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

V- respeito e consideração mútuos”.

própria e da família, o dever de não expor o outro cônjuge a companhias degradantes, o de não conduzir a esposa a ambientes de baixa moral. O grau de educação, a sensibilidade dos cônjuges, a religiosidade de um ou do outro, são alguns dos aspectos a considerar, diante das circunstâncias objetivas nos procedimentos judiciais em que consiste sopesar o relacionamento conjugal. (PEREIRA, 2010, p. 178).

Vê-se que, neste dever, os cônjuges devem respeitar a imagem do seu companheiro, mesmo este estando ou não presente. A imagem do cônjuge é indissociável do comportamento do outro. Pode-se dizer, que está contido neste dever, o direito da personalidade, que nada mais é do que a honra do cônjuge, que será atingida se um dos cônjuges pratica conduta desonrosa, a qual atingirá diretamente a honra do outro.

O Código Civil de 1916, conferia ao marido a chefia da sociedade conjugal, em colaboração da mulher e no interesse dos filhos. Porém, o novo Código Civil de 2002, reafirma o princípio constitucional da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, não havendo que se falar em poder marital. Prescreve o art. 1.567 do Código Civil²¹, que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher.

3.5.5 Sustento, guarda e educação dos filhos

Após o Código Civil/02 trazer os deveres dos cônjuges entre si, estabelece também quanto aos deveres de ambos em relação aos filhos, estando obrigados, pois, ao sustento, guarda e educação de sua prole. No mesmo sentido dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, em seu art. 22²², que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação do filho, que tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família, como também estabelece no art. 19²³, do mesmo diploma legal.

²¹ Art. 1.567 Código Civil: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

²² Art. 22 ECA: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

²³ Art. 19 ECA: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Aos pais incumbe velar pela sorte do filho, criando-o, amparando-o, educando-o e preparando-o para os embates da vida. Na feliz expressão de Rocco, no círculo da comunidade familiar, modelam os pais a alma do filho, do futuro cidadão. Segundo o ambiente doméstico, crescerá para o bem ou para o mal a planta do homem. (MONTEIRO, 2007, p. 157).

A omissão desse dever de sustento aos filhos, terá implicações de caráter civil, quando um dos genitores procurar sanar tal omissão perante a justiça, sendo imposta a obrigação de prestar alimentos ao filho, e também de caráter penal, podendo caracterizar crime previsto no art. 244 do Código Penal²⁴.

Em virtude do *poder familiar* e da responsabilidade dos genitores, surge o dever de prestar aos filhos menores de dezoito anos, alimento, educação, saúde, lazer, dentre outros deveres, os quais estão estabelecidos e garantidos na Constituição da República/88²⁵, em seu art. 229.

Este dever dos cônjuges, visa tutelar o bem-estar da prole e do casal, e faz-se necessário, pois é no âmbito da família que o indivíduo constrói sua personalidade e se prepara para o convívio social.

Portanto, os pais têm a obrigação de concorrer conjuntamente, na proporção de seus bens, à criação de seus filhos e no sustento da família.

²⁴ Art. 244 Código Penal: “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

²⁵ Art. 229 Constituição da República de 1988: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Conceito

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado ou por pessoa por quem ela seja responsável.

Na doutrina ainda há discordância para conceituar a responsabilidade civil, existindo aqueles que ao defini-la, se baseiam na culpa.

Pirson e Villé conceituam a responsabilidade como obrigação imposta pelas normas às pessoas no sentido de responder pelas consequências prejudiciais de suas ações; Soudart a define como o dever de reparar dano decorrente de fato de que se é autor direto ou indireto; e Savatier a considera como a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam. (PIRSON E VILLÉ, *apud* DINIZ, 2005, p. 40).

Numa outra definição, Lopes enfatiza que “a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa, seja por outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”. (LOPES *apud* DINIZ, 2005, p. 40).

Para RODRIGUES (2003, p. 402), a responsabilidade civil pode ser definida como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.”

Maria Helena Diniz, traz um conceito mais extenso:

A aplicação de medidas que obriguem a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou de coisa de animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ato ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa. (DINIZ, 2005, p. 40).

A responsabilidade civil está construída sobre a reparação do dano causado por ato ilícito, o qual está descrito no art. 186 do Código Civil²⁶. Sendo ainda completado pelo art. 927²⁷ do mesmo *Codex*.

²⁶ Art. 186 Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em nossa Constituição da República/88, em seu art. 5º, incisos V e X²⁸, também prevê a reparação do dano, ao garantir ao cidadão, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, como também quando decorrente de violação.

Portanto, com base nessas premissas, pode-se definir que a responsabilidade civil, através de um acordo anteriormente firmado, ou por imposição da lei, corresponde ao dever de um determinado sujeito de reparar o dano sofrido por outrem.

4.2 Pressupostos da responsabilidade

Para configurar o direito de ser indenizado, necessário se faz caracterizar o fato danoso.

Diniz (2005), entende ser necessário três requisitos para a configuração: a) a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, sendo apresentada como um ato ilícito ou lícito; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial, causado por um ato ilícito ou lícito pelo agente ou por terceiro por quem é responsável; c) entre o dano e a ação tem que haver um nexo de causalidade, pois sem ele não poderá existir a responsabilidade civil.

Tais pressupostos são tidos pela doutrina como sendo os que formam a responsabilidade civil subjetiva, a qual é estabelecida por um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico, um elemento subjetivo, que pode advir de dolo ou culpa do sujeito.

Contudo, não existe somente a responsabilidade subjetiva, já mencionada alhures, existe também no nosso ordenamento a responsabilidade civil objetiva. A qual não precisa comprovar a culpa, basta somente demonstrar que houve o nexo de causalidade, que nada mais é do que a conexão entre a causa e o dano.

²⁷ Art. 927 Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁸ Art. 5º, incisos V e X CR/88: “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:

[...]

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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”.

Neste diapasão conceitua Gonçalves (2007, p. 09) “que responsabilidade objetiva não exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano, o autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu”.

Assim, se torna inevitável comentar sobre cada um dos três pressupostos.

4.2.1 Conduta humana ou ato ilícito

A conduta de alguém, sendo uma ação ou omissão da qual decorra o dano, é o primeiro dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil. No entanto, não há que se falar em responsabilidade sem a conduta humana que reflita num fazer ou não fazer.

