

## POSSIBILIDADE DE DANO MORAL DECORRENTE DE RELAÇÃO PÚBLICA EXTRACONJUGAL

### POSSIBILITY OF MORAL DAMAGE RESULTING FROM EXTRA-MAJUGAL PUBLIC RELATIONSHIPS

Fabiana Maria Furtado Zamignan<sup>1</sup>  
Valdivino Passos Santos<sup>2</sup>

**RESUMO:** Esse artigo buscou discutir o pagamento de indenização por dano moral ao cônjuge que foi traído por descumprimento do dever de fidelidade recíproca ante a existência de uma relação extraconjugal com viés público. Teve-se como objetivo geral verificar a possibilidade jurídica de dano moral para o cônjuge que mantém uma relação extraconjugal pública. O método utilizado foi o dedutivo, analisando dados já disponíveis em outros trabalhos científicos sobre o mesmo tema, além disso, foram observadas as decisões judiciais em casos concretos, e a legislação a respeito da responsabilidade civil por descumprimento do dever de fidelidade recíproca. Entre os resultados alcançados, os entendimentos doutrinários sintetizam que a natureza jurídica do casamento como contratual, sendo o dever de fidelidade recíproca uma cláusula contratual. Conclui-se, com base na jurisprudência pátria que é possível a responsabilidade civil por dano moral decorrente do descumprimento do dever de fidelidade recíproca desde que exista lesão a honra e imagem do cônjuge que fora traído e a constância de uma relação pública.

2814

**Palavras-chave:** Casamento. Cônjuge Infiel. Fidelidade Recíproca. Relação Extraconjugal Pública.

**ABSTRACT:** This article sought to discuss the payment of compensation for moral damage to the spouse who was betrayed due to failure to comply with the duty of reciprocal fidelity due to the existence of an extramarital relationship with a public bias. The general objective was to verify the legal possibility of moral damage for the spouse who maintains a public extramarital relationship. The method used was deductive, analyzing data already available in other scientific works on the same topic. In addition, judicial decisions in specific cases and legislation regarding civil liability for failure to comply with the duty of reciprocal loyalty were observed. Among the results achieved, doctrinal understandings summarize the legal nature of marriage as contractual, with the duty of reciprocal loyalty being a contractual clause. It is concluded, based on national jurisprudence, that civil liability for moral damage resulting from failure to comply with the duty of reciprocal fidelity is possible as long as there is damage to the honor and image of the spouse who was betrayed and the constancy of a public relationship.

**Keywords:** Marriage. Unfaithful spouse. Reciprocal Fidelity. Public Extramarital Relationship.

<sup>1</sup>Estudante do curso de Direito, Faculdade de ciências jurídicas de paraíso do Tocantins.

<sup>2</sup>Orientador do curso de direito- Faculdade de ciências jurídicas de paraíso do Tocantins. Mestre em Direito.

## I INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade jurídica de indenização por dano moral decorrente de uma relação extraconjugal com viés público, averiguando-se se as consequências psíquicas que essa traição poderá acarretar ao cônjuge que fora traído. Outrossim, diante desse fato, na existência de filhos, o menor pode ter seu desenvolvimento psíquico prejudicado pelas desavenças entre os genitores.

Pretende-se verificar na doutrina e em precedentes dos superior Tribunal de Justiça sobre o reconhecimento dos elementos formadores do dever de indenizar como caracterização do dano e ilícito cometido. Considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ampara em seu texto, a tutela jurídica sobre a entidade familiar, e conseqüentemente, o casamento. Do mesmo modo, o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) impõe como obrigação de ambos os cônjuges, a fidelidade recíproca.

Não obstante o desaparecimento do crime de adultério, ainda subsiste como infração civil, definida em lei, podendo ser considerada como a mais relevante entre as obrigações conjugais. O problema que se pretende responder no decorrer do trabalho envolve a seguinte indagação: Incorre em dano moral o cônjuge que mantém relação extraconjugal pública?. Acerca da contribuição acadêmica do trabalho, para seara jurídica, tem-se que a fidelidade conjugal é exigida por lei, podendo ser considerada a mais importante das obrigações conjugais descritas no Código Civil, porém a responsabilidade civil do cônjuge infiel, é um assunto polêmico entre os tribunais e demanda análise dos pressupostos no caso concreto.

