



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

***A POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE DANOS
MORAIS ANTE A QUEBRA DO DEVER DE
FIDELIDADE CONJUGAL***

por

GABRIELA RAMOS VIANNA

ORIENTADOR: BRUNO VAZ DE CARVALHO

2019.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

***A POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE
DANOS MORAIS ANTE A QUEBRA DO
DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL***

por

GABRIELA RAMOS VIANNA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) como
requisito parcial para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Bruno Vaz de Carvalho

2019.1

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ana Lúcia e Arthur, que sempre foram os melhores exemplos de dedicação à profissão e aos estudos, e que sempre foram os meus grandes esteios nessa jornada.

Às minhas avós e ao meu irmão, por sempre estarem ao meu lado, de forma incondicional.

Às minhas incansáveis chefes Cristina, Camila, Janine e à minha antiga companheira de trabalho, Bianca, que são responsáveis pelo meu amor ao direito de família e pela profissional que me tornei hoje.

A todos meus queridos amigos, e em especial, meus amigos de graduação: Alessandra, Camila, Enrico, Maria Eduarda e Natália, por sempre me trazerem tranquilidade nos momentos mais desafiadores da faculdade.

Ao meu namorado Fabricio, por todos os finais de semana que ficou comigo para que pudesse produzir o presente trabalho e por todo o apoio incondicional.

A todos vocês, meu muitíssimo obrigada.

RESUMO

Este presente trabalho se insere no domínio de estudo sobre Direito de Família. Especificamente, esta monografia visa expor os limites e potencialidades da tutela estatal no que tange casos de infidelidade matrimonial no ordenamento jurídico brasileiro à luz do Código Civil de 2002. Para tanto, este trabalho analisa a possibilidade de uma ação indenizatória por danos morais ante a quebra desse dever conjugal dentro do dispositivo legal, ainda incipiente na prática judiciária. Dessa maneira, este trabalho desenvolve uma pesquisa acerca dos institutos legais do casamento e do dano moral para ponderar acerca da viabilidade ou não de uma ação nesse caráter de reparação.

Palavras-Chave:

Direito de Família – Infidelidade Conjugal – Danos Morais – Casamento

SUMÁRIO

Introdução	9
Capítulo 1. O Casamento.....	12
1.1. Deveres do casamento	12
1.1.1. Fidelidade recíproca	16
i. Conceito.....	16
ii. Considerações gerais	18
iii. Infidelidade virtual	20
1.1.2. Vida em comum no domicílio conjugal	21
i. O debitum conjugale	21
ii. Relativização do conceito.....	23
1.1.3. Mútua assistência.....	24
i. Assistência material.....	24
ii. Assistência moral	26
1.1.4. Sustento, guarda e educação dos filhos	26
1.1.5. Respeito e consideração mútuos.....	28
1.2. A EC 66/2010 e o fim da discussão acerca da culpa.....	28
1.2.1. Evolução histórica	28
1.2.2. O fim da culpa na separação judicial.....	33
Capítulo 2. Danos morais no ordenamento jurídico brasileiro.....	35
2.1. Pressupostos da responsabilidade civil: ato ilícito, culpa, dano e nexos causal.....	35
2.1.1. Ato ilícito.....	35
2.1.2. Culpa.....	36
i. Dolo	37
ii. Culpa stricto sensu	37
iii. Distinções entre dolo e culpa stricto sensu	38

2.1.3. Nexo causal.....	39
2.1.4. Dano.....	40
2.2. O dano moral	42
2.2.1. Evolução histórica do conceito de dano moral.....	42
i. Fase da irreparabilidade (dano moral não indenizável)	42
ii. Fase da inacumulabilidade do dano moral e material	43
iii. Fase atual.....	44
2.2.2. Conceito de dano moral.....	45
i. O conceito negativo de dano moral.....	45
ii. O conceito de dano moral como dor e sofrimento	46
iii. O conceito de dano moral como violação à dignidade	47
iv. O conceito de dano moral como lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela	48
2.3. Danos morais na órbita do casamento	50
Capítulo 3. Possibilidade jurídica da indenização por dano moral ante a quebra do dever de fidelidade recíproca.....	52
3.1. Danos morais in re ipsa pela quebra do dever de fidelidade	52
3.1.1. Aspectos gerais	52
3.1.2. Críticas à essa interpretação: impossibilidade do descumprimento do dever fidelidade recíproca gerar dano moral compensável por si só	55
i. Imperioso respeito à autonomia dos cônjuges.....	55
ii. Impossibilidade de estabelecer o nexos causal da traição	56
iii. Mercantilização dos interesses existenciais	57
iv. A condenável judicialização das relações sentimentais	58
3.2. Posicionamento atual: danos morais ante a quebra de fidelidade conjugal se caracterizados os pressupostos da responsabilidade civil	59
3.2.1. Inexistência de ato ilícito na conduta violadora de fidelidade recíproca	59
3.2.2. Aspectos gerais	61

3.3. Aspectos processuais	65
3.3.1. Do juízo competente para processar a ação de indenização de danos morais ante a quebra do dever de fidelidade recíproca	65
3.3.2. Do ônus da prova da infidelidade conjugal na ação de indenização de danos morais	68
i. A possibilidade de admissão de provas obtidas ilicitamente	70
Conclusão	74
Bibliografia.....	77

SIGLAS

AC	Apelação Cível
Ag	Agravo de Instrumento
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC	Código Civil
EC	Emenda Constitucional
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

Caso se questione à população sobre a possibilidade de um ato de infidelidade conjugal gerar condenação por danos morais, possivelmente, a maioria das pessoas dirá que sim. Isto se justifica devido ao fato que a traição é tradicionalmente vista como causa de enorme sofrimento àquele que foi traído. Por isso, nada mais evidente que o cônjuge lesado se sinta no direito de ser reparado. Porém, sob a perspectiva jurídica, tal pergunta não é simples como parece.

É cediço que no Direito de Família há uma enorme dificuldade de se definir, de forma casuística, quando haverá configuração de danos morais. A referida análise se torna ainda mais delicada quando envolve a quebra do dever de fidelidade recíproca.

Devido a isso, urge delimitar quando a quebra do dever de fidelidade recíproca, previsto no art. 1566, I do Código Civil de 2002 (CC/2002)¹, possibilitará a condenação em danos morais. É essa problemática que rege a pesquisa do presente trabalho, cujo objetivo geral é apresentar os motivos pelos quais é relevante identificar as esferas de tutela frustradas diante da infidelidade.

Em outras palavras, este trabalho analisou como um ato que decorre do respeito à dignidade da pessoa humana, mais especificamente de uma escolha individual – qual seja, uma pessoa casada ter relações sexuais com terceiros – poderá gerar o dever de indenizar. Estabelecer essa relação é um caminho extremamente tortuoso, pois dentro do casamento não é possível analisar a dor sob um parâmetro de regularidade.

Contudo, tal tarefa é de suma importância para que o dano moral seja preservado como instituto jurídico. Não obstante a possibilidade aplicar a responsabilidade civil ao direito de familiar é imprescindível que a atividade jurisdicional não se divorcie dos fins de pacificação social. Assim, a mesma

¹ BRASIL. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

não pode se valer de expedientes de consortes que, sendo vítimas de traição, pretendam se vingar do outro, ou fazê-lo sofrer monetariamente.

Ante a ocorrência da infidelidade conjugal, a análise acerca do dever de reparação deve ser parcimoniosa. Faz-se necessário encontrar uma justa medida que preserve o instituto dos danos morais, impedindo que esse se ocupe de meros abalos afetivos, e simultaneamente, não impeça a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do casamento – e é precisamente isso que se argumenta nesta monografia.

Visando analisar a possibilidade de serem arbitrados danos morais em razão da infidelidade conjugal, optou-se por eleger o percurso metodológico pautado em pesquisas bibliográficas, doutrina jurídica, artigos científicos e análises jurisprudenciais.

A fim de facilitar a análise, dividiu-se a exposição em três momentos. No primeiro capítulo, analisou-se o instituto do casamento, aí incluindo os seus deveres e mudança advinda pela Emenda Constitucional (EC) n. 66/2010². No que tange aos deveres matrimoniais, investigou-se o conceito de cada um deles, bem como os seus efeitos para o ordenamento jurídico. Além disso, foram examinadas as consequências trazidas pelo advento da referida emenda constitucional, que extirpou a discussão acerca da culpa do processo de divórcio.

Em um segundo momento, debruçou-se acerca dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão da extensão do *thema*, foi necessário separar a análise em duas partes. Primeiramente, abordou-se os pressupostos da responsabilidade civil, a partir da classificação tetrapartida, qual seja, ato ilícito, culpa, dano e nexo causal. Posteriormente, adentrou-se verdadeiramente no exame dos danos morais, traçando a evolução histórica do instituto, para, em seguida, conceituá-lo.

² BRASIL. *Emenda Constitucional n.66*, de 13 de julho de 2010. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acesso em 25 mai. 2019.

No terceiro e último momento, partindo das premissas estabelecidas nos capítulos anteriores – estudo dos deveres do casamento, da Emenda Constitucional 66/2010³ e de um exame pormenorizado do dano moral, passou-se ao momento mais importante do presente trabalho, a saber: consistente pesquisa acerca da possibilidade jurídica de se arbitram danos morais ante a quebra do dever de fidelidade recíproca.

Em suma, e como será melhor apresentando ao longo do texto, existem duas correntes principais sobre a matéria. A primeira delas defende a possibilidade do arbitramento danos morais *in re ipsa* ante a quebra do dever de fidelidade recíproca, e em outro giro, existe uma corrente que pugna pela condenação em danos morais em razão da infidelidade conjugal apenas quando forem verificados os quatro pressupostos da responsabilidade civil. A partir da análise pormenorizada dos dois entendimentos, comprovou-se que um deles se mostra mais acertado. Por fim, foram abordados os aspectos processuais da ação indenizatória quando decorrente da quebra do dever de fidelidade recíproca.

Nesse cenário, o trabalho se propôs a analisar a viabilidade da ação de indenização por danos morais ante quebra do dever de fidelidade conjugal, de modo a encontrar um cabimento para tal ação que melhor se coadune com o ordenamento jurídico brasileiro.

³ BRASIL. *Emenda Constitucional n.66*, de 13 de julho de 2010. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acesso em 25 mai. 2019..

Capítulo 1. O casamento

1.1. Deveres do casamento

O artigo 1.513 do Código Civil (CC) de 2002⁴ estabelece que é vedado a qualquer pessoa, seja ela de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Dito de outra maneira, tal dispositivo consubstancia a noção de liberdade familiar, segundo a qual as partes integrantes da família podem decidir em relação ao planejamento familiar, a livre aquisição e administração do patrimônio ou ainda optar pelo regime matrimonial mais adequado. Além, evidentemente, das tantas outras questões relativas à comunhão de vidas.

Inobstante tal previsão de não intervenção no seio familiar, o artigo 1.566 do CC estabelece os deveres do casamento, o que vai de encontro a previsão contida no supracitado dispositivo. Desse modo, têm-se o Estado, pessoa jurídica de direito público, intervindo diretamente na vida dos cônjuges, estabelecendo deveres a serem observado por eles.

Nesse diapasão, cabe salientar que, por muito tempo, os deveres dos homens e das mulheres eram distintos. Os artigos 233 a 255 do Código Civil de 1916⁵, refletindo a forte influência do patriarcado na sociedade brasileira, realizavam tal diferenciação. Poder-se-ia realizar um trabalho apenas com tal distinções, mas, em apertadas linhas, destaca-se algumas atribuições exclusivas dos homens: representação legal da família, chefia da sociedade conjugal, responsabilidade pela manutenção da entidade familiar, além do poder de estabelecer o domicílio conjugal. Com isso, observa-se a atribuição ao homem de uma material e simbólica superioridade, deixando a mulher submissa e em um segundo plano.

⁴ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ Id. *Código Civil, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Brasília: Presidência da República, 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm > Acesso em 25 mai. 2019.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias sintetiza tal cenário:

“O viés marcadamente hierarquizado da família levava a atribuir, ao homem, a representação legal da família. Assim, ele era o chefe da sociedade conjugal, o cabeça do casal, com uma série de privilégios a comprovar sua superioridade”.⁶

A situação de igualdade entre homens e mulheres foi sendo estabelecida paulatinamente. Não obstante a importância do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62)⁷ que devolveu a plena capacidade à mulher – frisa-se que, com o casamento, se tornavam incapazes, necessitando da autorização dos maridos para praticar diversos atos da vida civil –, apenas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) foi colocada uma pá de cal sobre a questão.

O artigo 226 § 5º da CRFB/88⁸ previu, de maneira expressa, a igualdade entre o homem e a mulher, no que tange os deveres matrimoniais. Vejamos:

“Art. 226, § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente entre homens e mulheres”.

A doutrina é uníssona ao ressaltar o importante marco representado pela da CRFB/88 quanto a igualdade de gênero nos deveres do casamento – ainda que tal igualdade tenha se restringido ao campo formal, ao menos, nesse primeiro momento. Frisa-se, que a alteração na legislação apenas refletiu um intenso processo de revolução social vivido pela sociedade brasileira após anos de repressão pelo governo militar, que prezava pelos valores patriarcais.

Ainda que, conforme exposto na explanação acima, os dispositivos do CC/1916 que estabeleciam deveres conjugais distintos para homens e mulheres já estivesse revogados desde o advento da CFRB/88, apenas com o

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 170.

⁷ BRASIL. *Estatuto da Mulher Casada*, Lei n.4.121, de 27 de agosto de 1962. Brasília: Presidência da República, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm> Acesso em 25 mai. 2019.

⁸ Id. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

CC/2002 houve a supressão de tais artigos, adequando a Lei Civil ao disposto em nossa Carta Magna. Para tanto, valemo-nos das Lições de Paulo Lôbo:

“O código civil de 2002 suprimiu os deveres particulares do marido e da mulher, um dos pilares da desigualdade de tratamento legal entre os cônjuges, compatibilizando-se, nesse ponto, com os valores constitucionais. Por força da Constituição já se encontravam revogados desde o advento desta”.⁹

Partindo da premissa da igualdade de gênero, o artigo 1.566 do CC/2002 estabeleceu os seguintes deveres a serem observados entre os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos e V – respeito e consideração mútuos.

Tais deveres sequer necessitavam de previsão legal, pois já são automaticamente internalizados pelos cônjuges ao formar uma relação pautada em laços de afeto e de amor. A bem da verdade, as normas legais não têm a capacidade de manter os cônjuges unidos. Afinal, essa união, depende, em última análise, da vontade dos próprios cônjuges. Por essa razão, o dispositivo é recebido com grandes críticas por parte doutrina, que rechaça com veemência a enorme intervenção estatal no seio familiar.

Embora não exista nenhuma receita pré-formulada que assegure o sucesso do casamento, pode-se afirmar, com certa tranquilidade, que não é a imposição de normas pelo Estado que garante a sua manutenção. O êxito do relacionamento depende tão somente da disposição dos cônjuges, razão pela qual a interferência estatal se torna desarrazoada e despropositada.

Maria Berenice Dias assevera o alcance da expressão “sim” na solenidade do casamento, já que além dos conhecidos efeitos do matrimônio – tais como, eficácia *erga omnes* perante a sociedade, necessidade autorização do outro cônjuge para vender ou gravar de ônus reais bens imóveis, prestar fiança, aval e fazer doações, presunção de filiação dos filhos havidos na constância do casamento, direito à alimentos e direitos no campo

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.141.

sucessório - o referido “sim” representa, ainda, a concordância dos nubentes com a flagrante intervenção estatal em suas vidas.

Vejamos:

“A necessidade de demarcar os núcleos familiares como elementos da sociedade leva o estado a regular, à exaustão, o casamento como forma de constituição da família. (...). Assumindo o encargo de proteger a família, sente-se autorizado a atribuir responsabilidades ao casal e impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges. O alcance da expressão “sim”, na solenidade do casamento, significa a concordância de ambos os nubentes com que o Estado estabeleça a eles, de forma rígida, deveres”.¹⁰

Apesar da enorme ingerência do Estado na comunhão familiar, tais deveres se tornam ineficientes. Isso se justifica porque, mesmo munidos de previsão legal, o inadimplemento destes, independentemente do grau ou da forma do descumprimento, não interfere nos planos de validade, existência ou eficácia do casamento.