Essa conduta pode surgir de ato próprio ou de terceiro que esteja sob sua responsabilidade, caracterizando a ação por um ato ilícito ou até mesmo um ato lícito, neste último caso, a responsabilidade se encontra fundada no risco, gerando assim o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Maria Helena Diniz sobre o tema, descreve:

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade. (DINIZ, 2005, p. 44).

Para Venosa (2006, p. 20), “O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever”.

O próprio Código Civil, em seu art. 186²⁹, ao descrever sobre ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária - que caracteriza o dolo - negligência ou imprudência - caracterizado pela culpa - viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, será responsabilizado pela reparação dos prejuízos.

²⁹ Art. 186 Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No art. 187 também do Código Civil³⁰, ensina que aquele que excede ao exercer seu direito, também comete ato ilícito.

Neste contexto, para a caracterização da responsabilidade, é essencial que haja um ato praticado, ou que devesse ser praticado, mas não o foi, gerando a partir dessa conduta um dano, que ofenda direitos alheios. Não havendo, portanto, obrigação de indenizar que decorra unicamente da conduta contrária ao direito, sem que tenha ocorrido dano a outrem.

Quanto à conduta omissiva, esta acarreta em obrigação de indenizar quando importe na inobservância do dever de agir, não se praticando ato que deveria ser realizado.

4.2.2 O dano

Para que haja a configuração da responsabilidade civil, é indispensável a existência de um dano ou prejuízo. Sem a ocorrência deste elemento não há o que indenizar, não havendo que se falar em responsabilidade.

Corroborando com este entendimento, Sérgio Cavalieri Filho traz:

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 do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. (FILHO, 2000, p. 70).

Maria Helena Diniz (2005, p. 63), leciona que, “o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar”.

Deste modo, ensina Venosa (2006, p. 32) “sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.

³⁰ Art. 187 Código Civil: “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”.

Neste norte, instrui Gonçalves (2007, p. 35) que, “ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”.

Por isso, não se admite falar em responsabilidade sem que tenha efetivamente existido um prejuízo, e se este prejuízo for comprovado juntamente com o nexo de causalidade, o sujeito que causou tal dano, terá no âmbito civil, a responsabilidade de ressarcir, independentemente se o dano for de ordem patrimonial ou mesmo se for dano moral, o qual ofende a honra, a reputação da vítima.

Neste diapasão, sendo a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo causado em favor do lesado, tem-se que, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, uma vez que mesmo impossível a determinação judicial de retorno ao *status quo ante*, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.

Assim sendo, o dano pode ser dividido em dano moral e dano patrimonial, sendo o primeiro, as lesões sofridas pelo sujeito ou pessoa natural de direito, não envolve dinheiro, nem algum produto que obtenha algum valor, ou seja, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico, mas sim o sofrimento, a vergonha, humilhação que a pessoa causa com sua prática danosa. Já o dano patrimonial, é aquele quando há uma deterioração de algum bem que possui um valor determinado, um patrimônio.

Sobre o dano moral e o dano patrimonial, será discorrido em seguida, distinguindo um do outro.

4.2.2.1 Dano patrimonial

Para definir o dano patrimonial, necessário se faz ater-se no conceito de patrimônio, haja vista que o termo “dano patrimonial” vincula a noção de lesão ao conceito de patrimônio.

Patrimônio, portanto, é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo por sua vez, um dos atributos da personalidade e como tal intangível, ou seja, são os bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição de uma pessoa.

Dano patrimonial por sua vez, 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. Pode-se dizer que o dano patrimonial é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.

Para Diniz:

O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado. O dano patrimonial é avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial. Mas, às vezes, não se faz necessário tal cálculo, se for possível a restituição ao *statu quo ante* por meio de uma reconstituição natural. (DINIZ, 2005, p. 70).

O prejuízo patrimonial será aquele que poderá ser ressarcido mediante pagamento de todos os danos sofridos no bem, fazendo com que o mesmo volte ao estado anterior à lesão.

Segundo Maria Helena Diniz (2005), em toda obrigação ressarcitória o indenizante deverá procurar um estado de coisa que se aproxime da situação frustrada, isto é, a que existiria se não tivesse ocorrido o dano. O dano poderá ser reparado nas seguintes situações: a) pela reparação natural, que é a restauração do *statu quo* alterado pela lesão, o qual poderá consistir na entrega da própria coisa, se objeto de furto, ou de objeto da mesma espécie; b) pela indenização pecuniária quando for impossível restabelecer a situação anterior ao fato lesivo.

Repita-se, o dano material pode ser definido como a diferença entre o que se tinha e que agora se tem, devendo ser ressarcido para que volte a ser como eras antes, é o que prevê nos artigos 402 e 403 do Código Civil³¹.

Destarte, o dano patrimonial pode ser classificado como lucro cessante e dano emergente, sendo que este seria a diminuição efetiva do patrimônio, e aquele seria a frustração de um ganho, ocasionado pelo dano sofrido.

³¹ Art. 402 Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Art. 403 Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

4.2.2.2 Dano moral

O dano moral ressalta efeitos lesivos marcados pela dor, pelo sofrimento, como a apatia, a morbidez mental, que tomam conta do ofendido. Consistindo na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível de dinheiro. Pode-se dizer que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, que são bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

O dano moral pode ser de natureza direta e indireta. Entende-se por dano moral direto, uma lesão a um bem jurídico contido nos direitos da personalidade, como a vida, a integridade física, a honra, dentre outros, ou nos atributos da própria pessoa natural, como no seu nome, a capacidade civil. Já o dano moral indireto, é tido como uma lesão a um bem material, mas que reflita em dano de ordem moral, como é o caso de perda de algo com forte valor afetivo.

Na definição de Rodrigues (2003, p. 188), “são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

No entendimento de Venosa (2007, p. 35) “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.

Assim, o indivíduo que expõe uma pessoa à condição constrangedora, humilhante, viola a honra, a imagem desta, surgindo assim, para a pessoa lesada, o direito de indenização.

Para Cahali,

Dano moral é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) (CAHALI, 1998, p. 20).

Neste sentido, percebe-se a existência de vários conceitos de dano moral, todavia, em todos, encontra-se o sentimento íntimo abalado do indivíduo que sofreu o dano, o qual é passível de indenização. Assim, a reparação do dano moral, é em regra, pecuniária, uma vez que não há como voltar ao *status quo ante*. A reparação

em dinheiro, visa aliviar os reflexos de tristeza e mágoas causados à vítima, possibilitando a obtenção de momentos de prazer que em tese afastariam aqueles sentimentos desgostosos.