No contexto social, a família é o pilar da sociedade, sendo o casamento de suma importância, desde as formalidades aos deveres recíprocos entre os cônjuges, a infidelidade viola o princípio basilar do casamento, a monogamia. Culturalmente a sociedade está acostumada com relações tradicionais entre homens e mulheres (ou pessoas do mesmo sexo) com deveres e direitos um para o outro, assim, a infidelidade conjugal implica em questões que transbordam a matéria jurídica, inserem-se no meio social.

O objetivo geral é verificar a possibilidade jurídica de dano moral para o cônjuge que mantém uma relação extraconjugal pública. Assim, os objetivos específicos são: i) estudar os requisitos necessários para o acolhimento do pleito indenizatório ante a existência de relação extraconjugal pública; ii) investigar os aspectos jurídicos intrínsecos ao dever de fidelidade conjugal previstos no Código Civil brasileiro e iii) analisar a tese de responsabilidade civil por infidelidade virtual que pode caracterizar ofensa ao artigo 1.566, inciso V, do Código Civil a partir da doutrina e dos precedentes dos Tribunais brasileiros.

O trabalho foi dividido em duas seções. O primeiro capítulo aborda o vínculo conjugal perante o ordenamento brasileiro, os direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal e a fidelidade recíproca como um dever. Por fim, no segundo ultimo capítulo é discutido os apontamentos doutrinários e posicionamentos da jurisprudência em relação ao dano moral decorrente da infidelidade extraconjugal pública.

Além disso, realizou-se pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, com estudos em livros, revistas, artigos científicos, leis, além de uma análise profunda de julgados que abordem a matéria da responsabilidade civil por descumprimento do dever de fidelidade recíproca. O método utilizado é o dedutivo, baseando-se por teorias e concepções já sistematizadas no Direito Civil. Buscou-se evidenciar a importância do presente assunto para o âmbito social, e suas implicações jurídicas no rompimento do vínculo conjugal e na criação dos filhos menores, que podem ser afetados psicologicamente pelas atitudes dos pais.

## **2 O VÍNCULO CONJUGAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO COMO CONSTITUIÇÃO DE DEVER LEGAL**

Neste primeiro capítulo será abordado o vínculo conjugal que tem início com o enlace matrimonial, ou seja, a constituição do casamento. Partindo dessa premissa, é fundamental analisar a sociedade conjugal como um copilado de deveres e obrigações mutuas entre os cônjuges e também o dever legal de fidelidade imposto no Código Civil de 2002.

2816

### **2.1 A sociedade conjugal entendida como conjunto de direitos e deveres**

A partir da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o instituto da família passou por várias reformulações, convertendo-se como o núcleo formador da sociedade. Dessa premissa, surge a importância de abordar a sociedade conjugal sob o viés de direitos e deveres entre cônjuges.

Com o advento da Constituição de 1988, diversas alterações no texto legal foram acrescentadas ou modificadas no ordenamento brasileiro, especialmente as situações decorrentes das relações civis, impulsionando com isso modificações no Código Civil, de modo a adaptar a legislação a realidade fática das pessoas, a partir de um processo conhecido como Direito Civil à luz da Constituição Federal. (DAMIAN, 2018)

Durante muito tempo, o legislador brasileiro, entendia o casamento como única forma de constituição da entidade familiar, coube a Constituição de 1988, reconhecer a união estável como família aceita pelo ordenamento jurídico. Paralelo a união estável, está o

concubinato, considerado como uniões em que existe impedimento ao casamento. (VENOSA, 2017)

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 64671, equiparou o cônjuge ao companheiro, para fins sucessórios, não podendo ocorrer distinções. (BRASIL, 2017, não paginado)