E não só. Diante do inadimplemento dos deveres matrimoniais - salvo nos casos do descumprimento dos deveres de mútua assistência ou de sustento, guarda e educação dos filhos -, não há como acionar o Poder Judiciário para assegurar o seu cumprimento. Não é possível ajuizar ação de obrigação de fazer, visando impor o cumprimento dos deveres matrimoniais, pois não há como o Estado, mesmo dotado de sua força coatora, fazer um cônjuge agir com respeito para com o outro ou se abster de praticar atos de infidelidade.

Desse modo, constata-se que, diante da inexistência de sanção, os incisos dos art. 1.566 do CC podem ser interpretados como meras orientações feitas pelo Estado. Nesse sentido:

Os valores oriundos do casamento têm **conteúdo eminentemente ético**¹¹, porque se embasam nas regras morais e nos princípios de direito natural¹²

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.172.

¹¹ Grifo nosso.

¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça apud SANTOS, Regina Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 174.

Por fim, destaca-se que, com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, que impôs como único requisito para a dissolução do casamento a vontade dos consortes, e tão somente, sequer é permitido atribuir a uma das partes a culpa pelo fim do afeto, razão pela qual os deveres do casamento perdem ainda mais sua força. Neste diapasão, Carlos Roberto Gonçalves afirma:

“Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, ficam eles contidos em sua matriz ética, desprovidos de sanção jurídica, exceto nos casos de “sustento, guarda e educação dos filhos” e de “mutua assistência”, cuja violação pode acarretar, conforme a hipótese, a perda da guarda dos filhos ou ainda a suspensão ou destituição do poder familiar e a condenação ao pagamento da pensão alimentícia”.¹³

Apesar desse se apresentar como o entendimento majoritário na doutrina brasileira, há de frisar que existe uma corrente que enxerga a questão de modo diverso. Conforme se verá adiante, alguns doutrinadores, liderados por Regina Beatriz Tavares da Silva dos Santos¹⁴, defendem a interpretação literal ao art. 1.566, CC/2002. Assim, os deveres citados nesse dispositivo são interpretados como verdadeiramente deveres na ampla acepção do termo. Tal visão é objeto de enormes críticas, eis que não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que desrespeita a autonomia dos cônjuges.

A seguir, passa-se a análise desses deveres individualmente.

1.1.1. Fidelidade recíproca

i. Conceito

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (Vol.6). 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

¹⁴ Nessa mesma linha: “A lei estabelece deveres aos cônjuges e obriga-os à prática de certos atos e abstenção de outros. Uma vez violado esses deveres, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – ação, dano e nexa causa – assim como ocorre diante da prática de ato ilícito em outras relações jurídicas”. In: MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 368.

Em que pese o conceito de fidelidade recíproca parecer intuitivo, paira notória controvérsia acerca do mesmo. Os doutrinadores mais conservadores entendem que tal dever consubstancia, simultaneamente, a proibição de ter relações sexuais com terceiros e de praticar atos antecipatórios da conjunção carnal¹⁵. Ao passo que, os doutrinadores mais progressistas, acertadamente, entendem que tal devem representa somente a abstenção de consumação de relações sexuais com *outrem*¹⁶.

A fim de balizar a presente exposição, irá se adotar o entendimento da segunda corrente, pois a mesma parece mais acertada, em razão da explanação que será realizada a seguir.

O dever representa a abstenção de uma conduta, qual seja, a consumação de relações sexuais com *outrem*. Assim, fidelidade recíproca possui um ponto nodal de distinção em relação aos demais deveres, que, em sua maioria, trazem consigo um comando positivo. Não pairam dúvidas de que há tal previsão, pois o impulso da infidelidade existe¹⁷ e o Estado-juiz julgou importante trazer limitações a esse desejo.

Ao analisar o dever de fidelidade recíproca sob um prisma histórico, constata-se que esse sempre foi exigido de mais forma preponderante das mulheres, pois, como os filhos nascidos na constância do casamento presumem-se verdadeiros (art. 1.597, CC), era necessário que as esposas se mantivessem fieis, a fim de garantir a legitimidade sucessória. Evitava-se, assim, a *turbatio sanguinis*. Como se pode ver:

¹⁵ Nesse sentido, Regina Beatriz Tavares Silva desenvolve: "Seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal. SANTOS, Regina Tavares da Silva Papa dos. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza: São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1365.

¹⁶ Maria Helena Diniz discorre que "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 e da família matrimonial. Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro" DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º volume: Direito de Família. 29ª Edição revista e atualizada de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2014, p.131.

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.172.

“Historicamente, volta-se em grande medida para o controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*”.¹⁸

Em razão do risco de macular a legitimidade da prole e da pretensa possibilidade do varão criar um filho que não é seu, ao menos biologicamente, a doutrina mais tradicional entende que, ao menos sob o viés psicológico e social, o adultério feminino seria mais danoso do que aquele praticado pelos homens. Nesse sentido:

“Embora sob o prisma psicológico e social o adultério da mulher seja mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais e, com isso, introduzir prole alheia dentro da vida familiar, a ser sustentada pelo marido enganado, não se justifica, do ponto de vista jurídico qualquer distinção entre a infidelidade masculina e a feminina, por constituir um fator de perturbação da estabilidade do lar da família, além de séria injúria ao consorte”.¹⁹

Por outro lado, doutrinadores mais progressistas não realizam qualquer valoração do adultério pelo gênero, pois, inobstante restar inalterada a presunção de filiação dos filhos nascidos na constância do casamento, nos termos do artigo supracitado, como a Constituição Federal de 1988 não faz qualquer diferenciação entre a origem dos filhos (biológica ou não), a questão da legitimidade da prole perde sua importância:

“Por outro lado, sua utilidade para garantia da legitimidade dos filhos, fundada na consanguinidade e na família exclusivamente matrimonial, perdeu a consistência, pois a Constituição brasileira e o próprio Código Civil optaram pela igualdade absoluta dos filhos de qualquer origem biológica, ou não biológica”.²⁰

Dessa forma, apesar da discussão sobre a gravidade do adultério em virtude do gênero ter caído por terra, o referido dever continua existindo em nosso ordenamento jurídico, como uma forma de conter ímpetos humanos.

ii. Considerações gerais

Conforme exposto anteriormente, os deveres conjugais, em sua maioria, são objeto de fortes críticas pela doutrina brasileira em razão de sua

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.143.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (Vol.6). 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.192.

²⁰ LÔBO, Paulo. Op. cit., p.143.

inocuidade. Isto porque, de forma geral, não há como aplicar sanções ao seu descumprimento e nem mesmo como ingressar com uma ação para obter um comando obrigando o outro cônjuge a cumprir determinado dever. O Estado, ainda que dotado de força coatora, não consegue impor os deveres elencados no art. 1.566 do Código Civil. Assim, o mesmo ocorre com o dever de fidelidade recíproca, pois não há como pleitear perante o Poder Judiciário a sua observância.

Neste diapasão, indaga Maria Berenice Dias:

“Tratar-se-ia de execução de obrigação não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Seria o caso de imposição de *astreinte*, devendo o infiel pagar uma multa por cada traição?”²¹

E ainda ressalta Regina Tavares dos Santos:

“Por força de seu caráter de seu caráter personalíssimo, descabe a execução forçada diante do respectivo inadimplemento. Assim, não há como obrigar o cônjuge a ser fiel”.²²

Mesmo com o rompimento do dever de fidelidade recíproca, o matrimônio continua existindo, pois não há qualquer alteração automática nos planos de validade, existência e eficácia do mesmo. A dissolução da sociedade conjugal, ou a separação de fato, que pode ocorrer de forma mais imediata, depende da vontade dos cônjuges, e tão somente.

Entretanto, o Estado, visando proteger a entidade familiar, não confere efeitos jurídicos as relações adúlteras. Prova disso é que (i) tais relações ainda são tidas como concubinas (art. 1.727, Código Civil) e (ii) que as famílias paralelas não são protegidas pelo ordenamento jurídico – contudo, tal situação pode ser em breve alterada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que irá julgar o Recurso Extraordinário (RE) 1045273²³, dotado de

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.175.

²² SANTOS, Regina Tavares da Silva Papa dos. Débito conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1045273*, Rel. ministro Alexandre de Moraes, Brasília, 15 mai. 2019. Disponível em:

repercussão geral, e decidirá sobre a possibilidade do reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva simultâneas.

iii. Infidelidade virtual

Com o advento da internet, foi criado um espaço virtual que permite aos indivíduos – independentemente do lugar em que estejam no planeta – se comuniquem em tempo real. *On line, on time, full time*²⁴. Em decorrência do estreitamento dos laços de comunicação, surgiu também uma nova forma de infidelidade, aquela praticada virtualmente.

Evidentemente, em tal modalidade de infidelidade não há como consumir a relação sexual. Desse modo, se o dever elencado no inciso I do art. 1.566 do Código Civil visa – ou melhor dizendo, visava – manter a legitimidade da prole, não há que se falar em quebra do dever de fidelidade conjugal diante do adultério virtual. Afinal, nesse mundo, as ações não se consomem, ficando adstritas ao plano da imaginação e do desejo.

Ainda que não haja quebra do dever de fidelidade recíproca no adultério online, já que se trata de um espaço de mera elucubração, a infidelidade virtual viola de forma flagrante e manifesta o dever de lealdade, e até mesmo, os deveres de respeito e consideração mútuos. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que tal ato é um desrespeito para com o outro cônjuge:

“Fala-se, hoje, em “infidelidade virtual” onde os relacionamentos extramatrimoniais dão-se no universo da informática, especificamente *via Internet*, o que não deixa de caracterizar uma atitude de efetivo desrespeito ao outro cônjuge”.²⁵

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5181220&numeroProcesso=1045273&classeProcesso=RE&numeroTema=529#>> Acesso em 20 mai. 2019.

²⁴ Slogan publicitário do jornal O Globo.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.174-175.

Logo, resta configurado que tal ato, ainda que não violador do dever de fidelidade recíproca, pode representar injúria grave (art. 140, Código Penal²⁶) e além de desrespeitar o dever contido no art. 1566, V, CC/2002.

1.1.2. Vida em comum no domicílio conjugal

Dentre todos os deveres do casamento, provavelmente aquele que mais sofreu mutações e ressignificações e cuja análise há de ser mais relativizada é o dever de vida em comum no domicílio conjugal. Via de regra, o dever previsto no art. 1566, II, do Código Civil de 2002 deve ser compreendido como dever de coabitação, que obriga os cônjuges a viverem em um mesmo local e a compartilhar seus projetos e ambições de vida.

A própria etimologia da palavra cônjuge já contém a previsão de habitação sobre o mesmo teto, eis que o vocábulo é do verbo *conjugare* (do latim *cum jugare*), cujo significado é a união de duas pessoas sob a mesma canga.

Considerando as diversas alterações vividas na atualidade, com casais vivendo em locais distintos em razão de projetos profissionais, não é raro encontrar cônjuges que deixaram de viver sob a mesma canga, restando, contudo, preservada a comunhão de vidas. Portanto, no momento presente, a melhor definição desse dever é aquela que considera a comunhão de projetos de vida. Nesse sentido, Paulo Lôbo assevera:

“A doutrina costuma denominar esse dever de “coabitação”, mas o sentido que nele prevaleceu foi o de relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, na expressão eufemística de *debitum conjugale*, hoje tão justamente repudiada. (...). Hoje, melhor se diz dever de comunidade de vida ou de vida em comum, em união durável, na mesma habitação”.²⁷

i. O *debitum conjugale*

²⁶ BRASIL. *Código Penal*, Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 29 mai. 2019.

²⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.144-145.

Historicamente, o dever de “vida em comum” significava a obrigatoriedade de manter relações sexuais durante a convivência no lar comum. Nesse sentido, urge salientar que os homens podiam exigir, ainda, o pagamento deste *debitum conjugale*. A doutrina tradicional reconhecia que a recusa habitual da mulher em manter relações sexuais com o marido representava injúria grave, salvo justa causa.²⁸

Tal interpretação refletia os valores da sociedade do século XX que era pautada pelo patriarcalismo. Nesse momento, as mulheres ficavam encarregadas dos papéis iminentemente domésticos, ao passo que os homens eram responsáveis pela manutenção da família. Contudo, de maneira gradual, a noção do *débito conjugale* e de seu necessário pagamento passou a ser repudiada pela comunidade jurídica, sendo defendida apenas por uma parcela pequena da doutrina.²⁹

Atualmente, prevalece o entendimento de que a expressão “vida em comum” não pode ser interpretada como a sujeição a contatos sexuais. Conforme reconhecido por Maria Berenice Dias, a interpretação da doutrina tradicional, além de estimular a violência doméstica, também infringe diversos princípios constitucionais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, norteador de nosso ordenamento jurídico. Para tanto, transcreve-se as lições da Desembargadora:

“A previsão da vida em comum entre os deveres do casamento não significa imposição de vida sexual ativa nem a obrigação de manter relacionamento sexual. Essa interpretação infringe o princípio constitucional de respeito à dignidade da pessoa, o direito à liberdade à privacidade, além de afrontar o direito à inviolabilidade do próprio corpo. (...) Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal. Tal postura pode, perigosamente, cancelar a

²⁸ Nesse sentido: “Já se reconheceu que a recusa reiterada da mulher em manter relações sexuais com o marido caracteriza injúria grave, salvo se ela assim procedeu com justa causa”, *In*: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (Vol.6). 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.193.

²⁹ “Superado esse ponto, a *vida em comum*, no *domicílio conjugal*, antigo *dever de coabitação*, constitui expressamente outro dever decorrente do casamento (art. 1.555, II), o que inclui o *débito conjugal* (dever de manter relações sexuais, de acordo com a doutrina tradicional”. RODRIGUES, Sílvio apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, vol. 5 -Direito de Família. 13ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.113.

violência doméstica, sob a justificativa de garantir o exercício do direito ao contato sexual”.³⁰

Portanto, não há mais que se cogitar o pagamento desse suposto débito entre os cônjuges.

ii. Relativização do conceito

Atualmente, vem sendo admitida a hipótese dos cônjuges se manterem distantes em lares diferentes por um longo período do tempo. Isso implica dizer que se torna possível que o casal possua mais de um domicílio conjugal³¹, sem que isso represente uma violação ao dever de vida em comum.

Ao analisar a legislação civil, constata-se que a inexigibilidade desse dever é encontrada (i) no artigo 72 do Código Civil, que prevê a pluralidade de domicílios, ou ainda, (ii) no artigo 1.569 da mesma Lei que determina que o cônjuge poderá eventualmente ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

Percebe-se, portanto, que vida em comum não deve ser interpretada como conceito engessado, pois admite diversas exceções. Visando demonstrar a elasticidade do dever de vida em comum, valemo-nos das Lições de Flávio Tartuce para pôr fim a questão:

“Atualmente, o conceito de coabitação tem sido analisado tendo em vista a realidade social, de modo a admitir-se a coabitação fracionada. Nessa realidade, é possível admitir que cônjuges se mantenham distantes, em lares distintos, por boa parte do tempo, sem que haja o rompimento do afeto, do amor existente entre eles, vínculo mais forte a manter união”.³²

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.178-179.

³¹ “A imposição legal de vida no domicílio conjugal não se justifica, pois compete a ambos os cônjuges decidir onde e como vão morar. Necessário respeitar a vontade dos dois, sendo de todo descabido impor um lar comum, até porque a família pode ter mais de um domicílio (CC 71). Cada vez com mais frequência, casais vem optando por viverem em residências diversas, o que não significa infringência ao dever conjugal” Ibid.

³² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, vol. 5 - Direito de Família*. 13ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.113.

1.1.3. Mútua assistência

O dever de mútua assistência, que se encontra intimamente ligado ao conceito de comunhão de vidas, deve ser analisado levando em consideração seu duplo conteúdo. No que tange ao seu aspecto material, tal dever prevê que ambos os cônjuges devem prestar o necessário auxílio econômico para a manutenção do seu par. Todavia, a mútua assistência não se restringe a tal vertente, englobando também um aspecto moral, consubstanciado na noção de que os cônjuges devem se assistir nos diversos momentos de adversidade.