4.2.3 Nexo causal

Sopesadas as considerações acerca dos dois primeiros elementos da responsabilidade civil – a conduta humana (ato ilícito) e o dano – passar-se-á a análise do último elemento, o nexos de causalidade.

Segundo Caio Mário (2002) o nexos causal é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado, pois mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal.

O nexos causal é muito importante para a configuração da responsabilidade civil, sendo-o indispensável, haja vista que, na responsabilidade objetiva, não há necessidade nem de se comprovar a culpa, sendo imprescindível que tenha o nexos de causalidade.

Para Serra Lopes:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço. (LOPES *apud* GAGLIANO, 2010, p. 127).

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do sujeito e o dano experimentado pela vítima. O nexos causal é o liame que une a conduta do sujeito ao dano. Sendo certo que a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

Bem comentado por Diniz:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexos causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que

esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência. (DINIZ, 2005, p. 109).

O nexos causal nada mais é do que o elemento da responsabilidade que estabelece a ligação entre a conduta e o dano, ainda que não se cogite de culpa por parte do agente, como no caso da responsabilidade objetiva. Não há destarte, responsabilidade se não ocorrer um liame de causa-efeito entre ação ou omissão e o resultado.

Portanto, nexos causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Desta feita, se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

É neste sentido o entendimento de Diniz (2005, p. 72) “nexos de causalidade entre o prejuízo e a conduta do lesante, pois, se o dano advier de negligência da própria vítima, não haverá ressarcimento, porque não existe norma que impeça o sujeito responsável de diminuir seu próprio patrimônio”.

Há alguns motivos que excluem o nexos causal, como: a) culpa exclusiva da vítima, que é quando exclui qualquer responsabilidade do causador do dano, quando este foi apenas instrumento do acidente, não se podendo falar em nexos de causalidade entre a sua ação e a lesão; b) culpa concorrente: da vítima e do agente, acontece quando há compensação das culpas, divisão proporcional dos prejuízos, ou seja, quando lesado e lesante concorreram com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, porém por atos independentes, assim, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso; c) culpa comum, que é quando a vítima e o ofensor causaram culposa e conjuntamente o mesmo dano, tendo assim, compensação de reparações; d) culpa de terceiro, isto é, dano causado ao autor por meio de uma ação de uma terceira pessoa, ou seja, qualquer pessoa além da vítima ou do agente, de modo que a força excludente da responsabilidade por fato de terceiro dependerá da prova de que o dano foi resultante de ato de terceiro, caso em que o ofendido ficará isento de qualquer responsabilidade; e) por força maior ou caso fortuito, esses fatos eliminam a culpabilidade ante a sua inevitabilidade, conhece-se a causa que dá origem ao

evento, pois se trata de um fato da natureza; f) cláusula de não indenizar, que só tem validade no âmbito contratual, e que vem a ser a estipulação pela qual uma das partes contratantes declara com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano resultante da inexecução ou execução inadequada de um contrato. Essas causas excludentes da responsabilidade civil, devem ser devidamente comprovadas.

No entendimento de Rodrigues (2003, p. 164), são excludentes da responsabilidade “a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior e, atuando exclusivamente no campo contratual, a cláusula de não indenizar”, já mencionado alhures.

Portanto, caberá ao juiz, diante do caso concreto, e após análise da situação, sopesar e decidir se realmente houve o dano e, se existiu, analisar o nexo causal entre o prejuízo e a atividade exercida pelo agente infrator.

5 REPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL DECORRENTE DA INFIDELIDADE NO CASAMENTO

5.1 Possibilidade de configuração do dano moral no casamento

Atualmente, há uma forte tendência de ampliar o instituto da responsabilidade civil, mormente, existe uma discussão na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de reparação dos danos morais provenientes do descumprimento grave do dever de fidelidade conjugal ocasionado pelo cônjuge culpado, uma vez que ainda há controvérsias se no âmbito do direito das famílias, cabe a responsabilidade civil do cônjuge autor do dano.

O autor Ruy Rosado explica:

É necessário atentar que o fato pode ser ilícito absoluto, ou apenas infração a dever conjugal, familiar ou sucessório; pode estar tipificado na lei, ou não; a lei definidora da conduta pode ser civil ou criminal; o autor pode ser cônjuge ou companheiro que atinge a vítima na posição que lhe decorre do direito das famílias; o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; o dano pode ser específico, por atingir direito regulado no Livro da família ou das Sucessões, ou constituir-se em dano a direito assegurado genericamente às pessoas (CC186); a consequência da infração pode ser a sanção prevista na norma de direito das famílias ou a reparação aplicada de acordo com as regras próprias do instituto da responsabilidade civil (CC 944), com ou sem aplicação cumulativa. (ROSADO *apud* DIAS, 2010, 52).

Já é possível ser encontrado na jurisprudência decisões que acolheram o pedido de indenização pela parte prejudicada, embora este posicionamento continue sendo adotado por uma minoria, porém, essa corrente minoritária a cada dia vem crescendo, como a decisão do Tribunal do Estado de Santa Catarina:

Apelação cível com recurso adesivo - Sentença prolatada em ação de indenização por dano moral ajuizada pelo marido contra a esposa que manteve relacionamento extraconjugal do qual adveio a concepção e nascimento de criança - Marido que, induzido em erro, promoveu o registro do infante como seu filho - Pedido julgado procedente - Reparação fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - Violação dos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos, inerentes ao casamento - Abandono do lar pelo cônjuge virago, que levou o infante consigo, proibindo o pai sócio-afetivo de visitá-lo - Publicidade do adultério - Divulgação da intimidade do casal no ambiente de trabalho do cônjuge varão - Evidente violação à honra subjetiva da vítima - Conduta desonrosa - Insurgência da requerida, que sustenta que a sua infelicidade e frustração justificam o seu comportamento imoral - Alegação de que o recorrido tinha conhecimento de que não era o pai biológico do menor, assim como de que sua mulher mantinha relações sexuais com o marido de uma colega sua de trabalho - Fatos não

demonstrados - Evidente abalo moral daquele que, iludido pela esposa, criou e educou, como se seu fosse, descendente do amásio - Transgressão dos direitos à honra, à intimidade, à verdade e à integridade psicológica - Conduta da apelante que configura ato ilícito previsto no art. 186 do cc - Dever de indenizar configurado - Manutenção da respectiva obrigação. (TJSC, Processo nº 2009.005177-4, 4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Data do Julgamento: 01/09/2011).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já se pronunciou:

Danos morais - Infidelidade conjugal - Agressões físicas e psicológicas - Ônus prova. Quando desrespeitado algum dos deveres conjugais, aquele se sentir ofendido tem o direito de propor ação de dissolução do casamento, imputando ao outro a conduta antijurídica. Tal imputação, porém, tem cabida no âmbito do Direito de Família e não no âmbito da responsabilidade civil. O ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do art. 333, CPC, sendo certo que meras alegações, despidas de conteúdo probatório seguro, não são aptas a amparar o direito que se perquire. Comprovado o dano e a conduta ilícita, bem como o nexos causal entre ambos, está configurado o dever de indenizar. (TJMG, Apelação Cível 1.0372.09.039415-9/001, 14ª CÂMARA CÍVEL, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, Data do julgamento: 19/04/2012).

Também, na doutrina, de uma forma ainda tímida, encontra-se posicionamento favorável quanto à possibilidade da responsabilidade civil pela infidelidade conjugal, quando esta compromete a reputação, imagem e dignidade do cônjuge traído, como bem pontifica DIAS (2012, p. 71), “no entanto, é necessária a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa – dano, culpa e nexos de causalidade –, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia”.

Porém, como já mencionado, têm-se, também, nos tribunais do país, entendimentos contrários, como é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em suas decisões:

NÃO CONHECIMENTO, PARTE, RECURSO ESPECIAL, ALEGAÇÃO, VIOLAÇÃO, ARTIGO, CÓDIGO CIVIL, 1916, REFERÊNCIA, DEVER, FIDELIDADE CONJUGAL/HIPÓTESE, TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU, AFASTAMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL, EX-CÔNJUGE, REFERÊNCIA, DESCUMPRIMENTO, DEVER CONJUGAL, COM, FUNDAMENTAÇÃO, OCORRENCIA, PERDÃO TÁCITO; RECORRENTE, NÃO, IMPUGNAÇÃO, ÚNICO, FUNDAMENTO JURÍDICO, ACORDÃO RECORRIDO/CARACTERIZAÇÃO, FUNDAMENTO INATACADO, APLICAÇÃO, SÚMULA, STF. (REsp 742137 / RJ RECURSO ESPECIAL 2005/0060295-2) Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118); Órgão Julgador T3 – Terceira Turma; Data de Julgamento 21/08/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 29/10/2007.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO JUDICIAL - DECLARAÇÃO DE POBREZA - PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE VERACIDADE - DESNECESSIDADE DE ESTADO DE MISERABILIDADE - ROMPIMENTO DA VIDA EM COMUM - PARTILHA DE BENS - MOMENTO POSTERIOR - POSSIBILIDADE - ALIMENTOS - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - PAGAMENTO ATÉ A PARTILHA DOS BENS - VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO CASAMENTO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DESCABIMENTO. - A simples declaração, firmada pela parte ou por seu procurador, de que não dispõe de recursos necessários a garantir o direito de aforar ação, é suficiente para se conceder ao proponente os benefícios da Justiça gratuita. - A separação judicial pode ser decretada sem que ocorra a partilha dos bens que, diante da existência de controvérsia sobre a delimitação do patrimônio, pode ser postergada para momento posterior à sentença. - Os alimentos são devidos ao cônjuge que demonstrar a impossibilidade de prover por seu trabalho a sua própria subsistência em condições de vida digna e compatível com o padrão mantido na vigência do casamento, sendo devidos os alimentos até a partilha dos bens do casal, quando a ex-esposa terá meios de prover a sua manutenção. - O dever de fidelidade assumido pelo casal ao contrair as núpcias configura um dever moral, cujo descumprimento não pode ser convertido em pecúnia. - Recurso parcialmente provido. (TJMG, Processo nº 1.0480.03.042612-0/001, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Heloísa Combat, Data do Julgamento: 31/03/2009). Grifei.

A motivação da celeuma acerca da possibilidade ou não de indenização pela infidelidade conjugal, encontra respaldo na legislação brasileira que carece de fundamento legal para esse fato, uma vez que é omissa a respeito de tal reparação.

No direito de família, sempre se atribuía ao cônjuge faltoso punições de natureza material sendo analisado sob o aspecto da culpa na ruptura da relação conjugal, como no caso do dever de prestar alimentos ao cônjuge inocente, e ainda, sanções relativas à perda da guarda dos filhos.

Até julho de 2010, antes da publicação da Emenda Constitucional, nº 66³², quando ocorria a infidelidade conjugal, cabia ao cônjuge que fora lesado entrar com o pedido de separação, para averiguação da culpa. O pedido de indenização devia ser fundado na ruptura conjugal, ainda que por iniciativa do outro cônjuge. Devendo o cônjuge comprovar que a separação se deu por ato injusto do outro, acarretando danos, tanto material como moral. Entendia-se que bastaria a imposição do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente como forma de ressarcir o prejuízo sofrido pela dissolução da sociedade conjugal de que fora responsável e culpado, ou seja,

³²Emenda Constitucional nº 66: "As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º: O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

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

[...]

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

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação"

numa ação de separação ou de divórcio, o pedido de alimentos supria a indenização pelo ato ilícito, o que já foi superado.

A indenização não tem absolutamente, caráter alimentar e se baseia nos pressupostos do direito comum, quanto ao ressarcimento do dano decorrente.

Com a extinção do instituto da separação, o qual ocorreu a partir da mencionada Emenda Constitucional nº 66³³, que foi publicada em 14 de julho de 2010, ao dar nova redação ao art 226, § 6º³⁴ da Constituição da República de 1988, e que certamente produziu a mais importante alteração no Direito das Famílias, foram inadmitidos os questionamentos acerca das causas da dissolução do vínculo matrimonial, não se discutindo mais sobre a culpa. Destarte, o fim da culpa para cancelar a extinção do casamento não exclui a possibilidade de demandas de natureza indenizatórias, promovidas pelo cônjuge que sofreu danos morais ou materiais. As quais serão discutidas no âmbito das varas cíveis.