Nesse sentido, conceitua-se o concubinato através das diretrizes impostas no Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), como sendo “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, por força do Artigo 1.727. Atualmente, o concubinato vem definido no citado artigo como a relação impedida e que não pode ser considerada entidade familiar (BRASIL, 2023, não paginado). Com a nova tutela constitucional, a entidade familiar ganhou novos contornos jurídicos, como o reconhecimento da união estável, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, direito este reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. ENCAMPAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA ADPF Nº 132-RJ PELA ADI Nº 4.277-DF, COM A FINALIDADE DE CONFERIR “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” AO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (BRASIL, 2011, não paginado)

Conforme a deliberação da referida Corte, o *caput* do Artigo. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Sem embargo, reconhecimento a união entre parceiros do mesmo sexo como uma forma de entidade familiar (BRASIL, 2023, não paginado). A respeito disso, cita-se o artigo 226 da Carta Constitucional que garante a proteção à família, *in verbis*:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

[...]

(BRASIL, 2023, não paginado)

As disposições constitucionais consideram como família, não somente aquela constituída pelo casamento, mas também a união estável. Como consequência disso, todos os indivíduos que contemplam o grupo familiar têm responsabilidades uns para com os outros.

Por força normativa do Artigo 226, § 5º da CF88 e com fundamento no Artigo 5º, inciso I, do mesmo diploma, que trata de igualdade entre homens e mulheres em sede de direitos e obrigações, o texto constitucional estabelece que os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal devem ser exercidos em patamar de igualdade por ambos cônjuges. (BRASIL, 2023, não paginado)

Nesse contexto, a sociedade conjugal é definida como o “conjunto de direito e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. Logicamente, o conjunto de direitos e deveres perante outra pessoa com a qual contraiu matrimônio”. (NUNES, 2010, p. 90-91)

2818

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) prever os direitos e deveres conjugais, dentre estes está o dever de fidelidade recíproca, enfoque do presente estudo. O Artigo 1.566 dispõe que:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

(BRASIL, 2023, não paginado)

De modo a não esgotar o assunto, os pressupostos legais, em relação ao inciso I, que trata da Fidelidade Recíproca serão abordados em tópico posterior. Assim, tem-se que a Lei impõe direitos e deveres de um cônjuge para o outro, dentre estes, a fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos. (BRASIL, 2023, não paginado)

Assim, apesar desse rol extensivo, a doutrina tem reconhecido que a legislação “não cogita de todos os deveres inerentes a ambos os consoes, prevendo os mais importantes, isto é, aqueles reclamados pela ordem pública e pelo interesse social”. (MONTEIRO, 2015, p. 112)

Há de se fazer uma ressalva, quanto a expressão “vida em comum”, em relação a imposição do domicílio conjugal que, “não se justifica, compete a ambos os cônjuges determinar onde e como vão morar. Cada vez com mais frequência, casais vêm optando por viverem em residências diversas, o que não significa infringência ao dever conjugal”. (DIAS, 2020, p.170)

Desse modo, o instituto “da vida em comum no domicílio conjugal encontra-se relativizado e a escolha dos cônjuges de viverem em domicílios separados por convivência pessoa afeiçoa-se ao princípio constitucional da liberdade”. (LOBÔ, 2020, p. 125)

A mútua assistência, relaciona-se com cuidado um para com o outro, dentro da relação. É consubstanciado na comunhão de vidas, nas alegrias e adversidades da vida conjunta (material e espiritual) (VENOZA, 2017).

Assim, a mútua assistência reflete em aspectos materiais e espirituais, devendo um cônjuge apoiar o outro durante o convívio diário, ou seja, durante o enfrentamento das adversidades que possam emergir na rotina a dois, se responsabilizando solidariamente um pelo outro.