Conforme lecionado pela Desembargadora Maria Berenice Dias³³, o dever ora em comento traduz a ideia da promessa, realizada ao tempo da solenidade religiosa, na qual os nubentes prometem se amar e respeitar, seja na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença.

Há de se salientar que, por óbvio, o conceito de mútua assistência é variável de acordo com os valores que cada sociedade elege como primordiais para si. Logo, a depender do tempo e do local, pode haver uma variação seu significado. Contudo, sempre deverá ser levado em consideração o caráter dúplice de tal dever.

i. Assistência material

Não pairam muitas controvérsias acerca desse aspecto do conceito de mútua assistência. Diante disso, pode-se afirmar que o art. 1568 do CC, 2002 traduz com precisão a previsão de assistência material. O referido dispositivo legal determina que cada cônjuge auxiliará no sustento da família e na educação dos filhos – seja qual for o regime matrimonial adotado – na proporção de suas respectivas possibilidades. Assim, caso algum dos

³³ “A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia religiosa do casamento, nada mais significa do que o compromisso, imposto a ambos os cônjuges de atenderem o dever da mútua assistência (CC 1.566 III) e de mútuo respeito e consideração (CC 1.566 V)” In: DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.179.

cônjuges deixe de prestar assistência material, é possível ingressar com uma ação de alimentos nos moldes da Lei n. 5.478/68.

A controvérsia paira acerca de seu termo final. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o referido dever se encerra com o divórcio. Vejamos:

“Se qualquer um dos cônjuges faltar o dever de assistência, pode ser compelido compulsoriamente à prestação alimentar. O dever de mútua assistência extingue-se, porém, com a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio”.³⁴

Em sentido oposto, a Desembargadora Maria Berenice Dias entende que tal dever permanece mesmo após o divórcio, em razão das juras de auxílio que um dia foram prestadas:

“Os alimentos são irrenunciáveis (CC 1.707) e, mesmo que tenham sido dispensados quando da separação, é possível busca-los posteriormente (CC 1.704). Divergências existem sobre a possibilidade de serem reivindicados depois do divórcio. Não há vedação legal. Assim, não há como fazer a obrigação desaparecer quando a necessidade de um é absoluta e tem o ex-cônjuge condições de prestar auxílio a quem um dia jurou auxiliar na miséria e na doença”.³⁵

Considerando que (i) os tribunais locais vêm admitido em larga escala o pedido de alimentos após o divórcio³⁶ e que (ii) de fato, não há qualquer vedação legal nesse sentido, há que se dar azo a segunda corrente. Ou seja, o dever de mútua assistência poderá ser reivindicado mesmo após o término do vínculo matrimonial.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (Vol.6). 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.191.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.180.

³⁶ Nesse sentido: “Ação de alimentos. Pedido de alimentos após o divórcio. Possibilidade. Legitimidade ativa do cônjuge virago. Ausência de renúncia ou dispensa de alimentos na ação de divórcio. Dever de solidariedade e mútua assistência. Recurso provido por unanimidade para anular a sentença atacada. Com a consequente remessa dos autos ao juízo de origem para prosseguimento ao feito” IN: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. *APL: 3184594 PE*, Rel.Eduardo Augusto Paura Peres, Recife, 09 jan. 2014. E ainda: “Ação de alimentos. Revelia. Juntada extemporânea de documentos. Pretensão formulada após o divórcio. 1. Decretada a revelia do réu reputam-se verdadeiras as alegações formuladas pela autora da ação de alimentos ressalvada a existência de prova real e contrária nos autos. 2. Documentos produzidos apenas em grau e recurso não podem ser considerados pelo tribunal sem ofensa ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição. 3. A lei não restringe a possibilidade do pedido de alimentos após o divórcio. 4. Apelo conhecido e parcialmente provido. Unanimidade” *In*: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO, *AC 344642010 MA*, Rel. Paulo Sergio Velten Pereira, São Luís, 14 fev. 2011.

ii. Assistência moral

A assistência moral pode ser traduzida pelo zelo e pela atenção que os cônjuges devem prestar entre si. Considerando que os consortes são unidos pelos mais fortes laços de afeto, tal vertente da mútua assistência poderia ser até mesmo inferida, mas a doutrina faz expressa menção a esse sub-dever.

Na vida cotidiana, esse dever se desdobra no apoio irrestrito e incondicional diante de todos os momentos, sejam eles de felicidade ou sejam intempéries. Em termos mais simples, é poder contar com um “ombro amigo” diante de uma situação que desafia um dos cônjuges. Simultaneamente, é o papel de esteio que os cônjuges devem fornecer entre si, seja no aspecto moral ou profissional.

Nesse sentido, Caio Mário Pereira da Silva Pereira afirma:

“É o dever que o casamento gera. Não se concretiza no fornecimento apenas dos elementos materiais de alimentação e vestuário, que são óbvios. Inscrevem-se aí ainda a assistência moral, o amparo nas doenças, a solidariedade nas adversidades, como ainda o desfrute dos prazeres da vida na conformidade das posses e da educação de um e outro”.³⁷

Ainda que não existam formas de exigir o cumprimento de tal dever em juízo, como a maioria dos deveres, seu descumprimento, de forma paulatina, acaba ocasionando o divórcio. Isto porque que demonstra a falta de um elemento essencial do casamento, a saber: o afeto.

1.1.4. Sustento, guarda e educação dos filhos

Diferentemente dos deveres explanados acima, que se referiam à relação entre os cônjuges, o inciso IV do artigo 1.566 aborda o dever dos cônjuges para com a sua prole – que permanece mesmo que a sociedade conjugal venha a se dissolver.

Tal dispositivo se resume em três itens, quais sejam, o sustento dos rebentos, que consiste no auxílio material dos filhos, garantindo-lhes sua

³⁷ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.176-177.

subsistência (aqui são englobados as despesas com educação, lazer, saúde, esporte, dentre tantas outras); a guarda, que exprime a noção de convivência familiar e possibilidade de tomar decisões acerca vida dos menores, e ainda, a educação, referente a obrigação de fornecer o ensino escolar apropriado, além de cultura e de instruções básicas aos filhos.

Tais deveres, previstos no Código Civil, encontram origem tanto no art. 227 da CRFB/88 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º, Lei 8.069/90)³⁸. Tratam-se, portanto, de deveres de matriz constitucional, que visam garantir a observância da dignidade da pessoa humana.

Na constância do casamento, esses deveres (e, simultaneamente, direitos³⁹) são exercidos de forma conjunta pelos cônjuges consoante previsão do artigo 1.631 do Código Civil. Após a dissolução da sociedade conjugal, o único dever que é passível de alteração é o de guarda, pois essa pode ser atribuída de forma unilateral a um dos genitores, ainda que não seja essa a orientação costumeira de nossos tribunais. Já os deveres de sustento e educação permanecem intactos, não sofrendo quaisquer alterações com a dissolução da sociedade conjugal. Ora, isso se justifica visto que deveres são frutos da solidariedade social. Para tanto, apresenta-se aqui as lições de Flávio Tartuce:

“Essa previsão mantém relação direta com a solidariedade social prevista na Constituição Federal (art. 3º, I,) que obviamente deve estar presente nas relações familiares (*solidariedade familiar*), até mais do que em qualquer outra relação. Vale lembrar que a família é *célula mater* da sociedade e, se a solidariedade não for atendida em relações dessa natureza, o que dizer quanto ao restante das relações privadas”.⁴⁰

Há de se salientar que em situações de impossibilidade dos pais exercerem tais deveres – que, frisa-se, também são direitos – ou ainda caso não seja atribuição dos genitores, em razão de terem sofrido, i.e., ação de

³⁸ BRASIL. *Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990*. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

³⁹ Nesse sentido, Paulo Lôbo leciona: “É dever e direito, uma vez que interessa a cada um dos pais a formação, sanidade e convivência com os filhos” IN: LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

⁴⁰ Ibid, p. 145.

destituição do poder familiar, competirá ao respectivo responsável atender à todas essas atribuições, não sendo possível fugir de tais responsabilidades.

1.1.5. Respeito e consideração mútuos

O dever elencado pelo inciso V do art. 1.566 é provavelmente o dever cujo o conteúdo é mais flexível. Eis que, conforme nos ensina Paulo Lôbo:

“A lei a eles [aos cônjuges] delega a responsabilidade de qualificá-lo, segundo os valores que compartilhem, sem interferência do Estado-juiz na privacidade e na intimidade”⁴¹.

Constata-se, portanto, que diferentemente dos demais deveres, o respeito e consideração mútuos podem ser vistos como um “cheque em branco”, já que sua definição é atribuída pelos cônjuges. Considerando a inocuidade da instituição dos deveres do casamento, observa-se que todos os deveres deveriam ser dotados de tal maleabilidade.

Em que pese a supracitada discricionariedade, é possível afirmar, ainda, que tal dever espelha uma noção de respeito aos direitos da personalidade, refletindo assim, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88).

Desse modo, apesar da flexibilidade do conceito, pode-se dizer que respeito e a consideração mútuos consubstanciam a ideia de um dever negativo, segundo o qual os cônjuges não podem se expor a situações vexatórias.

1.2. A EC 66/2010 e o fim da discussão acerca da culpa

1.2.1. Evolução histórica

Até o ano de 1977, o casamento era indissolúvel no Brasil. Tal fato se deve à cultura católica e conservadora enraizada em nossa sociedade, que

⁴¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

considera o casamento uma instituição de natureza divina, impassível de rompimento.

O Código Civil de 1916 previa apenas o instituto do “desquite”⁴², por meio do qual se dissolvia a sociedade conjugal. Contudo, dessa forma, ainda era mantido incólume o vínculo matrimonial. Apesar de ser possível solucionar na ação de desquite avenças referentes à guarda, alimentos e visitação dos filhos, os desquitados não podiam contrair novas núpcias, em razão da manutenção do vínculo matrimonial.

Desse modo, as novas entidades familiares formadas pelos desquitados eram tidas como meras sociedades de fato, o que resultava em enorme insegurança jurídica. Soma-se a isso o fato de que os desquitados eram vistos com grandes ressalvas, e até mesmo com preconceito pela sociedade.

Visando pôr fim a referida situação, foi aprovada no dia 28 de junho de 1977, a Emenda Constitucional n. 9⁴³, de autoria do Senador Nelson Carneiro, também conhecida como a “emenda do divórcio”. Essa emenda alterou a redação dada ao parágrafo primeiro do art. 175 da Constituição Federal de 1969⁴⁴, revogando a indissolubilidade do casamento.

Então, o divórcio passou a ser admitido no país. Contudo, visando satisfazer os antdivorcistas, foi imposta a separação judicial por três anos (correspondente ao anterior “desquite”, mas agora com nova denominação). Somente a partir do transcurso desse prazo, poderia ser pleiteado o divórcio. Assim, inexistia o divórcio direto. Traz-se a nova redação conferida ao parágrafo 1º do art. 175 da Carta Magna de 1969:

“Art. 175, par. 1o, CRFB/1969: O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

⁴² Art. 315, III, CC/1916: A sociedade conjugal termina: III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

⁴³ BRASIL. *Emenda Constitucional n.9*, de 28 de junho de 1977. Brasília: Presidência da República, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc09-77.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

⁴⁴ Art. 175, § 1º, CRFB/1969: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.

Apenas com a promulgação da “constituição cidadã” em 1988, a situação veio a se alterar. O divórcio passou a ser autorizado desde de que houvesse separação de fato por 2 (dois) anos ou separação judicial há 1 (um) ano. Percebe-se, portanto, que separação judicial passou a ser uma faculdade, já que era possível requerer diretamente o divórcio, desde que configurada separação de fato pelo prazo acima referido. Vejamos:

“Art. 226, § 6º, CRFB/1988: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Desse modo, visando satisfazer as alas tradicionais da sociedade, percebe-se que ainda existia a possibilidade de buscar a separação. Logo, embora houvesse casos de indivíduos que não fossem casados, os mesmos se encontravam impedidos de contrair novas núpcias – mesmo o divórcio sendo previsto naquele ordenamento. Uma verdadeira contradição.

Com intuito de solucionar o imbróglio, em 2005, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) apresentou o projeto de Emenda Constitucional n. 66, que previa a dissolução do casamento unicamente pelo divórcio, já que a separação judicial se apresentava extremamente desgastante e custosa. Nesse sentido, Paulo Lobo explica:

“A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resultava em acréscimos e despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis⁴⁵. A superação do dualismo legal perpetua os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas nos espaços públicos dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação”⁴⁶.

O texto, aprovado pelo Congresso Nacional em 2010, alterou o art. 226, §6º, CRFB/88 e determinou, pura e simplesmente, que o casamento poderia ser dissolvido pelo divórcio – restando inexistente o requisito temporal para sua obtenção. Tal alteração representa a diminuição da

⁴⁵ Grifo nosso.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.150-151.

intervenção estatal perante o fim do casamento, que, anteriormente, impunha a obrigatoriedade de separação, a fim de resguardar eventual possibilidade de conciliação entre o então casal.

Ainda que exista controvérsia sobre a temática, parece acertado o entendimento que defende a revogação dos dispositivos infraconstitucionais que preveem a separação judicial, tal como defendido por Maria Berenice Dias:

“Ao ser excluído da Constituição Federal, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema.”⁴⁷ Não era necessário sequer expressamente revogá-los, nem argumentar a mudança levada a efeito, eis que o divórcio já se encontra disciplinado”.⁴⁸

Isto porque, como assevera Zeno Veloso, as normas constitucionais:

“São dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Todas as normas devem se adequar, têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (a Lei das leis).”⁴⁹

Frisa-se, ainda, que, caso sejam almejados os efeitos da separação judicial, a saber, dissolução da sociedade conjugal, poderá ser proposta ação de separação de corpos:

“Ainda que não tenham sido revogadas expressamente, a separação judicial e extrajudicial não haverão de sobreviver diante de sua completa inutilidade prática: se alguém por motivo religioso, por exemplo, não desejar o fim do vínculo matrimonial, mas somente o da sociedade conjugal, como era possível antes da emenda, visando eventual reconciliação, poderá propor, alcançando os mesmos resultados, ação de separação de corpos, que faz cessar os deveres conjugais”.⁵⁰

Com a eliminação da menção da separação judicial da Constituição Federal, não existem razões para a manutenção do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro, já que não é mais possível sua conversão em

⁴⁷ Grifo nosso.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.209.

⁴⁹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.

⁵⁰ Divórcio. Mário Luiz Delgado. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1, p. 654.

divórcio e sempre haverá a possibilidade de se ajuizar a ação de divórcio que sequer poderá ser negada pelo Poder Judiciário.

Contudo, faz-se necessário salientar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado atual, indo no sentido contrário a maioria dos doutrinadores, afirmou que a EC 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que versam sobre a separação judicial. Vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. **A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial**⁵¹. 3. Recurso especial provido.”⁵²

Ou seja, para o STJ, os dois institutos - separação judicial e divórcio - continuam a existir de maneira independente e autônoma. Todavia, o Supremo Tribunal Federal proferiu recentíssima decisão, precisamente no dia 7 de junho do corrente ano de 2019, reconhecendo a repercussão geral da matéria. Assim, o referido órgão irá julgar, no RE 1167478, de forma simultânea, se a separação judicial é requisito para o divórcio ou se o instituto se mantém de maneira autônoma no ordenamento jurídico após o advento da EC 66/2010⁵³.

Apesar de tal controvérsia, é certo que a referida emenda impôs como prerrogativa para o fim do casamento somente a vontade dos cônjuges, extirpando, portanto, a discussão acerca da culpa do nosso ordenamento

⁵¹ Grifos nosso.

⁵² SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1247098/MS*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 16 mai. 2017.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Tema 1053: Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº 66/2010*. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5562994&numeroProcesso=1167478&classeProcesso=RE&numeroTema=1053>> Acesso em: 10 jun. 2019.

jurídico. Não cabe mais discutir em juízo as causas que levaram à ruína do relacionamento.