Corroborando com este entendimento, José Fernando Simão aduz:

Não se pode afirmar que caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação indenizatória. Isto porque se houve ofensas físicas ou morais, agressão aos direito de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente. O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal. Novamente, a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes. Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre os cônjuges (presos por um vínculo indesejável) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges. (SIMÃO, *apud* DIAS, 2010, p. 53).

De um modo geral, a culpa terá um papel fundamental como alicerce de eventual ação de reparação civil por danos morais, ocasionados por um dos cônjuges, em decorrência de violação aos deveres conjugais que ocasionem lesão aos direitos inerentes à personalidade dos cônjuges. A discussão em torno da responsabilidade civil não tem relação com a questão “culpa” para fins de divórcio.

³³ Emenda Constitucional nº 66: “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º: O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação”.

³⁴ Art. 226, § 6º Constituição da República/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

Uma coisa é dissolver o vínculo conjugal para o qual não há que se inquirir sobre a culpa, e o outro é a responsabilidade civil, cujo elemento culpa é imprescindível.

É inequívoco: uma coisa é a ruptura do vínculo conjugal, e outra, a reparação de danos disto decorrente, No mesmo posicionamento Ângela Cristina da Silva Cerdeira traz:

Mas, mesmo que consideremos o divórcio como uma sanção ou admitamos que todas as perspectivas são conciliáveis, a garantia dos direito familiares de natureza pessoal continua fragilizada se, no caso de sua violação, não forem aplicáveis os princípios da responsabilidade civil. (CERDEIRA *apud* ALMEIDA JUNIOR, 2010, p. 129).

A vida em comum impõe aos cônjuges restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo incontestado o dever de fidelidade mútua.

Primeiramente, para viabilizar o pedido de indenização, deverá um dos cônjuges infringir o dever de fidelidade recíproca imposto na legislação pátria (art. 1566, I do Código Civil),³⁵ porém, a violação desse dever, por si só, não constitui ofensa à honra e à dignidade do consorte, a ponto de gerar obrigação indenizatória por danos morais. Todavia, a doutrina tende a sustentar que, se tais posturas, tornarem de maneira pública, comprometendo a reputação, a imagem e a dignidade do outro consorte, cabe a indenização por danos morais. No entanto, é imprescindível a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa, que são o dano, culpa e o nexa causal.

O dolo ou a culpa, na ação de indenização, possuem uma abrangência diversa, pois só haverá ressarcimento quando a conduta for de caráter eminentemente vexatório, humilhante e ferir a dignidade de um dos consortes, não importando se isso atenta contra os deveres matrimoniais. (LARA *apud* DIAS, 2010, p. 55).

Portanto, quando houver traição, esta somente resultará em dano moral, quando se levar o nome do cônjuge traído a situações vexatórias, de provocar zombaria perante a sociedade, fazendo com que o companheiro se sinta desconfortável de conviver em público.

³⁵ Art. 1.566 Código Civil: “São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca”

Portanto, é necessário reconhecer o direito à reparação de danos morais em virtude do fim de uma união proveniente de infidelidade de um dos cônjuges, de forma que o que deve ser evitado são os abusos, balizando a reparação à realidade concreta em confronto com a dimensão alcançada pela infidelidade e seus desdobramentos na esfera do ofendido.

Percebe-se que o tema em comento não é de fácil solução, portanto ainda que tenha seus adeptos, não se encontra pacificado seja em sede jurisprudencial ou doutrinária, encontrando velada resistência. (FERREIRA; ALVARENGA, 2013, p. 65).

Sobre o que fora abordado, tem-se um julgado que não foi acolhida a reparação de dano moral ao cônjuge, sendo ignoradas as explicações dos julgados favoráveis.

CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL - PROCEDÊNCIA - LEI 6.515/77, §§ 1º E 3º, DO ART. 5º - INAPLICABILIDADE DO § 3º, DO ART. 5º, DA LEI 6.515/77 - ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL - DANOS MORAIS - NÃO COMPROVAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - SÚMULA 07/STJ.

Tratando-se de separação judicial sem culpa, não há falar de indenização por dano moral, com base no art. 159, do Código Civil. Mesmo se assim não fosse, concluir de forma distinta do Tribunal de origem, demandaria reexame dos fatos analisados nas instâncias ordinárias, providência inviável na via do especial: óbice da Súmula 07/STJ (Processo REsp 302930 / SP RECURSO ESPECIAL 2001/0014205-2 Relator(a) Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 05/10/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 06/12/2004 p. 314 RDR vol. 33 p. 404).

A título de enriquecimento, e comungando do mesmo entendimento, de que há possibilidade de indenização pela infidelidade, tem-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça que foi matéria da Revista Época, edição de 24 de setembro de 2007, com o título “R\$200 mil por uma traição”:

A matéria relata que o Supremo confirmou a condenação da esposa adúltera ao pagamento de indenização por danos morais ao ex-marido, após este ter descoberto que os filhos que tinha como seus eram, na verdade, resultado da relação amorosa com o pivô da separação do casal e amante da ré do processo.

A revista refere, de forma breve, sobre a fundamentação da Relatora Nancy Andrichi, que teria invocado o princípio da dignidade da pessoa humana como justificativa para a concessão da importância considerada vultosa para os padrões nacionais.

Além do dano moral sofrido pelo autor da ação, a atual esposa dele também entende que sofreu em decorrência da infidelidade da ré. Relata, em ação autônoma de danos morais, que sempre teve o desejo de ser mãe; porém, como o marido não desejava mais filhos em virtude de acreditar ser o pai de dois meninos gerados na constância do casamento anterior, submeteu-se à vasectomia e ela nunca pode realizar o sonho de ser mãe. Percebe-se aí que o dano sofrido pela esposa do autor é um dano indireto, pois o ato

culposo cometido pela ré do processo atingiu um terceiro alheio à relação, configurando-se o dano conhecido como dano reflexo ou ricochete. (TOALDO; TORRES, 2009, p. 115/116).

Percebe-se que no caso exposto, o ofendido teve efetivamente danos de ordem moral e patrimonial, uma vez que teve que pagar alimentos para os filhos de que não era genitor, além disso, extinguiu suas possibilidades de ser pai ao submeter à esterilização, ficando exposto ainda ao dano à vida de relação e ao dano biológico.