Quanto ao sustento, guarda e educação dos filhos, tem-se que não só o Código Civil (Art.1.566, IV), mas também a Constituição (Art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 4º) impõem à família o dever de sustento, guarda e educação dos filhos:

Essa obrigação é dos pais enquanto pais, não enquanto casados. Ainda que a direção da sociedade conjugal seja exercida por ambos os cônjuges (CC 1.567), e as eventuais divergências devam ser solvidas judicialmente, tal não gera responsabilidade solidária no sentido de que o adimplemento do dever por um dos pais libera o outro do encargo. Logo, exercem ambos os genitores o poder familiar durante o casamento (CC 1.631). Assim sendo, depois do divórcio, não se modificam os deveres dos pais em relação aos filhos (CC 1.579). Assim, mesmo depois de dissolvido o casamento, persiste o dever de sustento e de educação da prole. O ônus é de ambos os pais. (DIAS, 2020, p. 172)

Trata-se, portanto, de dever imposto aos integrantes da entidade familiar, ao passo que a legislação permite a cobrança de alimentos de outros integrantes do seio familiar, na falta dos pais, os avós devem arcar com as despesas alimentícias dos menores, com base na Lei 5.478/1968 e nos ditames descritos ao longo do Código Civil de 2002.

Além disso, o dever de respeito e consideração mútuos consulta mais a dignidade dos cônjuges:

[...] pois a lei a eles delega a responsabilidade de qualificá-lo, segundo os valores que compartilhem, sem interferência do Estado-juiz na privacidade e na intimidade. Além disso tudo, abrange a inviolabilidade da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica, da honra, do nome, da imagem, da privacidade do outro cônjuge. Vale ressaltar, contudo, que não é somente um dever de abstenção ou negativo, ao passo que também impõe prestações positivas de defesa de valores comuns, tais como a honra solidária, o bom nome familiar, o patrimônio moral comum. (LÔBO, 2020, p. 67)

Logo, a exigência de respeito e consideração mútuos, é regida em obediência aos princípios da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana. Quanto a esse direito/dever podem ser destacar alguns artigos do Código Civil de 2002, como o Art. 1.567 que dispõe sobre a mútua assistência; no dever de prestar alimentos e o Art. 1.724 que dispõe sobre o dever de assistência na união estável, dentre outros. (MEZZARROBA et al, 2014)

Denota-se a importância de direitos e deveres decorrentes do vínculo conjugal. De modo a equilibrar todas as vertentes envolvendo a entidade familiar e a vida em comum. Não há legislação específica que importe na punição do descumprimento dos deveres conjugais, cabendo a jurisprudência decidir sobre a matéria, como se verá mais adiante, no estudo do dano moral por infidelidade extraconjugal

Verifica-se que após a Constituição de 1988 e, conseqüentemente, o Código Civil de 2002, cônjuges e companheiros foram equiparados em relação aos direitos (deveres impostos no Art. 1.566 do CC), pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive nas uniões homoafetivas (entre pessoas do mesmo sexo).

## 2.2. A Fidelidade como Dever Legal no Casamento

De acordo com o estudado no tópico anterior, com a constituição do casamento ou da união estável, decorrem direitos e deveres conjuntos entre os cônjuges dentre estes, está a fidelidade recíproca que será melhor abordada neste tópico.

Como mencionado, o primeiro dever elencado no artigo 1.566, inciso I, é o dever de fidelidade recíproca, sendo o mais supervalorizado dos deveres conjugais, ao ser atrelada aos deveres de respeito e consideração mútuos, impostos no inciso V do mesmo dispositivo legal. O dever de fidelidade conjugal também se aplica a união estável, pois conforme o texto constitucional, no Artigo 226, § 3º, “há equiparação desse instituto ao casamento, encaixando o dever de fidelidade ou lealdade”. (BRASIL, 2023, não paginado).