É cabível concluir que o legislador quis unir, em um mesmo procedimento, a saber o divórcio, a dissolução da sociedade conjugal com a extinção do vínculo matrimonial, portanto, não há razões para manutenção da separação, que permite tão somente o primeiro efeito. Por conseguinte, não há mais como ser ventilada em juízo a culpa pelo fim do matrimônio e restou simplificada a dissolução do casamento no Brasil.

1.2.2. O fim da culpa na separação judicial

O art. 1.572 do CC/2002 prevê que qualquer um dos cônjuges poderá ingressar com ação de separação judicial, imputando ao outro ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. Dispõe, ainda, que são atos de impossibilidade da comunhão de vida o adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal por mais de um ano contínuo, a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa (art. 1.573, CC/2002).

Como consequência, o cônjuge que houver dado azo ao fim do amor, salvo exceções legalmente previstas, perderia o direito a pleitear alimentos (art. 1.704, CC/2002) e a utilizar o sobrenome do outro (art. 1.578, CC/2002).

Conforme já exposto alhures, a alteração realizada pela EC 66/2010 estabeleceu que o casamento civil se dissolve pelo divórcio, o que, na visão de diversos doutrinadores, retirou do nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se pleitear a separação judicial.

Diante da inovação promovida por tal emenda, que estabeleceu que o término do casamento depende somente do desejo dos cônjuges, não há mais como discutir a culpa, já que a ação de divórcio não contém tal previsão e a separação judicial, de acordo com a maioria dos civilistas, não mais subsiste. Logo, é impossível analisar em juízo como a conduta de um dos cônjuges

ocasionou o fim do casamento, por mais ultrajosa que essa tenha sido. Nesse sentido:

“Com o fim da separação, toda teoria da culpa esvaiu-se, e não é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento”.⁵⁴

Conforme exposto minuciosamente acima, ainda que o Código Civil mantenha os dispositivos referentes a separação judicial, há que se considerar que os mesmos se encontram revogados, em razão de norma de maior hierarquia, qual seja, a Constituição Federal, que prevê apenas a existência do divórcio, sem quaisquer requisitos, sejam eles de esfera subjetiva ou objetiva.

Em virtude da impossibilidade de se imputar a uma das partes a culpa pelo fim do afeto, os deveres matrimoniais restaram ainda mais esvaziados, de modo que passaram a ser apenas e tão somente uma diretriz sugerida pelo Estado. Todavia, conforme se verá a seguir, nada impede que seja proposta uma ação indenizatória de danos morais, caso a quebra de algum dos referidos deveres represente também a prática de um ilícito civil.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição revisada, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.209.

Capítulo 2. Danos morais no ordenamento jurídico brasileiro

2.1. Pressupostos da responsabilidade civil: ato ilícito, culpa, dano e nexos causal

Os pressupostos da responsabilidade civil são recebidos com grandes divergências pela doutrina civilista. Não obstante a importância da matéria, a doutrina ainda não logrou êxito em chegar a um consenso quanto a tais pressupostos. Todavia, ao analisar o art. 186 do Código Civil, constata-se que a classificação tetrapartida – que considera ato ilícito, culpa, dano e nexos causal – é a mais acertada.

2.1.1. Ato ilícito

O ato ilícito é de enorme importância para o ordenamento jurídico, eis que, a partir dele nasce o dever de reparação. Em outras palavras, pode-se dizer que o ato ilícito é o “fato gerador da responsabilidade civil”⁵⁵. A fim de compreender melhor seu conceito, é necessário entender, *prima facie*, que o ato ilícito é um fato jurídico. E, nas definições de Pietro Perlingeri, o fato jurídico é “qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância”⁵⁶

Ou seja, o fato jurídico é aquele que, seja oriundo da natureza ou da vontade humana, possui a capacidade de interferir na ordem jurídica de modo a produzir efeitos. Todavia, insta salientar que nem todo fato jurídico é um ato ilícito. Isto porque, existem fatos (lícitos) que repercutem no mundo

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20.

⁵⁶ PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª edição. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 89.

jurídico, mas que estão em plena conformidade com esse, não violando, portanto, quaisquer normas.

Embora os atos lícitos e ilícitos sejam igualmente considerados pelo Código Civil de 2002, apenas é dada importância aos efeitos desse último, conforme depreende-se da análise do art. 186, CC/2002. Como consequência, o ato ilícito é um fato antijurídico, que surge na medida em que é violado um dever jurídico imposto. Esse é o dado objetivo do ato ilícito, a antijuricidade.

Não é necessário que haja vontade humana visando violar determinado dever jurídico, eis que muitas vezes tal transgressão decorre de atos involuntários, mas que podem ser imputados a uma determinada pessoa. Têm-se, portanto, o elemento subjetivo do ilícito, a imputabilidade. Desse modo, não cabe apurar o intento da prática de determinado ato, mas tão somente se existe nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

A fim de que não restem dúvidas, frisa-se que o ato ilícito engloba duas vertentes: a primeira, objetiva, concerne a aferição do fato e a contrariedade deste ao ordenamento jurídico. Já a segunda, subjetiva, refere-se à capacidade do agente de compreender a antijuridicidade de seu comportamento.

Em suma, é possível definir o ato ilícito como “todo fato, conduta ou evento, contrário ao direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (= de praticar ilícito)”.⁵⁷

2.1.2. Culpa

Não obstante a necessidade do agente ser imputável para que determinado ato lhe seja atribuído, urge verificar a existência do elemento culpa. Isso é relevante pois o art. 186, CC/2002 somente prevê a existência do dever de reparação quando restar caracterizado o comportamento culposos.

⁵⁷ ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148.

Porém, o mencionado artigo não traz qualquer definição para a culpa, ainda que, inequivocamente, adote o conceito de culpa *lato sensu*. Explica-se.

A culpa em sentido amplo (*lato sensu*) abrange toda espécie de comportamento contrário ao ordenamento jurídico, e, ao fazê-lo, engloba dois conceitos, quais sejam, o dolo e a culpa *strictu sensu*.

i. Dolo

O dolo pode ser compreendido pela conduta intencional do agente que age de maneira consciente, e, ao fazê-lo, deseja um resultado ilícito - ou assume o risco de sua ocorrência. Ou seja, o agente, mesmo prevendo o dano que sua atividade causará, prossegue com a mesma.

Nesse sentido, apresenta-se aqui a definição trazida por Caio Mario Pereira da Silva Pereira:

“Dolo, ou culpa consciente, dizia-se a infringência de uma norma com o propósito deliberado de causar um mal ou causar praticar uma injúria, ou cometer um ilícito. Seria o ato praticado com a finalidade de causar o dano”⁵⁸

É cabível frisar que conceito de dolo sofreu modificações quanto a sua abrangência. Inicialmente, exigia-se que houvesse a intenção de lesar. Contudo, gradativamente, passou a ser exigido tão somente a consciência acerca do resultado, não necessitando que o agente tivesse o propósito de causar dano. Logo, restará caracterizado o dolo se o agente tiver assumido o risco de produzir o resultado antijurídico.

ii. Culpa stricto sensu

Diferentemente do que se observa com o dolo, na culpa *stricto sensu* inexistente a intenção de lesar ou assunção do risco quanto a sua produção. Isso se justifica porque a culpa é a “violação de um dever objetivo de cuidado,

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.89.

que o agente podia conhecer e observar, ou como querem outros, a omissão de diligência exigível”⁵⁹.

Nesse caso, o agente visava apenas a ação, mas não o resultado, eis que esse decorre da inobservância do dever objetivo de cuidado. O agente não tinha a noção de que seu comportamento estaria em desconformidade com direito e que poderia causar dano a *outrem*.

Por sua vez, a falta do supracitado dever de cuidado se manifesta através da imprudência, da negligência ou da imperícia. Ressalta-se que essas não são espécies da culpa, e nem mesmo elementos desta, mas apenas formas pelas quais a culpa se revela.

iii. Distinções entre dolo e culpa *strito sensu*

A fim de elucidar a diferença entre dolo e culpa, Rui Stoco salienta:

“Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*)”.⁶⁰

Ainda que tanto no dolo quanto na culpa exista conduta voluntária por parte do agente, no dolo a referida conduta já nasce com o objetivo de ser ilícita, pois tanto a ação quanto o resultado se destinam a atingir um resultado vedado pelo direito. Por sua vez, no que tange a culpa *strito sensu*, é visada apenas a ação, que inicialmente é lícita. Contudo, ao não ser observado o dever de cuidado, acaba-se atingindo uma conduta antijurídica.

Todavia, a responsabilidade civil não se preocupa com tal distinção, eis que seu objetivo é apenas garantir a indenização da vítima e não punir o agente pela prática de determinado ato. Nesse sentido, urge apenas verificar se no momento da conduta o sujeito agiu com culpa *lato sensu*.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p.47.

⁶⁰ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª edição. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.133.

2.1.3. Nexo causal

O nexo causal é provavelmente o pressuposto da responsabilidade civil de definição mais tortuosa. A bem da verdade, embora a doutrina tenha se encarregado de criar diversas teorias sobre a relação de causalidade, ainda não se chegou a um consenso sobre a adoção de nenhuma delas. Por isso, Caio Mário da Silva Pereira, afirma que “é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado.”⁶¹

O nexo causal deve ser o primeiro pressuposto a ser verificado ao analisar um caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de adentrar na culpabilidade do agente, faz-se necessário definir se ele gerou aquele resultado danoso. Isto porque, ninguém poderá responder por algo que não tenha dado causa.

Nesse sentido, urge distinguir causalidade e culpabilidade. Ao verificar a existência de causalidade, deve ser realizada uma análise objetiva, qual seja, verificar se o agente deu causa ao resultado danoso. Por sua vez, ao analisar a culpabilidade, deve ser verificado se o agente desejou produzir o resultado danoso ou assumiu o risco quanto sua produção.

Isto significa que, a fim de se estabelecer o nexo causal, não é suficiente que o agente tenha praticado um ato ilícito e que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso ainda que o dano sofrido pela vítima tenha como causa o ato ilícito do agente. Em suma, a causalidade é a relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o dano.

Além disso, ressalta-se, que o nexo causal exerce duas funções na responsabilidade civil. A primeira função é determinar quem deverá reparar o dano, ou seja, atribuir a obrigação de indenizar àquele que causou o ato ilícito. Por seu turno, a segunda função, refere-se à determinação da extensão do dano.

A doutrina civilista criou ainda três principais teorias que analisaram o nexo de causalidade, quais sejam: teoria da causalidade adequada, teoria

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.105.

dos danos diretos e teoria da equivalência dos antecedentes. Não cabe esmiuçar na presente exposição os pormenores dessas teorias, contudo, ante de tal divergência, urge trazer à baila as Lições de Rui Stoco:

“Como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado”.⁶²

2.1.4. Dano

O dano possui um papel de destaque na responsabilidade civil, pois é o fato jurídico que a faz surgir. Por isso, “pas préjudice, pas responsabilité civile.”⁶³ Ou seja, não haverá uma obrigação ante a ausência do dano. Nesse sentido, asseverava Agostinho Alvim:

“Como regra geral, devermos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”.⁶⁴

Em razão de sua indispensabilidade, é o pressuposto da responsabilidade civil que menos causa polêmica na doutrina, eis que quase todos o consideram como regra.

Além disso, salienta-se que diante da alteração de paradigma sofrida pelo direito civil, que passou a pautar-se em pressupostos existenciais e não mais patrimoniais, foi dada uma relevância ainda maior ao dano e a sua reparabilidade, que, até então, eram a exceção, em virtude da necessidade de se proteger a liberdade dos agentes econômicos. Percebe-se, conseqüentemente, um novo paradigma vivido pelo instituto, que preza, sobretudo, pelo ressarcimento da vítima.

⁶² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª edição. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 152.

⁶³ LALOU, Henri. *Responsabilité Civile*. Pariz: Dalloz, 1962, p.97.

⁶⁴ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações*. São Paulo, Saraiva. 1980, p. 142.

Contudo, a fim de garantir a correta aplicação dos institutos da responsabilidade civil, mostra-se relevante definir o que é dano. Da mesma maneira como ocorre com os demais pressupostos, o Código Civil não fornece qualquer conceito para o dano, e nem mesmo elenca um rol das lesões que deveriam ser tuteladas pelo direito. O legislador preferiu optar por um sistema aberto, que contém uma cláusula geral de reparação de danos.

O art. 186, CC/2002 sinaliza o conceito vago de dano cuja definição fica a cargo da doutrina e da jurisprudência. Todavia, apesar dessa noção aberta, não se pode confundir a consequência do dano com os seus efeitos. Por essa razão, merece ser rechaçada a corrente que entende o dano como prejuízo ou como dor e sofrimento (na hipótese de danos morais).

Logo, deve-se voltar à causa do dano e à sua origem, observando o bem jurídico atingido, i.e., que foi lesado. Desse modo, pode-se chegar ao conceito de dano como “sendo a lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a sua imagem, a liberdade e etc”.⁶⁵

Porém, ainda que muito próximas, há uma definição ainda mais precisa para o dano, sendo aquela que considera “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”⁶⁶. Por sua vez, a definição do que será um interesse concretamente merecedor de tutela ficará a cargo dos órgãos julgadores, que deverão analisar os interesses dos envolvidos no conflito – eis a cláusula geral de reparação de danos.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

⁶⁶ ROSENWALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246.

2.2. O dano moral

Antes de se adentrar nos pormenores dos danos morais urge destacar, em análise *prima facie*, que, dentro do atual parâmetro do Direito Civil Constitucional, tal instituto visa garantir a pessoa humana. Nesse sentido, assevera Maria Celina Bodin de Moraes:

“(...) o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado”.⁶⁷

Estabelecida essa importante premissa, passa-se, então, ao seu exame.

2.2.1. Evolução histórica do conceito de dano moral

A fim de analisar a possibilidade (ou não) de arbitrar danos morais ante a quebra do dever de fidelidade recíproca, faz-se mister expor, em apertadas linhas, o histórico do dano moral.

i. Fase da irreparabilidade (dano moral não indenizável)

Em um primeiro momento, o dano moral não era indenizável sob o equivocado fundamento dele ser inestimável. Se não é possível medir a dor, como consequência, não se poderia indenizá-la. Corroborando para a impossibilidade de ressarcimento, julgava-se, ainda, imoral estabelecer um preço para a dor (*pretium doloris*). O Supremo Tribunal Federal, até metade de século passado afirmava, de forma categórica que apenas os danos materiais seriam passíveis de indenização. Vejamos:

“Não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”.⁶⁸

Todavia, gradativamente, foi-se constatando a falta de lógica em negar o ressarcimento do dano moral em razão de seu caráter inestimável, já que

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos À Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2ª edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p.182.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 11.786*, Rel ministro Hahnemann Guimarães, 2ª turma, Brasília, 06 out. 1952.

não se pretende quantificar a dor, mas apenas estabelecer uma compensação pelo sofrimento. Nesse sentido, afirma Sergio Cavalieri:

“Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que compense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida”.⁶⁹

Na mesma toada, Maria Celina Bodin de Moraes explica:

“Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; indenizar é a palavra que provém do latim, “*in dene*”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível em no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é *compensável*(...).”⁷⁰

Ou seja, pretende-se com dano moral apenas e tão somente uma compensação para amenizar as consequências do sofrimento. Nesse aspecto, difere-se do dano material, cujo fito é estabelecer equivalência na reparação do prejuízo. Além disso, o arbitramento do dano moral é de suma importância em razão de seu caráter punitivo, que estabelece uma infração, ainda que pecuniária, ao causador do dano.

ii. Fase da inacumulabilidade do dano moral e material

No segundo momento, passou-se a se admitir a fixação de danos morais, contudo, não poderia haver cumulação com o dano material. Isto porque, entendia-se que o dano material englobaria o dano moral, o que impossibilitaria o seu arbitramento.

Todavia, há de frisar que, inobstante a impossibilidade de cumulação com o dano material, o dano moral ainda era analisado sob raios patrimoniais. Para ilustrar a questão, traz-se à baila um precedente do Supremo Tribunal Federal⁷¹, no qual foram concedidos danos morais pela morte de um menino que havia caído de um trem, contudo, a indenização, ao invés de ter sido

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p.109.

⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos À Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2ª edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p.145.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 85.127, Rel. Ministro Soares Muñoz, 1ª Turma, Brasília, 19 abr. 1979.

calculada pela dor da perda do filho, foi arbitrada tendo como base o que os pais haviam gastado, até aquele momento, com o sustento da criança.

Novamente, tal raciocínio apresentava problemas, já que em inúmeros casos, a vítima sofre prejuízos patrimoniais e lesão à direitos extrapatrimoniais, de modo que não é possível vincular uma coisa à outra. Por exemplo, a morte de um ente querido, provedor da família, irá gerar, simultaneamente, a perda do auxílio material fornecido por ele, e, também, o sofrimento pela sua morte. Desse modo, ainda que o evento danoso seja o mesmo, não pairam dúvidas de que são gerados efeitos em diferentes searas.

Paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal avançou em sua jurisprudência, permitindo a acumulação entre o dano moral e material ⁷²— todavia, apesar de tal avanço, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 foi colocada uma pá de cal sob a questão.

iii. Fase atual

A Constituição de 1988 previu explicitamente reparação do dano moral nos art. 5º, V e X, ceifando com quaisquer dúvidas sobre sua existência. Seguindo o caminho estabelecido pela Carta Magna, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) também previu o dano moral no seu art. 6º, VI e VII. E, por fim, o Código Civil de 2002 no art. 186 determinou que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que na esfera exclusivamente moral.

Desse modo, tornou-se inquestionável a possibilidade de arbitramento de danos morais – cumulados ou não com danos materiais⁷³.

⁷² “Nesse sentido, consultem-se os RE 95.103 (RTJ 108/648)/ 100.297 (RTJ 110/342); 89.558 (RTJ 89/660); 83.296 (RJ 83/172) etc.” In: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p.110.

⁷³ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo ato”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 37*. Brasília, 24 out.2014.

2.2.2. Conceito de dano moral

Em que pese o dano moral ser expressamente previsto em diversos diplomas legislativos, conforme exposto acima, inexiste no ordenamento jurídico pátrio um conceito definido de dano moral, já que toda definição é perigosa, ainda mais no campo do direito civil.

Frisa-se que não há como enumerar e listar todas as espécies de danos morais, eis que haverá uma nova possibilidade sendo criada. Neste diapasão, Maria Celina Bodin de Moraes observa que:

“Por isso, não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva”.⁷⁴

Desse modo, sua definição nos é fornecida pela jurisprudência, que se encarrega da aplicação da Lei, e pela posterior baliza realizada pelos doutrinadores.

i. O conceito negativo de dano moral

Parte da doutrina se vale do conceito negativo ou, por exclusão, do dano moral. Para os defensores dessa corrente, o dano moral é aquele despido de caráter patrimonial, isto é, todo dano que não for material. Nesse sentido, asseverava Savatier que o dano moral é “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”⁷⁵.

Todavia, essa metodologia não é adequada para definir dano moral, visto que nada diz, além de não fornecer explicação precisa sobre seu

⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos À Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2ª edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p.121.

⁷⁵ SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Tomo II, n. 525. Paris: Librairie Generale de Droit, 1951, p. 92.

conceito. Ao considerar a definição de dano não patrimonial, afirma-se, por inferência, que o dano moral causa apenas uma dor moral, incorrendo-se, portanto, em um verdadeiro sofisma. Desse modo, tal linha de raciocínio merece ser rechaçada.

ii. O conceito de dano moral como dor e sofrimento

Contrapondo-se a corrente que adota o conceito negativo, estão aqueles que definem dano moral como a dor, vexame, humilhação e sofrimento. Em outras palavras, o caráter positivo do dano moral. É, em suma, a dor da alma, não apenas em seu aspecto físico. Nesse sentido, leciona Carlos Alberto Bittar que os danos morais:

“Se traduzem pela perturbação de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.⁷⁶

Observa-se que para os adeptos de tal corrente, o dano moral pressupõe, necessariamente, a existência de da dor, da mágoa ou do sofrimento. Todavia, mais uma vez, a definição não parece de todo correta, pois cada indivíduo recebe as situações da vida de forma distinta. Desse modo, fatos cotidianos e prosaicos podem representar considerável abalo na vida de algumas pessoas, contudo, em razão de seu aspecto de normalidade, não devem ensejar danos morais.

Além disso, ao considerar tal definição resta impossível o arbitramento de danos morais para aquelas pessoas incapazes de expressar manifestações de dor, raiva ou desprazer, como é o caso do nascituro, das pessoas em estado de inconsciência, das crianças de pouca idade e das pessoas acometidas por doenças mentais. Portanto, valemo-nos da seguinte indagação:

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 31.

“Ou alguém duvida em sã consciência que um estupro sofrido por uma paciente hospitalar estado em comatoso não se configure dano extrapatrimonial, mesmo que incapaz de revelar sinais de dor, mágoa ou depressão?”⁷⁷

Constata-se, portanto, que o dano moral não pode ser vinculado a uma reação psíquica da vítima, eis que os sentimentos desagradáveis ocasionados pelo evento danoso representam apenas sua consequência, sua repercussão e seu desdobramento. Conforme já exposto acima, é possível haver situações passíveis de indenização por danos morais, mas que não importem em qualquer dor na alma.

Ora, isso se justifica porque, “assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade”⁷⁸.

iii. O conceito de dano moral como violação à dignidade

O professor Sergio Cavalieri, acompanhado de tantos outros civilistas, conceitua o dano moral como a violação do direito à dignidade. Vejamos:

“Assim, à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral em dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.”⁷⁹

Tal conceito, de modo acertado, permite o reconhecimento do dano moral em situações nas quais não há alteração (negativa) no estado anímico da vítima do dano.

Do mesmo modo, também não oferece uma análise minimalista do dano moral, tal como fazem aqueles que o reduzem à ofensa dos direitos da personalidade, já que “existem direitos fundamentais como a liberdade,

⁷⁷ ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.303.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p.107

⁷⁹ Ibid., p.106-107.

igualdade e solidariedade que não se inserem no catálogo aberto de direitos da personalidade, mas são inequívocas projeções da dignidade a pessoa humana”.⁸⁰

Acerca de tal definição, adverte Maria Celina Bodin de Moraes:

“De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará reparação, as apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito.”⁸¹

É possível utilizar a referida noção de “violação à dignidade” para conceituar o dano moral, todavia, ao fazê-lo, resta estabelecida uma verdadeira “fórmula matemática” – genérica e abstrata, que não fornece qualquer segurança jurídica. Desse modo, o conceito de dignidade, ainda que de melhor aferição, substituiria o conceito de dor e sofrimento. Caminha-se de um dogma à outro.

Mesmo que tal conceito não seja dotado de qualquer equívoco, o mesmo se revela precário e incompleto. Apesar da universalidade do conceito de dignidade, é impossível eliminar disparidades ao analisar sua ofensa.

Para ilustrar melhor a situação, basta lembrar o conhecido episódio do arremesso de anão, no qual houve uma grande comoção da sociedade em razão da coisificação do mesmo, mas o próprio anão não se sentiu desrespeitado ou mesmo violado em sua dignidade em momento algum – restando comprovada, portanto, a falta de tecnicidade de tal definição.

Desse modo, explica-se, a seguir, a definição que melhor elucida os danos morais.

iv. O conceito de dano moral como lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela

⁸⁰ ROSENWALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.305.

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos À Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2ª edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p.189.

Talvez um dos conceitos mais precisos do dano moral seja aquele que o considere como “**uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.**”⁸² Acertadamente, constata-se que, a partir de tal conceito, pode ser configurado o dano moral tanto diante da ofensa a um direito da personalidade quanto a um direito fundamental do ofendido.

Ressalta-se que, ao realizar a análise acerca da existência da lesão acima referida, tal exame deve sempre ser balizado “pela técnica da ponderação e pela regra da proporcionalidade, considerando as circunstâncias concretas”⁸³.

Portanto, ao colocarmos tal conceito em perspectiva, resta evidente o equívoco de nossos tribunais pátrios que consideram configurado o dano moral *in re ipsa* sempre que houver violação à dignidade da pessoa humana, independentemente da existência de dor e sofrimento. Ainda que seja desnecessária a prova da dor da alma, tal fato não pode, como consequência, dispensar a demonstração do dano moral.

Desse modo, incorre-se em uma perigosa cláusula geral de dignidade, quando na realidade, deveria ser buscada **a uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela**⁸⁴, conforme já disposto acima. Da mesma forma como se observa com o dano material, não pode ser dispensada a prova da ocorrência do dano moral. Nesse sentido:

“A formula *in re ipsa*, como vindo sendo utilizada atualmente, converte a dignidade em um sacrossanto princípio, sacramentando o *an debeat* pelo simples relato da vítima quanto ao fato que abstratamente lhe ocasionou a lesão da dignidade”.⁸⁵

E ainda:

“Isso significa que o dano moral só pode ser presumido, ou *in re ipsa*, no plano das consequências sobre as variáveis subjetivas da vítima, mas jamais presumido no que concerne à própria demonstração da existência do dano extrapatrimonial”⁸⁶

⁸² Grifo nosso. ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.307.

⁸³ ROSENWALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.307.

⁸⁴ Grifo nosso. *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*, p.308-309.

⁸⁶ *Ibid.*, p.309

Por fim, salienta-se que, ao considerar o dano moral, insiste-se aqui, como **uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela**⁸⁷, isso não significa que o dano moral só restará configurado ante a gravidade da ofensa, já que qualquer ofensa a um bem jurídico da personalidade deve ser considerada como alarmante.

2.3. Danos morais na órbita do casamento

O casamento tem como origem a manifestação de vontade de seus contraentes, o que via de regra o caracterizaria como contrato. Todavia, diante de seu desfazimento, não é possível analisar a situação como um mero inadimplemento contratual. Isso ocorre porque o casamento é uma instituição *sui generis*, e seu fim deve ser regulamentado pelas normas do direito familiar. Dessa forma, nesse caso, não se pode aplicar o direito obrigacional, pois a origem do relacionamento é o afeto, o que o diferencia das demais relações jurídicas.

Considerando, portanto, que a normativa do inadimplemento contratual não é adequada ao fim do matrimônio, ante a violação dos compromissos conjugais, deve-se analisar com cautela aplicação da responsabilidade civil, que deverá ser readequada a este ambiente, tendo em vista que a dor e o sofrimento assumem outra dimensão no matrimônio.

Frisa-se, a seu turno, que consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça “inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no direito de família”⁸⁸.

Ainda que, consoante visto neste capítulo, deva ser rechaçada a conceituação dos danos morais como dor e sofrimento, na prática, ainda é

⁸⁷ Grifo nosso. ROSENWALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.307.

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial 1.159.242-SP* (2009/0193701-9), Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma, Brasília, 10 mai. 2012.

possível ver tal aplicação pelos tribunais pátrios⁸⁹, contudo, esse parâmetro se mostra ainda mais inapropriado para os casos de responsabilidade civil advindos do casamento, pois:

“Dentro de uma relação afetiva como o casamento, não se pode conceber a dor e o abalo sob um viés de normalidade, pois se cuida de uma realidade possível ao serem considerados os caminhos tortuosos enveredados pelo coração em um convívio interpessoal permanente”⁹⁰.

Não é possível extirpar do relacionamento amoroso a exposição a expectativas e frustrações, que lhe são tão típicas. Ainda que o fim do relacionamento importe em sofrimento, *a priori*, tal dor não será indenizável, por ser passageira e se encontrar dentro do parâmetro do esperado.

Por conseguinte, na seara do casamento, é ratificado o desacerto da conceituação de danos morais como dor e sofrimento, restando irreparável a definição de danos morais como **“uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”**⁹¹. Em suma, o instituto casamento não é capaz de repelir a aplicação da responsabilidade civil, assim, mesmo que um dos cônjuges tenha praticado ato ilícito, ele, como causador do dano, deverá ser responsabilizado.

⁸⁹“RESPONSABILIDADE CIVIL. Lesões corporais causadas por investigadores de polícia. Responsabilidade objetiva da administração. Comprovação do nexa causal. Dano moral. Dor e sofrimento ensejam indenização. Valor. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a fidelidade da reparação, a indenização por danos morais fixada em 100 salários mínimos não se mostra exorbitante, nem tampouco desproporcional à ofensa sofrida pelo autor. Juros moratórios contados desde o evento danoso. Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, Recurso adesivo. Pretensa alteração do quantum fixado a título de danos morais. Inviabilidade. Valor fixado de forma proporcional. Manutenção da sentença. Recursos desprovidos” (Grifo nosso). In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AC 3605425800 SP, Rel. Ministro Oscild de Lima Júnior, São Paulo, 11ª Câmara de Direito Público, 09 dez. 2008.

⁹⁰ MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.364.

⁹¹ ROSENWALD, Nelson; et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.307.

Capítulo 3. Possibilidade jurídica da indenização por dano moral ante a quebra do dever de fidelidade recíproca

3.1. Danos morais *in re ipsa* pela quebra do dever de fidelidade

3.1.1. Aspectos gerais

Existe uma corrente doutrinária, liderada por Regina Tavares da Silva dos Santos⁹², que interpreta os deveres elencados no art. 1.566 do Código Civil como normas cogentes. Portanto, uma vez descumpridos os deveres elencados no referido artigo é gerada, automaticamente, a obrigação de indenizar. Em outras palavras, parte da doutrina civilista não enxerga os deveres do matrimônio como normas de conteúdo ético, mas como verdadeiros deveres – na ampla acepção do termo.

Para os adeptos de tal entendimento, a indenização seria devida tanto diante do descumprimento dos casos gerais de ilicitude, nos termos dos artigos 186 c/c 927 do Código Civil, como em casos específicos, e aí incluindo-se nessa segunda hipótese, as violações dos deveres do matrimônio previstos no art. 1.566 do mesmo *codex*. Assim, o direito familiar não poderia ser visto de forma desassociada do restante do ordenamento jurídico, de modo que, se houver a violação de um dos deveres previstos nessa seara, nascerá a obrigação de indenizar.

Por conseguinte, uma vez violado o dever trazido no inciso I do art. 1.566 do Código Civil, qual seja, o dever de fidelidade recíproca, resta caracterizado o ato ilícito, sendo cabível a indenização por danos morais.

⁹² SANTOS, Regina Tavares da Silva. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento *In: STOCO*, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.424.

Frisa-se que sequer é exigido que se faça uma análise do caso concreto, de modo a verificar se houve a **“uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”**⁹³, pois o mesmo já é presumido.

A fim de elucidar a questão, valemo-nos de um exemplo fornecido por Maria Celina Bodin de Moraes⁹⁴. A mesma explica que para os defensores dessa corrente, haverá dano moral a ser reparado tanto diante de situação na qual ocorre uma traição quanto diante de um episódio no qual a mulher é vítima de violência doméstica por seu cônjuge – ou seja, existem duas situações capazes de gerar reparação, quais sejam (i) a violação art. 1.566, I, CC/2002 ou a (ii) ocorrência de um ilícito absoluto (regido pela cláusula geral de ilicitude do art. 186, CC/2002). Noutro giro, aqueles contrários à esse entendimento defendem que somente devem ser arbitrados danos morais perante a segunda situação.

De acordo essa parcela da doutrina, caso não seja essa a interpretação feita do art. 1.566 do Código de Civil, o dever de fidelidade recíproca seria interpretado como uma mera opção fornecida aos cônjuges. Vejamos:

“Esse dever passaria a ser entendido como mera faculdade e estaria implementada a possibilidade de poligamia”.⁹⁵

Defendem, ainda, que tal interpretação é necessária para que possa ser resguardada a ordem social, sob pena de se incentivar a autotutela. Nesse sentido:

“Não implica monetarização das relações de desfeto essa reparação tampouco incentiva litígios ou potencializa desavenças, mas sim, resguarda a ordem social, já que excluir da apreciação do órgão judicante lesão a um direito importa em

⁹³ ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307.

⁹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Responsabilidade e a Reparação Civil em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1, p. 830.