Uma outra situação, a qual foi julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que condenou o ex-marido infiel a pagar danos morais no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), porque manteve relacionamento com outra mulher durante a vigência do casamento. A traição foi comprovada por meio de e-mails trocados entre o marido e sua amante. A ação teve origem na cidade de Mirassol, na região de Rio Preto, em 2009. O entendimento foi ratificado porque o adultério foi demonstrado pela toca de fantasias eróticas. A situação ficou ainda mais grave porque, nessas ocasiões, o marido fazia com a amante, comentários jocosos sobre o desempenho sexual da esposa, afirmando que ela seria uma pessoa fria na cama.

Se a traição, por si só já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, tem-se que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante. As provas do caso em apreço, foram colhidas pela própria esposa enganada, que descobriu os e-mails arquivados no computador da família. Ela entrou na justiça com pedido de reparação por danos morais, alegando ofensa à sua honra subjetiva e violação de seu direito à privacidade. Alegou também, que precisou passar por tratamento psicológico, pois acreditava que o marido havia abandonado a família devido a uma crise existencial. Aduziu que jamais desconfiou da traição, que fora comprovada depois que ele deixou o lar conjugal.

O marido, em sua defesa, alegou invasão de privacidade e pediu a desconsideração dos e-mails como prova da infidelidade. Afirmou também que não difamou a ex-esposa, e que ela mesma denegriu sua imagem ao mostrar as correspondências às outras pessoas.

O Tribunal de Justiça de São Paulo ao analisar, desconsiderou a alegação de quebra de sigilo, não havendo portanto, invasão de privacidade, porque os e-mails

estavam gravados no computador de uso da família e a ex-esposa tinha acesso à senha do marido.

Portanto, vê-se que, nos dois casos trazidos fica estampado o direito de acolhimento ao pleito, uma vez que a partir do descumprimento do dever de fidelidade, este acarretou em danos tanto de ordem moral quanto de ordem patrimonial aos cônjuges traídos.

De acordo com Rui Stocco:

Ocorre que o adultério é a traição da confiança de todos: do marido, mulher, filhos, parentes e amigos. É a ofensa às instituições e até mesmo ao dogma religioso. É o menoscabo, escárnio, vilipêndio ao companheiro, com o desfazimento da *afettio societatis*. Ofende a honra subjetiva da pessoa, de sorte a causar mágoa, tristeza, frustração e angústia. Não se exige que esse comportamento se exteriorize e chegue ao conhecimento externo; que ganhe publicidade. O só comportamento já causa mal à pessoa, ofendendo a sua dignidade e ferindo o seu amor próprio. Caracteriza, portanto, ofensa grave e, para alguns, insuportável". (STOCCO, 2007, p. 809).

Como já dito, na legislação brasileira, não há dispositivo expresso que trate da possibilidade de indenização quando há infração do dever de fidelidade, porém, o artigo 186, juntamente com o artigo 927³⁶, ambos do Código Civil, estatuem que cabe ao causador de dano moral, indenizar a sua vítima pelo evento danoso.

Imperioso mencionar também o artigo 5º, incisos V e X³⁷ da Constituição da República de 1988, que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem, e também estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação.

³⁶ Art. 186 Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

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

³⁷ Art. 5º, incisos V e X CR/88: "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:

[...]

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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".

A partir das informações acima trazidas, pode-se afirmar que a legislação brasileira, garante a todos o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por danos morais e ou danos a imagem, quando se comprovar tais violações, visto que se trata de um direito inalienável, inviolável, invulnerável e indisponível.

Um dos argumentos utilizados contra tal indenização é que o alicerce do casamento está no amor e cessando este, a manutenção da relação seria mera questão temporal, sendo o amor insuscetível de quantificação financeira.

Porém, verifica-se que abalos psíquicos são requisitos essenciais para garantir tal indenização moral, visto que a responsabilidade civil do artigo 186 do Código Civil, já mencionado alhures, que possui como pressupostos: a conduta do agente (ação ou omissão), o nexo causal e o dano, é utilizada também nas relações familiares.

Completando o que fora dito tem-se o julgado relatado pelo Desembargador Vítor Barboza Lenza:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ADULTÉRIO OU TRAIÇÃO. POSSIBILIDADE O que se busca com a indenização dos danos morais não é apenas a valoração, em moeda, da angústia ou da dor sentida pelo cônjuge traído, mas proporcionar-lhe uma situação positiva e, em contrapartida, frear os atos ilícitos do infrator, desestimulando-o a reincidir em tal prática. Apelação conhecida, mas improvida. (TJ/GO – 1ª C. Cív., Ap. Cív. nº 56957-0/188, DJ 23.05.2001).

Também o julgado relatado pelo Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, que diz:

[...] A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva. (TJ/SC – 2ª C. Cív., Ap. Cív. nº 2004.012615-8, julg. 05.05.2005).

Em mais um julgamento, o dano moral não foi asilado, utilizando como fundamento para tal decisão a inexistência dos pressupostos da responsabilidade

civil. Porém, como foi decidido que não houve dano, resultou na improcedência da ação.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. CÔNJUGES. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se as alegadas traição e mentira relativamente à paternidade por parte de um dos cônjuges causam ao outro cônjuge dano e abalo psíquico, causando-lhe prejuízos de ordem moral, e, por isso, em tese, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudencial. Apelação desprovida. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70019575604, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 29/11/2007)

Destarte, há de ser reconhecido o direito à indenização por danos morais proveniente do descumprimento do dever de fidelidade conjugal, porém, o que deve ser considerado, é a extensão dos danos ocorridos, evitando assim, banalizar o instituto. Uma vez que a possibilidade da reparação dos danos morais, como já mencionado anteriormente, trata-se de um direito fundamental previsto na Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, incisos V e X³⁸.

Uma das fundamentações que buscam negar a reparação dos danos entre os cônjuges é a inexistência de previsão legal. Ora, mas a reparabilidade dos danos morais é uma previsão constitucional e um direito fundamental. Ademais, há que se falar na preservação da dignidade da pessoa humana, que é objetivo fundamental da nossa Constituição da República de 1988, estando prevista no art. 1º, inciso III³⁹. Visto que é nas relações familiares que se acentua a necessidade de proteção dessa dignidade, já que a família é o centro da preservação da pessoa.

³⁸ Art. 5º da Constituição da República de 1998: “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:

[...]