Ainda que ao longo da história do ordenamento brasileiro pode-se encontrar um vasto copilado de legislações impostas ao casamento e a união estável. Embora algumas dessas legislações fossem variáveis conforme o tempo e a época, afirma-se que as leis

brasileiras sempre atribuíram aos cônjuges o dever de fidelidade recíproca, impondo sanções aos infratores desse dever legal. (REZENDE, 2021)

A fidelidade recíproca deve ser interpretada como observância e lealdade aos deveres e obrigações assumidas com o casamento, sendo considerado muito mais que uma obrigação dos cônjuges de manterem, entre si, além da exclusividade sexual e afetiva. Por determinação estatal, aquele que se casa tem a obrigação decorrente do dever matrimonial descrito no artigo 1.566, inciso I do Código Civil de 2002, de manter exclusividade sexual, enquanto perdurar o casamento e tão somente com o seu cônjuge. Não se pode deixar de considerar o dever de fidelidade recíproco, compreendido como dever moral e diante do texto legislativo ainda vigente, também como um dever jurídico que tem íntima relação com o caráter monogâmico do casamento. (MARZAGÃO, 2023)

Como pressuposto teórico, a “fidelidade recíproca, é corolário do ideal de família admitida pela sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral, normativo e intuitivo”. (VENOSA, 2017, p. 45).

A infidelidade é a mais abjeta causa de separação conjugal, que em decorrência de sua natureza monogâmica, regida pelo princípio da monogamia, repulsa qualquer pluralidade de relações. (MADALENO, 2020). Não se reduz apenas a infidelidade carnal, vai além. Percorre os caminhos de infidelidade da mente, do coração e da infidelidade virtual e digital. É uma espécie de obrigação de não fazer. Sendo expressão do caráter individual na constância do casamento. A fidelidade recíproca, é uma obrigação moral e jurídica de ambos os cônjuges. Não obstante os novos modelos familiares, ainda é vista como dever. (MELLO, 2022)

Recentemente o dever jurídico à fidelidade recíproca foi sistematizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/Sergipe (Tema de Repercussão Geral 529):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. É Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, **subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil)**. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2021, não paginado) (Grifou-se)

Para fins de repercussão geral no Tema 529 a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (BRASIL, 2021, não paginado)

Em decorrência do julgamento do Tema 529 do Supremo Tribunal Federal, fixou-se a tese que o dever de fidelidade recíproca, em conjunto com o princípio da monogamia, são fatores impeditivos para o reconhecimento de famílias simultâneas. Essa decisão importa enorme relevância jurídica para o dever legal de fidelidade imposto no casamento.

Dessa forma, o dever de fidelidade consiste num dever de não praticar relações sexuais com terceiros, partindo do princípio da monogamia como elementar das relações reguladas pelo Código Civil. O incumprimento do dever depende de um elemento subjetivo, ou seja, a intenção de infidelidade que nunca poderá estar preenchida caso de erro ou coação, a natureza do dever de fidelidade reveste-se de complexidade nos dias atuais embasadas pelas transformações sociais. Esses deveres têm relevância pessoalíssima, derivam do compromisso assumido no casamento. (MATOS, 2021)

Assim, o Estado impõe medidas a serem cumpridas pelo cônjuge na vida afetiva e sexual, dentre essas obrigações conjugais está o dever de fidelidade recíproca que deve ser compreendido como um dever legal decorrente do vínculo conjugal.

### **3 DANO MORAL POR INFIDELIDADE EXTRACONJUGAL**

É certo que, a relação monogâmica está enraizada no contexto social, estando em evidência desde os primórdios da humanidade. Em concordância a isso, alguns doutrinadores vêm embasando seus entendimentos, de modo a entender que a violação do pressuposto da fidelidade recíproca, a depender do caso, pode ou não acarretar no dever de indenizar. Mas diante da lacuna legislativa e a divergência doutrinária, e incumbência dos Tribunais decidir sobre a matéria de fato, com base no conjunto probatório apresentado pelas partes.

Destarte que, não subsistem obstáculos sobre a relevância do tema proposto, diante do confronto entre doutrina e jurisprudência sobre a efetividade jurídica da responsabilidade civil ao cônjuge infiel que preserva relação extraconjugal pública, exigindo para tanto, um estudo aprofundado.

### 3.1. Configuração Jurídica de Danos Indenizáveis a partir da Infidelidade Conjugal Pública

O dever de fidelidade recíproca constitui-se como sendo um dos mais relevantes deveres conjugais, tanto no casamento como na união estável. Entretanto, com o passar dos anos, as famílias sofreram alterações em sua composição. Desse modo, é importante analisar se existem danos indenizáveis impostos ao indivíduo que descumpra esse dever jurídico, a partir da existência de relação extraconjugal pública.