⁹⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. Responsabilidade Civil pela Violação ao Dever de Fidelidade no Casamento. In: JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria Vital da (coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p.511.

deixar sem solução jurídica uma grave questão, a gerar intranquilidade e levar à autotutela, pelas insatisfações e inconformismos daí resultantes”.⁹⁶

Ainda que tal entendimento seja recebido com grandes ressalvas, é possível encontrar uma quantidade surpreendente de julgados arbitrando danos morais ante a mera quebra do dever de fidelidade recíproca. Nesse sentido, transcreve-se alguns exemplos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. DANO MORAL. 1) A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal. 2) O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). 3) **A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/ amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido**⁹⁷. 4) A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc. - art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1573, Código Civil). 5) Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00”.⁹⁸

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. PROVA INEQUÍVOCA. **TRAIÇÃO GERA DOR, ANGÚSTIA, SOFRIMENTO, DESGOSTO, REVOLTA, CONSTRANGIMENTO E SE TRATA DE OFENSA GRAVE. DANO MORAL CONFIGURADO**⁹⁹. ART. 5º, V e X, CARTA POLÍTICA. ART. 186 c/c 1566, INCISOS I e V, DO CÓDIGO CIVIL. VERBA QUE COMPORTA MAJORAÇÃO DIANTE DA EXTENSÃO DA OFENSA E CAPACIDADEECONÔMICA DAS PARTES ALÉM DO CARÁTER DIDÁTICO. **A traição**, que configura uma violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (art. 1566, inciso I, do Código Civil de 2002) **gera, indubitavelmente, angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge ofendido o direito à**

⁹⁶ Id. Débito conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 539-540.

⁹⁷ Grifo nossos.

⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *ApCiv 0120967-33.2004.8.19.0001 (2007.001.42220)*, Rel. Des. Werson Rego, Rio de Janeiro, 18 set. 2007.

⁹⁹ Grifo nossos.

reparação do dano sofrido, nos termos do art. 186 do Código Civil.¹⁰⁰ O direito à indenização decorre inicialmente de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). Verba compensatória deve ser fixada de conformidade com extensão da ofensa, capacidade econômico-financeira das partes e caráter didático. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO APELO E IMPROVIMENTO DO SEGUNDO”.¹⁰¹

Todavia, conforme se verá a seguir, tal posicionamento não merece prosperar, eis que o mero descumprimento da norma não é necessariamente indicativo de dano.

3.1.2. Críticas à essa interpretação: impossibilidade do descumprimento do dever fidelidade recíproca gerar dano moral compensável por si só

i. Imperioso respeito à autonomia dos cônjuges

O Poder Judiciário, ao concordar com a indenização por danos morais ante a simples quebra do dever de fidelidade conjugal, desrespeita de forma flagrante a autonomia e a dignidade dos cônjuges, já que que os mesmos não podem ser compelidos a observar os deveres do art. 1.566 do Código Civil. Não há como forçá-los ao cumprimento de tais deveres, porque, “salvo quanto ao vulneráveis, não há como impor a alguém atitudes ligadas a escolhas existenciais”¹⁰².

É equivocado entender que o adultério gera automaticamente violação à honra ou à imagem daquele que foi traído, o que, por consequência, tem a capacidade de ocasionar a condenação em danos morais.

¹⁰⁰ Grifo nossos.

¹⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Ap Civil 0029794-20.2007.8.19.0001* (2008.001.26402), Rel desembargador José Carlos Figueiredo, 11ª Câmara, julgado em 11 dez. 2007.

¹⁰² PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.407.

Conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰³, para que haja lesão à honra da pessoa humana urge haver um ato que seja reduza a pessoa humana à condição de objeto – o que não necessariamente se observará em uma traição.

Considerando a alteração de paradigma vivida pelo direito das famílias, a partir do qual deixou de tutelar a estrutura da família por si só, para protegê-la como meio de desenvolvimento da pessoa humana (“família-instrumento”¹⁰⁴), não há como se privilegiar a manutenção da entidade familiar em detrimento de escolhas individuais de cada um dos cônjuges. Diante desse novo prisma, fornecido pelo direito civil constitucional, urge preservar a autonomia individual, refletora de uma das dimensões da dignidade da pessoa humana.

Assim, a despeito de estarem casados, sob a mesma canga, não há como negar a liberdade dos cônjuges se relacionarem, pois se trata de uma escolha individual de cada um deles.

ii. Impossibilidade de estabelecer o nexo causal da traição

Há de ser levado em consideração que, nas relações conjugais existe uma série de acontecimentos que geram o fim do matrimônio, não sendo possível atribuir o seu fim apenas ao ato da traição. Muitas vezes, por trás da quebra do dever de fidelidade recíproca, encontra-se um relacionamento desgastado, pautado por discussões e indiferença ao outro consorte. Dito de outra forma, a traição se revela como a “ponta do iceberg”, escondendo outras tantas questões mal resolvidas.

Por isso, via de regra, a ruína do relacionamento deve ser atribuída a ambos os cônjuges, já que “não há como estabelecer o nexo de causalidade – liame entre ação e dano – tomando em consideração apenas aquele ato

¹⁰³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 407.

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional na Relações Familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.395.

derradeiro”¹⁰⁵. Extremamente difícil investigar o que originou o ato de adultério, pois, na esmagadora maioria dos casos, esse se deve a diversas circunstâncias de desgaste da vida em comum.

Nesse sentido, Cristiano Chaves assevera de forma precisa ao argumentar que:

“Não passa, pois, de uma fantasia, um fetiche achar que seria possível descobrir o responsável pelo fim do laço afetivo. Até porque nem sempre o ‘traidor’ é o culpado e o ‘traído’ é a vítima”.¹⁰⁶

Na mesma toada, apresenta-se aqui o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que dialoga com o acima exposto:

“É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal e, em regra, cuida-se apenas **da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um.**”^{107 108}

Ou seja, em inúmeros casos os cônjuges já vêm vivendo sob a égide de um desgaste prolongado; e a prática de atos sexuais com terceiro por um deles não causará dor no outro – representará apenas a consagração do fim do matrimônio. Outra hipótese mais inusitada, porém, não menos verossímil, referem-se aos casais que participam, com habitualidade, de eventos para ter relações sexuais com outros pares. Novamente, a quebra do dever de fidelidade recíproca não acarretará qualquer abalo ao outro cônjuge.

Em suma, pode-se afirmar que o dano não pode ser interpretado de forma estática, fazendo-se mister observar as peculiaridades de cada caso.

iii. Mercantilização dos interesses existenciais

¹⁰⁵ MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 376.

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os Contornos da Dissolução do Casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.118.

¹⁰⁷ Grifo nosso.

¹⁰⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Ap. Cível n. Nº 70002286912*, Rel. Min.Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7ª Câmara Cível, Porto Alegre, 27 jun. 2001.

Ao reconhecer a possibilidade de arbitrar danos morais *in re ipsa*, não observando a cláusula geral de responsabilidade contida no art. 186, CC/2002, os interesses existenciais acabam sofrendo um intenso processo de mercantilização. Passa-se a querer punir, monetariamente, o outro pelo fim do amor – o que deve ser freado por nossos tribunais pátrios.

Sem prejuízo de trazer à baila o óbvio, urge lembrar que o pagamento de danos morais ocorre em dinheiro, portanto, seu arbitramento deve ser precedido de uma análise minuciosa dos pressupostos da responsabilidade civil, sob pena de se agravar ainda mais um momento já tão delicado as partes. Não pode ser dada guarida ao anseio dos então cônjuges de querer punir o outro no bolso. A responsabilidade civil não deve, sob hipótese alguma, ser uma ferramenta de fomentar vinganças e insatisfações.

Nesse sentido, adverte Maria Celina Bodin de Moraes:

“Não cabe ao legislador nem ao juiz contribuir para agravar conflitos já profundos, maniqueístas e cheios de mágoa que possam vir à tona quando as relações conjugais se dissolvem. É seu papel resguardar, ao máximo, as relações entre os ex-cônjuges, ou evitar que se deteriore, também como meio de proteção dos filhos do ex-casal”.¹⁰⁹

iv. A condenável judicialização das relações sentimentais

A concessão de danos morais *in re ipsa* ante a quebra do dever de fidelidade recíproca acaba por fomentar ações temerárias e desprestigiar o Poder Judiciário, pois esse se torna um instrumento de reparação de relacionamentos mal resolvidos.

Não obstante a previsão constitucional de amplo acesso ao judiciário (art. 5º, XXXVI, CRFB/88), isso não significa que toda e qualquer questão envolvendo afeto deva ser objeto de tutela jurisdicional, pois o Poder Judiciário não é o local adequado para que os cônjuges tratem de questões relativas à sua intimidade.

¹⁰⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Responsabilidade e a Reparação Civil em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1, p. 843.

Nesse sentido, afirma Rolf Madaleno:

“O conflito judicial é posto a serviço desta estranha e insistente tarefa de encontrar o vencedor do litígio, muito embora o propósito da separação, e essa deve ser a mensagem do Judiciário deveria ser apenas resolver o conflito conjugal, buscando compreender e superar as emoções embaraçadas pela ruptura da união”.¹¹⁰

A persecução do culpado pelo término do relacionamento demonstra uma utilização indevida do Poder Judiciário, pois, sempre acaba por fazer as partes “lavarem roupa suja” em juízo, o que resulta em violação a privacidade do então casal, e consequentemente, violação a dignidade da pessoa humana, princípio norteador de nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, é imperioso manter a higidez e a harmonia do Poder Judiciário, restando a cargo dos aplicadores do Direito definir o que verdadeiramente merece ser objeto de tutela.

A despeito disso, pode-se afirmar que a infidelidade conjugal somente merecerá a atenção e tutela do Poder Judiciário quando vier acompanhada de **uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela**,¹¹¹ sob pena de mero abalo sentimental gerar indenização por danos morais.

3.2. Posicionamento atual: danos morais ante a quebra de fidelidade conjugal se caracterizados os pressupostos da responsabilidade civil

3.2.1. Inexistência de ato ilícito na conduta violadora de fidelidade recíproca

A prática do adultério se revela como uma conduta que desrespeita e desonra o dever contido no art. 1.566, I, CC/2002. O cônjuge que quebra o tal dever não sairá incólume, já que, na maioria dos casos, a única forma de solução desse problema é a dissolução do casamento – ainda que essa

¹¹⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 55.

¹¹¹ Grifo nossos. ROSENWALD, Nelson; et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.307.

consequência não seja automática, dependendo, por óbvio, do requerimento das partes. Nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

“A liberdade, se e quando exercida, não deixa de ter consequências jurídicas, pois, com fundamento no descumprimento dos deveres conjugais, determina o legislador a obtenção da separação. E de fato, a dadas as circunstâncias em que se encontra a relação, a solução pacificadora é o seu desfazimento”.¹¹²

Todavia, conforme já exposto brevemente alhures, o dever conjugal não se apresenta como um “dever jurídico originário, pois seu conteúdo, atinente ao campo de direito de família, é marcadamente revestido pelo afeto, de forma que tem pertinência apenas como norte de conduta para a vida em comum em matrimônio.”¹¹³

Em outras palavras, é possível afirmar que o dever contido no art. 1.566, I, CC/2002 não representa uma obrigação civil, por ser uma mera diretriz para vida em comum. Isto porque, a origem do casamento é encontrada no afeto, portanto, não é possível equiparar os deveres matrimoniais a um dever obrigacional. Por tal razão, é completamente descabida a propositura de uma ação de execução de fidelidade recíproca, pois não há como compelir o outro consorte a não trair.

Contudo, o dever de fidelidade recíproca não deve ser ignorado, urge apenas conferir a ele uma interpretação que se coadune ao conceito que a família assume no Direito Civil Constitucional. Tal dever precisa ser respeitado na medida em que contribui para a proteção da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, os deveres do matrimônio ficam insertos à consciência dos cônjuges, e dependem, em última análise da vontade desses para serem cumpridos.

Ante tais ponderações, considerando que os deveres matrimoniais são simples recomendações, é forçoso concluir que o dever de fidelidade

¹¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Responsabilidade e a Reparação Civil em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1, p. 841.

¹¹³ MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 368.

recíproca não gera *per si* a obrigação de reparar, já que a mera traição não caracteriza ato ilícito, nos moldes do preceito geral de responsabilidade civil dos arts. 186 e 927, CC/2002.

3.2.2. Aspectos gerais

Em sentido diametralmente oposto aos doutrinadores mencionados na seção anterior (3.1) do presente trabalho, que defendem que há ato ilícito ante a violação dos deveres matrimoniais contidos no art. 1.566 do Código Civil, encontram-se aqueles que entendem que a responsabilidade civil entre cônjuge somente nascerá quando restar caracterizado o ato ilícito nos ditames da previsão legal genérica. Em outras palavras, para surgir o dever legal de reparação deve ser observada a cláusula geral de ilicitude, nos termos dos artigos 186 c/c 927 do CC/2002.

Acertadamente, essa parcela da doutrina entende que “a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar *não é suficiente para caracterizar a obrigação de reparar*”¹¹⁴, portanto, a aplicação das regras de responsabilidade civil na família não se apresenta como exceção à regra, e haverá sua incidência nos exatos termos da previsão contida na Lei Civil. Assim, a quebra do dever de fidelidade recíproca *somente ensejará danos morais quando restarem caracterizados os quatro pressupostos da responsabilidade civil outrora mencionados, quais sejam, (i) ato ilícito, (ii) culpa, (iii) dano e (iv) nexo causal*. Frisa-se, assim, que a responsabilidade civil nesse caso é subjetiva, isto é, depende estritamente da comprovação de culpa do cônjuge adúltero.

O Direito de Família não é impermeável a responsabilização por danos morais, contudo, é certo que “o ato de infidelidade não gerará danos morais ao cônjuge traído, salvo se o mesmo for cometido de maneira abusiva,

¹¹⁴ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 936.

humilhante, de forma tão grave que a autonomia mereça ser restringida no caso concreto.”¹¹⁵

Para que sejam arbitrados danos morais, a análise do caso não pode ficar contida na verificação da quebra do dever de fidelidade recíproca, urge conferir se a partir da inobservância deste “resultou para o outro uma situação vexatória ou excepcionalmente grande o suficiente para ultrapassar os limites do desgosto pessoal pela conduta do outro cônjuge ou companheiro”¹¹⁶.

Ou seja, para que se verifiquem danos morais indenizáveis a situação de quebra de fidelidade deve extrapolar a normalidade, imputando no outro cônjuge sofrimento fora dos parâmetros usuais. Apenas a título exemplificativo, quando o adultério vem acompanhado de falsa imputação de paternidade haverá inequivocamente o dever de reparar. Vejamos:

“Recurso especial. Direito civil e processual. Danos materiais e morais. Alimentos. Irrepetibilidade. Descumprimento do dever de fidelidade. Omissão sobre verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Dor moral configurada. Redução do valor indenizatório. (...) 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento não se entende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzindo a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88), devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reparação, a autoestima de seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor ficado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido, recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios”.¹¹⁷

¹¹⁵ PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.411.

¹¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AC 549.484.4/6-00, Rel. desembargador Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, julgado em 16 abril 2009, registrado em 19 mai. 2009 (voto divergente).

¹¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 922.946/SP (2007/0030162-4), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, Brasília, 04 abr. 2013.

Nesse sentido, colaciona-se abaixo alguns julgados que, acertadamente, demonstram que a simples quebra do dever de fidelidade recíproca não gera danos morais:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. INFIDELIDADE CONJUGAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA¹¹⁸. 1. Ação visando à percepção de indenização por dano moral em virtude de descumprimento do dever de fidelidade e abandono moral e material por parte do companheiro da apelante. 2. As provas dos autos, tanto a documental como a testemunhal, não foram suficientes para legitimar a pretensão da apelante. A alegada prole extraconjugal é anterior ao relacionamento das partes. 3. A infidelidade para dar ensejo a uma reparação de dano moral deve ser acompanhada de humilhação, de exposição do cônjuge, não devendo se confundir a dor e a depressão pelo fim do sonho do casamento, comum em qualquer ser humano nesta situação, com o dano moral.¹¹⁹ 4. A infidelidade e ofensa à esfera íntima da autora não ficaram suficientemente comprovadas, pelo que a sentença deve ser mantida na íntegra. 5. Recurso Desprovido”.¹²⁰

“APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO A DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE ADULTÉRIO. INDEFERIMENTO MANTIDO. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. No âmbito do Direito de Família apenas diante situações extremas, de efetiva e induvidosa lesão a bem da personalidade ou de concreta agressão moral, é que se cogita de acolher pretensões indenizatórias, uma vez que sempre que houver a ruptura de um relacionamento afetivo, seja ele um casamento ou uma união estável haverá tristeza, mágoa, desencanto. Os sentimentos que afloram nesses momentos serão intensos e, certamente, agravados quando há adultério. Mas, lamentavelmente, fatos da vida e não há reparação possível, de ordem econômica, para curar essas dores¹²¹. 2. ALIMENTOS À MULHER. A legislação civil também assegura aos conviventes a assistência material. Porém, serão devidos alimentos quando quem os pretende não tem condições de prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção e de quem se reclama tiver condições de fornecê-los sem prejuízo pessoal. Não é o caso dos autos. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME”¹²².

“APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL - DANO MORAL – SUPOSTA INFIDELIDADE – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há dúvidas quanto à incidência das regras de responsabilidade civil nas relações do âmbito familiar, devendo o caso em comento ser analisado à luz do artigo 186 do Código Civil. Assim, para que seja caracterizado o dano moral, e gerado o dever de indenizar, é necessária a comprovação de existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa do agente. 2. Com relação ao apontado cúmplice do convivente infiel, não há como se imputar

¹¹⁸ Grifo nossos.

¹¹⁹ Grifo nosso.

¹²⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. AC 0038659 27.2010.8.19.0001, Rel. Des. Benedicto Abicair, Rio de Janeiro, 25 jul. 2012.

¹²¹ Grifo nosso.

¹²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AC 70042330472, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil dos Santos, Porto Alegre, 01 nov. 2011.

o dever de indenizar, já que ele não possui, legal ou contratualmente, vínculo obrigacional com o convivente supostamente traído, não sendo possível exigir sua responsabilização pelo descumprimento de deveres inerente ao casamento. 3. **Ainda que a união estável imponha o dever de fidelidade recíproca e de lealdade, a violação pura e simples de um dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o direito de indenizar. A prática de adultério, isoladamente, não se mostra suficiente a gerar um dano moral indenizável, sendo necessário que a postura do cônjuge infiel seja ostentada de forma pública, comprometendo a reputação, a imagem e a dignidade do companheiro**¹²³. 4. Recurso improvido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso. Vitória/ES, 06 de outubro de 2015”.¹²⁴

Pode-se afirmar que a cláusula geral de responsabilidade contida no art. 186 c/c 927 do Código Civil é plenamente apta a lidar com os casos que envolvem a quebra do dever de fidelidade recíproca, pois, sempre que restar verificada a **“uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”**¹²⁵ haverá a condenação em danos morais. Mas, em se tratando de cônjuges, há um *plus*, já que provavelmente, também se verificará o divórcio em tais situações.

Contudo, apesar da possibilidade do arbitramento de danos morais em razão da infidelidade conjugal, sua concessão deve se dar com parcimônia. É necessário conservar o instituto dos danos morais, já que inobstante:

“A dramaticidade das circunstâncias, atribuir a tutela compensatória a casos de desequilíbrio emocional não milita em favor da preservação do dano moral como instituto jurídico, pois repercute na eficácia da prestação jurisdicional e no cumprimento dos verdadeiros fins de justiça”¹²⁶.

Logo, sem prejuízo da repetição, afirma-se que se faz necessário observar os pressupostos acima mencionados para que possa haver tal condenação.

¹²³ Grifo nosso.

¹²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. AC 0002963-55.2010.8.08.0026, Rel. Des. Julio Cesar Costa de Oliveira, Vitória, 10 out. 2015.

¹²⁵ ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307.

¹²⁶ MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 363.

3.3. Aspectos processuais

3.3.1. Do juízo competente para processar a ação de indenização de danos morais ante a quebra do dever de fidelidade recíproca

É cediço que paira notória dissonância acerca do juízo competente para julgar ações de danos morais quando a contenda se origina de relações familiares. Ao analisar os Códigos de Organização Judiciária de diversos estados encontram-se previsões que levam a crer que a ação de indenização de danos morais oriunda da quebra do dever de fidelidade recíproca deveria ser processada pelas Varas de Família.

Nesse sentido, a Lei n. 6.956/2015¹²⁷, que dispõe sobre a organização e divisão judiciária do Estado do Rio de Janeiro prevê que é competência do juízo familiar as causas fundadas em direitos e deveres do casamento, e considerando que a fidelidade recíproca é um dever do matrimônio, chega-se à invariável conclusão de que competência ficaria a cargo desse juízo. *In verbis*:

“Art. 43 Compete aos juízes de direito em matéria de família:

I - processar e julgar:

a) ações de nulidade e anulação de casamento, divórcio e as demais relativas ao estado civil, bem como as **fundadas em direitos e deveres dos cônjuges e companheiros**¹²⁸, inclusive com relação aos filhos, ressalvadas as de competência das varas da infância, da juventude e do idoso”;

De igual maneira, o Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco (Lei Complementar nº 100, de 21 de novembro de 2007)¹²⁹ contém a mesma previsão. Vejamos:

“Art. 81. Compete ao Juízo de Vara de Família e Registro Civil:

I - quanto à jurisdição de família, processar e julgar:

¹²⁷ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei n.6956, de 13 de janeiro de 2015. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado, 2015. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/7954a68a437095b983257dcf00599dda?OpenDocument>> Acesso em 19 mai. 2019.

¹²⁸ Grifo nosso.

¹²⁹ ESTADO DO PERNAMBUCO. Lei Complementar n. 100, de 21 de novembro de 2007. Recife: Governo do Estado, 2007.

e) as ações **relativas a direitos e deveres de cônjuges ou companheiros**¹³⁰ e de pais, tutores ou curadores para com seus filhos, tutelados ou curatelados, respectivamente”.

Por fim, destaca-se a Lei n. 10.845 de 27 de novembro de 2007¹³¹, que dispõe sobre a Organização e Divisão Judiciária do Estado da Bahia e determina que todas as ações concernentes ao direito de família devam ficar a cargo do juízo familiar:

“Art. 73 - Aos Juízes das Varas de Família compete:

I - processar e julgar:

f) quaisquer outras ações concernentes ao direito de família”.

A bem da verdade, a partir de tais disposições, poder-se-ia pensar que as ações indenizatórias decorrentes da quebra do dever de fidelidade recíproca deveriam ser processadas pelas varas de família. Porém, a despeito de tais normas, a jurisprudência vem criando precedente em sentido oposto, e determinam que tais ações fiquem a cargo do juízo cível.

Inobstante o pedido de indenização por danos morais na infidelidade conjugal decorrer de uma relação familiar, qual seja o casamento, essas demandas envolvem, primordialmente, a análise dos quatro pressupostos da responsabilidade civil – ato ilícito, culpa, nexo causal e dano – e considerando que tal matéria é mais afeta ao direito civil, não haveria razões para que tais ações fossem processadas pelas varas de família.

Conforme exposto anteriormente, a ação indenizatória de danos morais oriunda da quebra do dever de fidelidade recíproca somente é autorizada se configurados os pressupostos acima mencionados, portanto, vital sua aferição. Ainda que a violação do dever contido no art. 1.566, I, CC/2002 seja relevante, não tem o condão gerar *per si* a condenação em danos morais.

¹³⁰ Grifo nosso.

¹³¹ ESTADO DA BAHIA. Lei n.10.845, de 27 de novembro de 2007. Salvador: Governo do Estado, 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.ba.gov.br/ipraj/Lei10845.pdf>> Acesso em 20 mai. 2019.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já editou enunciado confirmando a competência do juízo cível para o processamento de tais ações:

“ENUNCIADO – AVISO TJ No 58

Competência: Não é da competência das varas de família a apreciação e julgamento de ação de indenização por dano moral decorrente de relações familiares”.¹³²

E, a despeito da matéria ser nebulosa, são encontrados inúmeros julgados confirmando a competência do juízo cível. Vejamos:

“AÇÃO VISANO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. POSSIBILIDADE.1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios¹³³. 2. A inobservância dos deveres conjugais, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.3. É presumida a lesão a bem extrapatrimonial daquele que surpreende sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem. 4. Nossos tribunais têm entendido que o dano moral deve ser fixado em montante suficiente à reparação do prejuízo, levando-se em conta a moderação e a prudência do Juiz, segundo o critério de razoabilidade para evitar o enriquecimento sem causa e a ruína do réu, em observância, ainda, às situações das partes. Constatado que a atividade laborativa da ré não se mostra compatível com a indenização fixada na sentença, deve o valor ser reduzido”.¹³⁴

“AÇÃO DE DIVORCIO LITIGIOSO - DESNECESSIDADE - EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO - AFERIÇÃO DE CULPA - VIA ELEITA INADEQUADA - SEPARAÇÃO CONSENSUAL JÁ REALIZADA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NÃO CABIMENTO - COMPETÊNCIA DA VARA CIVEL E NÃO DE FAMÍLIA”.¹³⁵¹³⁶

“COMPETÊNCIA – Foro – Pedidos – Cumulação – Indenização por dano moral fundado na conduta ilícita imputada ao réu e pedido de separação judicial (litigiosa) – Ajuizamento perante o Juízo de Família – Impossibilidade – Pedidos que não podem ser cumulados – Hipótese em que se busca exclusivamente efeito patrimonial decorrente da infração dos deveres do casamento, não versando

¹³² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Competência: Súmulas do TJRJ e Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: Portal do Conhecimento do TJRJ, 2019. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/competencia.pdf>> Acesso em 20 mai. 2019.

¹³³ Grifo nosso.

¹³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *ACJ 2006 05 1 008663-8*, Rel. Des. Sandoval Oliveira, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Brasília, 03 jun. 2008.

¹³⁵ Grifo nosso.

¹³⁶ Id. *APC 20030110240969*, Rel. Des. Astrubal Nascimento Lima, Brasília, 26 ago. 2004.

a lide matéria ligada à proteção à família – Competência do Juízo Cível reconhecida¹³⁷ – Recurso desprovido”.¹³⁸

Ante o exposto, resta evidente que, em razão da imperiosa análise dos pressupostos da reponsabilidade civil tais ações deverão ser necessariamente processadas no juízo cível.

3.3.2. Do ônus da prova da infidelidade conjugal na ação de indenização de danos morais

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015¹³⁹ determina em seu art. 373, I, que o ônus da prova é do autor, quanto a fato constitutivo do seu direito. Ainda que tal norma possa ser relativizada em algumas situações, invertendo-se tal ônus, isso não se observa na ação de indenização de danos morais decorrente da quebra do dever de fidelidade recíproca.

Portanto, para que o cônjuge traído tenha seu pleito indenizatório julgado procedente, deverá simultaneamente fazer provas acerca da traição, bem como dos pressupostos da responsabilidade civil – que, conforme visto alhures, são *conditio sine qua non* para a condenação em danos morais. Nesse sentido, vem se posicionando os tribunais pátrios:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INFIDELIDADE CONJUGAL – FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO . – Em demanda indenizatória que versa sobre responsabilidade subjetiva, o fato constitutivo do direito do autor, cuja prova lhe incumbe (art. 373, I, CPC) é complexo, exigindo o concurso dos seguintes elementos: a) conduta dolosa ou culposa contrária à ordem jurídica, b) dano, c) nexo de causalidade entre os requisitos anteriores – Não se desincumbindo a autora de comprovar o adultério imputado ao réu e por este negado, é forçoso julgar improcedente o pedido de indenização pela suposta infidelidade conjugal”¹⁴⁰.¹⁴¹

¹³⁷ Grifo nosso.

¹³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ag 496.500-4/0-00/SP, Rel. Des. Testa Marchi, 10ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 04 set. 2007.

¹³⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

¹⁴⁰ Grifo nosso.

¹⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. AC 10319130001328001, Rel. desembargador Vasconcelos Lins, Belo Horizonte, publicado em 29 mar. 2019, julgado em 26 mar. 2019.

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – QUEBRA DO DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA – **INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO** – DEVER DE INDENIZAR AFASTADO ADULTÉRIO E MAUS TRATOS IMPUTADOS – **ÔNUS DA PROVA – DEMONSTRAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO**. 1. Para que haja obrigação de indenizar por danos morais é necessária a presença de três requisitos, quais sejam: **ilicitude da conduta, nexo de causalidade e dano**.¹⁴² 2. Não pode ser taxada de ilícita a relação extra conjugal mantida pelo cônjuge durante a separação de fato casal, pois nessa hipótese resta afastado o dever de fidelidade estabelecido no art. 1.566, I, do Código Civil. 3. Não desincumbindo o autor de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, não há como prosperar a pretensão de reparação”.¹⁴³

Frisa-se que, ao analisar os julgados acima, percebe-se que a jurisprudência ainda é vacilante ao delimitar os pressupostos da responsabilidade civil. Ora admite como elementos da responsabilidade civil a culpa *lato sensu*, o dano e o nexo de causalidade e ora admite o ato ilícito, nexo de causalidade e dano. Por tal razão, a classificação tetrapartida – ato ilícito, nexo de causalidade, culpa e dano - parece ser a mais acertada, eis que consegue encampar todos os possíveis pressupostos.

Em tais ações, urge que cônjuge traído consiga provar não apenas o ato da traição em si, mas a “**lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela**”¹⁴⁴, isto porque, conforme já visto à exaustão ao longo da presente exposição, a mera quebra do dever de fidelidade recíproca não tem o condão de gerar a indenização por danos morais. Nesse sentido, observa-se:

“Indenização - Danos morais - **Infidelidade conjugal - Diálogo eletrônico - Ausência de provas**¹⁴⁵. Ementa: Apelação cível. Ação de reparação por dano moral. Alegação de infidelidade conjugal. Diálogo eletrônico. Imputação de prática de ato ilícito indenizável. Ausência de comprovação. **Ônus da prova. Art. 333, I, do CPC. Recurso não provido.** - A infidelidade conjugal, por si só, não é suficiente para a configuração de danos morais, não havendo nos autos provas que indiquem a intenção da ré de lesar o autor. - Nos termos do art. 333, I, do

¹⁴² Grifo nosso.

¹⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. AC 00329390620128120001, Rel. desembargador Marcelo Câmara Rasslan, 1ª Câmara Cível, Campo Grande, publicado em 31 ago. 2016, julgado em 30 ago. 2016.

¹⁴⁴ ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307.

¹⁴⁵ Grifo nosso.

Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato consti- tutivo do seu direito.¹⁴⁶ Recurso não provido”.¹⁴⁷

Ressalta-se ainda que muitas vezes o ato de infidelidade é de conhecimento geral, e por tal razão, seguirá a regra do fato notório contida no art. 374, I, CPC/2015, que prevê a dispensabilidade de provas. Contudo, como a traição não gera automaticamente a condenação em danos morais, deverá restar demonstrada a existência dos quatro pressupostos da responsabilidade civil.

i. A possibilidade de admissão de provas obtidas ilicitamente

“O art. 5º, XII e LVI da CFRB/88 determinam o seguinte:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Considerando a regra constitucional, conclui-se que não é admitida a propositura da ação de indenização por danos morais decorrente da quebra do dever de fidelidade recíproca quando a mesma for pautada em provas ilícitas¹⁴⁸. Contudo, tal disposição não deve ser interpretada em termos absolutos, conforme se verá a seguir.

Primeiramente, é relevante destacar a dificuldade encontrada pelo cônjuge traído para conseguir obter provas do adultério já que, via de regra, sempre há um cuidado do outro consorte em não deixar quaisquer rastros. Além disso, não há como se esperar que o cônjuge adúltero vá confessar a

¹⁴⁶ Grifo nosso,

¹⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. AC 1.0439.12.013059-6/001 - Comarca de Muriaé, Rel. Des. Veiga de Oliveira, 10 jun. 2014.

¹⁴⁸ Nesse sentido: PROVA – PRODUÇÃO – SEPARAÇÃO JUDICIAL – ADULTÉRIO – Comprovação mediante apresentação de gravações telefônicas do cônjuge. Ilícitude da prova. Art. 5º, X, XII e LVI da CF. Ver mais: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, MS 198.089-1, Rel. Des. José Osório, 8ª Câmara Cível, São Paulo, 15 set. 1993.

prática do ato de infidelidade, assim, resta excluída a possibilidade de obtenção de provas por tal modalidade.