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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”.

³⁹ Art. 1º da Constituição da República de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana”.

Não se pode falar em direitos de liberdade, de igualdade, à honra, direitos de personalidade, se tais não foram exercitados e garantidos no âmbito familiar. Se esse sistema não funcionar dentro do núcleo familiar, possivelmente, seus membros não poderão exercer esse conjunto de princípios garantidos constitucionalmente em sua plenitude.

Se fala em direito à dignidade, exige-se primeiramente que marido e mulher rendam-se condignamente; se se fala em defesa à honra, exige-se que os consortes honrem-se singularmente, vedando-se relações sexuais fora do estreitamento familiar.

Por outro lado, se se prega a liberdade, essa liberdade parece restringida na órbita familiar, posto que com o casamento a liberdade sexual fica tolhida na medida em que não se admite relações sexuais com terceiros.

Destarte, vê-se que a família é a primeira destinatária dos direitos fundamentais, e como tal fica à mercê de todo o sistema de direitos e garantias previstos constitucionalmente, inclusive a reparação dos danos morais. Sendo assim, a reparação dos danos morais consagrados na Constituição tem plena aplicabilidade ao caso em tela. (ALMEIDA JUNIOR, 2010, p. 132).

Assim, não há como sustentar que a reparação dos danos morais em sede familiar não conta com amparo legal. Logo, quando se busca a reparação de danos morais no âmbito familiar, não se está impondo uma reparação pela falta do amor. Tendo em vista, que o amor não é exigível juridicamente, no entanto, a fidelidade recíproca prevista como um dos deveres impostos aos cônjuges, esta é exigível juridicamente, logo, se descumprido esse dever, ferindo assim a honra, e expondo o outro cônjuge, impõe-se a reparação por esta ofensa.

No caso, o dano moral, para efetivar a indenização, esta deverá ser por meio de pagamento em dinheiro, visto que é irremovível o mal causado à vítima, sendo este o único meio.

Segundo Venosa (2006), o ideal de justiça é que a reparação do dano fosse feita de modo que a situação anterior seja reconstituída, uma vez que a reparação do dano moral não possui apenas a pretensão de reparar a dor do ofendido, mas ainda visa buscar a restauração da dignidade do ofendido, a qual foi abalada, denegrada perante a sociedade.

É fundamental ressaltar, para evitar desvirtuamento do tema e por cobro a interpretações distorcidas, que não é qualquer situação de infidelidade conjugal, que faz emergir o dever de indenizar. Isso porque, no mais das vezes, trata-se de questão suscitada em juízo simplesmente de forma a afrontar e perturbar o ex-parceiro, portanto não merecendo guarida no

âmbito judiciário tais pretensões reparatórias. 'Não cabendo indenizar alguém pelo fim de uma relação conjugal. Pode-se afirmar que a dor e a frustração, se não queridas, são ao menos previsíveis, lícitas e, portanto, não indenizáveis'. (FERREIRA; ALVARENGA, 2013, p. 67).

Os tribunais pátrios têm se manifestado, ainda que timidamente e de forma não unânime, com decisões favoráveis à reparação pelo dano moral decorrente do ato culposos em face da infidelidade conjugal, sem especificar os danos indenizáveis, estando afinados com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

5.2 Efeitos do dano e da compensação do dano moral

Acerca da compensação do dano moral, a doutrina prefere considerar a reparação do dano moral como uma compensação, e não um ressarcimento. Destarte, Silva (2005, p. 62) leciona que “uma das objeções a tal reparação reside no fato de que o dinheiro não pode ser equivalente à dor.” Contudo, um dos principais argumentos para se reparar tal objeção constitui-se no reconhecimento de que a compensação de dano moral exerce nitidamente duas funções: a) a função de caráter de pena, em relação ao causador do dano; e b) a função de satisfação em relação à vítima ou ofendido.

A função de caráter de pena tem por finalidade acarretar perda ao patrimônio do culpado, tem sentido punitivo para o lesionador. E a função satisfatória teria o objetivo de compensação do dano, proporcionando uma vantagem ao ofendido.

No entendimento de Diniz:

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo assim, em parte, seu sofrimento. (DINIZ, 2005, p. 89).

Então, a reparação pecuniária terá uma função de ressarcimento do dano ocasionado pelo infrator, satisfazendo assim a vítima. E punitivo para o ofensor, que acaba se desfazendo de seus bens patrimoniais para indenizar o prejudicado pelo dano ocorrido.

Para a propositura da ação devem ser observadas três condições: a) possibilidade jurídica do pedido, que como em nosso país não há legislação específica que prevê a reparação por danos morais entre os cônjuges, por tanto é necessário utilizar as normas contidas na Constituição da República/88, no art. 5º, incisos V e X, já mencionados, os quais garantem a indenização por danos materiais, morais e à imagem, bem como trata da inviolabilidade à intimidade, a vida privada, a honra, assegurando o direito à indenização, sendo assim possível a pretensão jurídica; b) interesse de agir, que surge da necessidade de se obter do órgão jurisdicional a intervenção para a proteção do interesse substancial, não deixando que a parte sofra o prejuízo; c) legitimidade das partes, os quais são legítimos os titulares dos interesses em conflito.

Entretanto, pode a lei expressamente autorizar terceiros a virem em juízo, em nome próprio, litigar na defesa de direito alheio. A legitimidade das partes se encontra em dois planos, o material e o processual; o primeiro trata da titularidade ativa ou passiva na relação jurídica onde há a lide, o segundo trata da capacidade processual de estar em juízo, sendo esta a capacidade para exercer, pessoalmente, o direito de ação, ou seja, ingressar por si só em juízo e requerer a tutela jurisdicional do Estado. A legitimidade ativa por sua vez, será atribuída ao cônjuge que sofreu o dano, enquanto a legitimidade passiva será atribuída ao outro cônjuge o qual descumpriu o dever de fidelidade, ocasionando o dano, porém, quanto à amante, este ou esta não fará parte da lide, uma vez que não praticou ato ilícito, pois que não possuía o dever legal de fidelidade, embora possa ser reprovável sua atitude de se envolver com pessoa ainda casada.

Nesse sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor,

tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 1122547/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009; fonte: site do STJ).

Por fim, preenchidas as condições da ação, é indiscutivelmente possível o cabimento da ação de reparação civil. Uma vez que a possibilidade de haver indenização deriva de mandamento constitucional que diz ser inviolável a honra das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação (art. 5º, V e X CR/88). Assim, considerando que a traição tome repercussão na sociedade, gerando dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, é perfeitamente cabível que o judiciário seja acionado, assegurando-lhe o direito à indenização.

6. CONCLUSÃO

O casamento é uma instituição que tem como elemento principal para a sua constituição a vontade das partes, as quais decidem adentrar numa relação de afeto, de comunhão de interesses e, atraindo como uma das obrigações normatizadas no ordenamento jurídico a fidelidade, respeito e compromisso.

Como salientado, dentre as normas reguladoras do casamento está o dever de fidelidade recíproca, o qual foi objeto de análise da pesquisa. Antes da lei 11.106/05 a qual revogou o art. 240 do Código Penal, entendia-se que o dever de fidelidade representava a natural expressão da monogamia, não constituindo tão somente em dever moral, uma vez que violado constituía em crime de adultério.

Contudo, com o advento da referida lei, este entendimento foi superado, pois apesar do dever de fidelidade ainda está estabelecido no ordenamento jurídico, não há mais penalidade pelo seu descumprimento.

O foco do trabalho monográfico ao versar sobre a possibilidade de responsabilização indenizatória por dano moral decorrente do descumprimento do dever de fidelidade conjugal, centraliza-se naquela espécie de infidelidade com viés de publicidade, comprometendo a reputação, a imagem e a dignidade do outro consorte.

A responsabilidade e o dano estão intimamente ligados. O dano não fica restrito a bens meramente patrimoniais, estendendo-se àqueles imateriais, como a honra e a intimidade, os quais também estão sob a proteção do nosso ordenamento jurídico.

A Constituição da República de 1988 veio pôr fim, com o artigo 5º, inciso V e X, às discussões que pairavam sobre a admissibilidade de danos imateriais. As discussões atuais encontram-se centradas na aceitação do dano moral no âmbito das famílias, principalmente no que tange às relações no casamento.

Portanto, não é o simples fato da prática da infidelidade conjugal, ou seja, o descumprimento do dever de fidelidade, que gera o dano moral passível de ser indenizado. Cabendo ao julgador analisar o dano moral experimentado pelo cônjuge traído, sendo necessário para a configuração deste dano, que o ato ilícito tenha atingido a honra, a intimidade, e o sentimento de dignidade do consorte traído.

Assim, o desmazelo com o dever de fidelidade no casamento pode, muitas vezes, resultar em um dano moral à vítima, não de maneira objetiva, mas quando esta infidelidade ostenta de maneira pública, comprometendo a reputação do outro.

Por isso faz-se presente o direito de indenização pelo ato, considerado em hipóteses concretas, uma vez que, conforme demonstrado na pesquisa, apesar da ausência de previsão legal expressa quanto a esta hipótese especialmente destacada, existe preceitos tanto de ordem constitucional e infraconstitucional que asseguram o direito ao ressarcimento por danos provenientes de conduta antijurídica praticada por outrem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf?sequence=1. Acesso em: 23 de março de 2013.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Os Danos Morais pelo Descumprimento dos Deveres Pessoais no Casamento**. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, ano 12, nº 59, p. 119-144, abr./maio 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [2002]a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 de março de 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Institui o Código Penal. In: VADE MECUM. 12 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. In: VADE MECUM. 12 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: VADE MECUM. 12 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 2005/0060295-2/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 29 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/>> Acesso em: 10 de maio de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 2001/0014205-2/SP**. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF, 06 de Dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/>> Acesso em: 10 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. **Consulta Jurisprudencial: Apelação Cível nº46957-0/001**. Relatora: Desembargador Vítor Barboza Lenza. Disponível em <www.tjmg.jus.br/> Acesso em 14 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Consulta Jurisprudencial: Apelação Cível nº 1.0372.09.039415-9/001**. Relatora: Desembargadora Evangelina Castilho Duarte. Disponível em <www.tjmg.jus.br/> Acesso em 14 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Consulta Jurisprudencial: Processo nº 2009.005177-4**. Relator: Desembargador Luis Fernando Boller. Disponível em <www.tj.sc.gov.br/> Acesso em 14 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Consulta Jurisprudencial: Processo nº 2004.012615-8**. Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyeslebn. Disponível em <www.tj.sc.gov.br/> Acesso em 14 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Consulta Jurisprudencial: Apelação Cível nº 0322703- 37.2009.8.26.0000**. Relator: Desembargador Teixeira Leite. Disponível em <www.tjssp.jus.br/> Acesso em 14 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70023479264**. Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Rio Grande do Sul, 18 de Julho de 2008. Disponível em <www.tjrs.jus.br/> Acesso em: 10 de maio de 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Dano moral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Divórcio e separação**. 11 ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPOS, Aparecida de Fátima Castro; RIBEIRO, Regina Célia Reis; VAZ, Virgínia Alves. **Manual de Normatização de Trabalhos Acadêmicos**. 3. ed. Formiga: Unifor- MG, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

_____. **Divórcio Já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7: responsabilidade civil- 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família - 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ETHOSONLINE. Disponível em:

http://www.ethosonline.com.br/?pg=noticias_cont&id=2321. Acesso em: 26 de maio de 2013.

FERREIRA, Flávia Tereza da Silva; ALVARENGA, Altair Resende de. **A possibilidade de indenização por danos morais em face da infidelidade conjugal**. Revista do Curso de Direito UNIFOR, Formiga, v. 4, n. 1, p. 58-72, jan./jun. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo curso de direito civil**. 8. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da Ideia a Defesa: Monografias e Teses Jurídicas**. 2 ed. rev. e atual. conforme as normas NBR 6. 023: 2003, NBR 6. 034: 2004, NBR 12. 225: 2004 e NBR 14. 724: 2005. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Direito de família- 38 ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito civil**, v. 2: direito de família. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA FILHO, Virgilio Antonio Ribeiro de. **A evolução legislativa do adultério desde Machado de Assis aos tempos atuais**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18766/a-evolucao-legislativa-do-adulterio-desde-machado-de-assis-aos-tempos-atuais>. Acesso em: 23 de março de 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Instituições de direito civil**. v. 5: direito de família. 18 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com>. Acesso em: 10 de novembro de 2012.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. **Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade**. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, ano 11, nº 55, p. 85-132, ago./set. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.