Soma-se a isso a improbabilidade de existirem provas testemunhais acerca do adultério. Dificilmente algum terceiro haverá presenciado a prática do ato de infidelidade, já que, por se tratar de um ato íntimo, sempre envolve privacidade.

Portanto, considerando as dificuldades da obtenção de prova da infidelidade, é natural que o cônjuge traído busque provas sem o consentimento do outro consorte, e isso, de acordo com o mandamento constitucional, resultaria na produção de provas ilícitas. Todavia, tal ilicitude deverá ser suavizada, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

De acordo com o supracitado princípio, é relativizada a ilicitude da prova quando essa for a única forma de sua obtenção e desde que tal ação vise proteger valores fundamentais – nesse caso, resta evidente que o valor a ser protegido é a honra subjetiva do cônjuge traído. Assim, não há como preservar o direito à intimidade do adúltero em detrimento do direito à honra daquele que sofreu com a traição – assim, ante a colisão de tais direitos, faz-se imperiosa a aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, Rolf Madaleno leciona:

“O princípio da proporcionalidade no âmbito probatório foi aplicado pelos tribunais alemães ao admitirem em caráter excepcional, a prova obtida com violação ao mandamento constitucional, **desde que esta fosse a única prova possível e razoável trazida com o propósito de proteger outros valores fundamentais havidos como mais urgentes na avaliação dos julgadores. O princípio da proporcionalidade reconhece a ilicitude da prova, entretanto, permite que o juiz coteje os valores postos em entrecchoque, no propósito de escolher e decidir pelo melhor caminho na aplicação da justiça, tendo em conta que os direitos fundamentais comportam restrições em favor e na defesa da ordem jurídica, assentado exatamente na ponderação de dois ou mais valores de aparente identidade de dimensão, mas que no caso concreto terminam por ceder naquelas hipóteses “em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um outro direito fundamental ainda mais valorado”**^{149 150}.

¹⁴⁹ Grifo nosso.

¹⁵⁰ MADALENO, Rolf. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. *Escritório Rolf Madaleno blog*, s.d. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>> Acesso em 20 mai. 2019.

Em suma, não deve ser resguardado um direito que implique no impedimento de se conhecer a real verdade dos fatos. Não é justo que determinada pessoa que tenha cometido um ato ilícito tenha protegido seu direito à intimidade quando apenas com a violação dessa for possível comprovar a conduta ilícita. Isto porque, a tutela dos direitos fundamentais não pode se prestar a amparar práticas *contra legem*.

Salienta-se que, quando a prova for obtida no próprio lar comum, não há que se cogitar qualquer ilicitude, pois não há violação de privacidade em tal em caso. As provas obtidas nessas circunstâncias deverão ser invariavelmente aceitas, já que, caso contrário, estar-se-ia prestigiando o cônjuge que violou o dever de fidelidade recíproca. Em suma, quando a prova for colhida domicílio dos cônjuges, essa será simultaneamente lícita e moralmente legítima.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência:

“DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS – INFIDELIDADE – SEXO VIRTUAL (INTERNET) – COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS – OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CONJUGE TRAÍDO – DEVER DE INDENIZAR – EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1.566 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – PEDIDO JULGADO PRECEDENTE. (...) Ou seja, não nega a troca de correspondência, mas insurge-se quanto à sua utilização pela autora, sem a sua autorização ou permissão judicial. Ressalto que a negativa de ter mantido os “diálogos” em sede de memoriais não prevalece, em face do princípio da eventualidade e da preclusão consumativa (arts. 300 e 303 do CPC). **Assim, nas comunicações pessoais, o sigilo, que protege a invasão de privacidade é a regra, e a disponibilização de informações em princípio sigilosas, é exceção. Cedio que o correio eletrônico é uma inovação tecnológica que facilita a comunicação entre as pessoas. Por certo que o sigilo da correspondência a ele se estende. No caso em tela, contudo, a autora alegou ter tido acesso aos textos dos “e-mails” do requerido, por estarem guardados em arquivos no computador de uso da família. Ora, se o computador era de uso de todos os membros da família, obviamente que os documentos nele arquivados eram de livre acesso a todos que o utilizavam (esposa, marido e filho). Logo, se o autor gravou os “e-mails” trocados com sua amante em arquivos no computador de uso comum, não se importava de que outros tivessem acesso ao seu conteúdo, ou, no mínimo, não teve o cuidado necessário. Destaco que simples arquivos não estão resguardados pelo sigilo conferido às correspondências.**¹⁵¹ Ainda que se imagine que a autora acessou o próprio correio eletrônico do requerido, só poderia tê-lo feito mediante o uso de senha. Se a possuía, é porque tinha autorização de seu ex-marido. Cumpria-lhe ter provado que os arquivos não estavam no computador da família; que ela não possuía senha de acesso ao seu correio

¹⁵¹ Grifo nosso.

eletrônico; ou, ainda, que obteve por meio de invasão aos seus arquivos sigilosos, para configurar a quebra de sigilo. Não o fez. Aplica-se o princípio do ônus da prova, estipulado no art. 333, II, do CPC. (..._ Posto isto, forte nas razões, julgo procedente o pedido para condenar o requerido ao pagamento de danos morais que arbitro em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC a contar da data da prolação desta sentença, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data da citação”.¹⁵²

Ante o exposto, conclui-se acerca da imperiosa relativização da inadmissibilidade das provas obtidas de maneira ilícita, sempre que essa for a única forma de se comprovar a ocorrência de traição, sob pena de se violar o direito à honra subjetiva. Contudo, quando a prova for obtida no lar comum, não há que se cogitar qualquer irregularidade.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *EDCL no RESP 326163/RJ - Processo: 2005.01.1.118170-3*, Rel. Min. Jansen Fialho de Almeida, Brasília, 21 mai. 2008.

Conclusão

A Emenda Constitucional n. 66 de 2010 que, ao ver de muitos, retirou o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico, extinguiu de vez com a possibilidade de se discutir a culpa pelo término do matrimônio em juízo. Assim, os deveres do casamento, contidos no art. 1.566 do Código Civil de 2002, que nunca sequer foram considerados como deveres na ampla acepção do termo, tornaram-se ainda mais inócuos.

Desse modo, considerando que o dever de fidelidade recíproca - que impõe a necessidade de abstenção de ter relações sexuais com terceiros - não é um dever originário, mas apenas uma recomendação feita pelo Estado e, considerando ainda que não há como surgir o dever de reparação sem a estrita observância aos pressupostos da responsabilidade civil, chega-se a invariável conclusão que, diante da infidelidade conjugal, somente haverá condenação em danos morais se houver prova da existência do ato ilícito, da culpa, do dano injusto e do nexo causal.

Em outras palavras, o ato de infidelidade puro e simples não tem o condão de gerar a obrigação de reparar, a não ser que o mesmo tenha sido praticado de maneira abusiva, humilhante e vexatória – situação que atrairá a incidência das normas da responsabilidade civil. Isto porque, impor ao cônjuge adúltero o dever de indenizar, pelo simples fato de se relacionar com terceiros, viola de forma manifesta sua liberdade, e em último, a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, consoante previsão contida no art. 1º, III, CRFB/88.

Assim, respondendo a indagação que foi realizada ao início da presente exposição, apenas e tão somente quando a infidelidade conjugal representar **“uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”**¹⁵³ será possível a condenação em danos morais.

¹⁵³ ROSENWALD, Nelson et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307.

A cláusula geral de responsabilidade prevista no art. 186 c/c art. 927 do CC/2008 é plenamente apta a dar conta dos casos que envolvem a quebra do dever de fidelidade recíproca.

Portanto, mesmo que o legislador tenha eleito uma cláusula geral de reparação de danos, faz-se mister que os aplicadores do direito atentem aos pressupostos da reponsabilidade civil acima mencionados, devendo valer-se, ainda, da prudência para determinar quando a infidelidade conjugal deva ser objeto de tutela jurisdicional. Isto porque, não há como se permitir que o Poder Judiciário se transforme em um mecanismo de fomentar vinganças, de coibir a liberdade individual e mercantilização dos danos morais.

É certo que o defender a existência de danos morais *in re ipsa* ante a quebra do dever de fidelidade conjugal acaba atribuindo tutela compensatória a casos de mero destempero emocional, o que desprestigia o instituto dos danos morais. Ainda que seja possível encontrar julgados nesse sentido, faz-se mister que os tribunais pátrios adotem uma posição mais cautelosa sobre a matéria. Argumenta-se que, a despeito da decepção e da tristeza que inequivocamente surge diante da infidelidade, esses são desdobramentos naturais do adultério e, via de regra, não devem gerar o dever de indenizar.

Entretanto, mesmo quando não puder se observar os pressupostos da reponsabilidade civil ante a quebra do dever de fidelidade conjugal, isto é, quando tal situação não extrapolar a normalidade, e for um mero dissabor da vida cotidiana, não significa que o cônjuge adúltero sairá incólume. Afinal, na maioria das vezes o cônjuge traído buscará o divórcio em tais situações.

Como a análise da possibilidade da condenação em danos morais perpassa, necessariamente, pelos pressupostos da responsabilidade civil, é certo que o juízo competente para processar tal ação é o cível. Frisa-se, ainda, que caberá ao cônjuge lesado fazer prova do ato de infidelidade e dos elementos da responsabilidade civil, sob pena de ver seu pleito julgado improcedente.

Obviamente, este trabalho não se pretendeu a esgotar a análise da possibilidade de arbitramento de danos morais ante a quebra do dever de

fidelidade conjugal. Há ainda muitas vertentes a serem exploradas sobre a temática, tais como os parâmetros de indenização, ou ainda, analisar com mais afinco a recém surgida infidelidade virtual. Porém, em suma, esta exposição visou estabelecer que não é possível haver condenação em danos morais se ante a quebra do dever de fidelidade recíproca não houver como verificar a existência do dano ilícito, do dano, do nexo causal e da culpa.

Bibliografia

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações*. São Paulo, Saraiva. 1980. 426p.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito de família*. Lisboa: Petrony, 1987. 552p.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 458p.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

__. *Emenda Constitucional n.66*, de 13 de julho de 2010. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acesso em 25 mai. 2019.

__. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

__. *Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990*. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

__. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

__. *Emenda Constitucional n.9*, de 28 de junho de 1977. Brasília: Presidência da República, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm> Acesso em 20 mai. 2019.

__. *Estatuto da Mulher Casada*, Lei n.4.121, de 27 de agosto de 1962. Brasília: Presidência da República, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm> Acesso em 25 mai. 2019.

—. *Código Penal*, Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 29 mai. 2019.

—. *Código Civil*, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Brasília: Presidência da República, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em 25 mai. 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Responsabilidade e a Reparação Civil em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1, p. 829-855.

—. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. 672p.

DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11ª edição rev., atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 752p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º volume: Direito de Família. 29ª Edição revista e atualizada de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2014. 863p.

ESTADO DA BAHIA. *Lei n.10.845, de 27 de novembro de 2007*. Salvador: Governo do Estado, 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.ba.gov.br/ipraj/Lei10845.pdf>> Acesso em 20 mai. 2019.

ESTADO DO PERNAMBUCO. *Lei Complementar n. 100, de 21 de novembro de 2007*. Recife: Governo do Estado, 2007.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Lei n.6956, de 13 de janeiro de 2015*. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado, 2015. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/7954a68a437095b983257dcf00599dda?OpenDocument>> Acesso em 19 mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os Contornos da Dissolução do Casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (Vol.6). 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. 720p.

LALOU, Henri. *Responsabilité Civile*. Pariz: Dalloz, 1962. 980p.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. 439p.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. 248p.

__. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. Escritório Rolf Madaleno blog, s.d. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>> Acesso em 20 mai. 2019.

MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011. 672p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos À Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2ª edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. 358p.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 452p.

PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª edição. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 369p.

ROSENWALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. 1152p.

SANTOS, Regina Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção

Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.424.

—. Débito conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

—. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza: São Paulo: Saraiva, 2002. 2192p.

—. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. 379p.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Tomo II, n. 525. Paris: Librairie Generale de Droit, 1951. 572p.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009. 266p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 1045273*, Rel. ministro Alexandre de Moraes, Brasília, 15 mai. 2019. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5181220&numeroProcesso=1045273&classeProcesso=RE&numeroTema=529#>> Acesso em 20 mai. 2019.

—. *Tema 1053*: Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº 66/2010. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5562994&numeroProcesso=1167478&classeProcesso=RE&numeroTema=1053>> Acesso em: 10 jun. 2019.

—. *Súmula Vinculante 37*. Brasília, 24 out.2014.

—. *Recurso Extraordinário 85.127*, Rel. ministro Soares Muñoz, 1ª Turma, Brasília, 19 abr. 1979.

—. *Recurso Extraordinário 11.786*, Rel ministro Hahnemann Guimarães, 2ª turma, Brasília, 06 out. 1952.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial 922.946/SP (2007/0030162-4)*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, Brasília, 04 abr. 2013.

—. *Recurso Especial 1.159.242-SP (2009/0193701-9)*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 10 mai. 2012.

___, *EDCL no Recurso Especial 326163/RJ - Processo: 2005.01.1.118170-3*, Rel. Ministro Jansen Fialho de Almeida, Brasília - DF, 21 mai. 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª edição. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. 2494p.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, vol. 5 -Direito de Família*. 13ª edição rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 792p.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional na Relações Familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 464p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. AC 00329390620128120001, Rel. desembargador Marcelo Câmara Rasslan, 1ª Câmara Cível, Campo Grande, publicado em 31 ago. 2016, julgado em 30 ago. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. AC 10319130001328001, Rel. desembargador Vasconcelos Lins, Belo Horizonte, publicado em 29 mar. 2019, julgado em 26 mar. 2019.

___, AC 1.0439.12.013059-6/001 - Comarca de Muriaé, Rel. desembargador Veiga de Oliveira, 10ª Câmara Cível, 10 jun. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. APL: 3184594 PE, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Dj: 19 dez. 2013, 6ª Câmara Cível, Data de publicação: 09 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AC 549.484.4/6-00, Rel. desembargador Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, julgado em 16 abril 2009, registrado em 19 mai. 2009 (voto divergente).

___, AC 3605425800 SP, Rel. ministro Oscild de Lima Júnior, São Paulo, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 17 nov. 2008, publicado em 09 dez. 2008.

___, Ag 496.500-4/0-00/SP, Rel. desembargadora Testa Marchi, 10ª Câmara de Direito Privado., São Paulo, 04 set. 2007.

___, MS 198.089-1, Rel. desembargador José Osório, 8ª Câmara Cível, São Paulo, 15 set. 1993
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. APC 20030110240969, Rel. desembargador Astrubal Nascimento Lima, 5ª Turma Cível, Brasília, 26 ago. 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. ACJ 2006 05 1 008663-8, Rel. desembargador Sandoval Oliveira, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Brasília, 03 jun. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. AC 0002963-55.2010.8.08.0026, Rel. desembargador Julio Cesar Costa de Oliveira, Vitória, julgado em 06 out. 2015, 10 out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO, AC 344642010 MA, São Luis, Rel. Paulo Sergio Velten Pereira, Julgado em 14 fev. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Competência: Súmulas do TJRJ e Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: Portal do Conhecimento do TJRJ, 2019. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/competencia.pdf>> Acesso em 20 mai. 2019.

__. AC 0038659 27.2010.8.19.0001, Rel. desembargador Benedicto Abicair, 6ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, 25 jul. 2012.

__. Ap Cível 0029794-20.2007.8.19.0001 (2008.001.26402), Rel Desembargador José Carlos Figueiredo, 11ª Câmara, julgado em 11 dez. 2007.

__. Ap Civ 0120967-33.2004.8.19.0001 (2007.001.42220), Rel. Desembargador Werson Rego, Rio de Janeiro, 18 set. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AC 70042330472, Rel. Desembargador Luiz Felipe Brasil dos Santos, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, julgado em 01 nov. 2011.

__. Ap. Cível n. Nº 70002286912, Rel. ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7ª Câmara Cível, Porto Alegre, Julgado em 27 jun. 2001.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 414p.