Vale ressaltar que após a Emenda Constitucional nº 66/2010, embora não tenha havido revogação expressa do artigo 1.566 do Código Civil de 2002, a doutrina pátria passou a defender o desfazimento das principais consequências da infração dos deveres conjugais, já que o fim do casamento se apartou de qualquer caráter punitivo, acabou-se com a discussão da culpa. A investigação de infidelidade perdeu força no Direito de Família. Por outro lado, não há como não se ponderar a existência de consequências pela quebra dos deveres conjugais, ou seja, o descompromisso e desvinculação com os regramentos conjugais. (MARZAGÃO, 2023)

Assim sendo, no ordenamento brasileiro, em decorrência da Emenda Constitucional nº 66/2010, não se fala mais em deveres conjugais como viés punitivo, ficando a sistemática mais próxima da visão da Ministra Nancy Andrighi que os deveres conjugais são deveres jurídicos recomendatórios, sendo passíveis de punição por descumprimento, restando aos cônjuges, intimamente, avaliar a conduta e reivindicar punição por seu descumprimento. (LÔBO, 2020).

Acerca disso, o Superior Tribunal de Justiça, analisou a questão da culpa no divórcio no julgamento do Recurso Especial 1.483/841/RS em 17 de março de 2015, na oportunidade em que afastou o entendimento da necessidade de aferição de culpa pelo término do casamento, devendo os demais magistrados observarem apenas causas decorrentes do divórcio, como partilha de bens, guarda (na existência de filhos) e quantificação de alimentos, deixando de expor situações vexatórias a intimidade do ex-casal. (NIGRI, 2022)

Todavia, a infidelidade conjugal é um problema que causa dores emocionais devastadoras a uma pessoa que acaba idealizando uma vida comum, dentro dos paradigmas sociais e tradicionais, como comprar uma casa e ter filhos, cada um dos cônjuges deve se responsabilizar pelo comportando no decurso do casamento. (MATOS, 2021)

Nada obstante, nem toda doutrina é favorável ao ressarcimento do dano moral em situações envolvendo cônjuge e conviventes, como na hipótese de violação dos deveres inerentes a sociedade conjugal. Nesse particular, o dano moral surgido em virtude de infração dos deveres específicos, seria um exagero, sendo inadmissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras da responsabilidade civil no direito de família. (FERNANDES, 2015)

Outros autores como Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, aceitam a “reparação do dano nas relações familiares, quando a conduta decorre de uma prática ilícita, como um adultério público e notório, que expõe a boa fama do outro cônjuge ao escárnio”. (FARIAS, ROSENVALD, 2021, p. 78)

Nesse pressuposto, vê-se que a infidelidade conjugal, escoa da dilatação do casamento, e o surgimento de desavenças entre os cônjuges, abrindo espaço para uma terceira pessoa. Na relação extraconjugal de natureza pública, o cônjuge mantém o casamento e a relação extraconjugal em um mesmo contexto social. Dentre as obrigações matrimoniais, consta o dever de fidelidade recíproca, atrelado ao cônjuge que foi traído e a um possível sofrimento ou exposição vexatória, diante da existência de relação extraconjugal pública.

Assim, a transgressão dos deveres conjugais “pode gerar danos indenizáveis ao cônjuge inocente. Contudo, não é toda situação de infidelidade ou de abandono do lar conjugal que ocasiona o dever de indenizar por danos morais”. (PASSOS, 2016, p. 40-41)

Pois conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para que haja o dever de indenização deve existir exposição pública do cônjuge traído, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INFIDELIDADE CONJUGAL. PROVA. OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO. **O SIMPLES DESCUMPRIMENTO DO DEVER JURÍDICO DA FIDELIDADE CONJUGAL NÃO IMPLICA, POR SI SÓ, EM CAUSA PARA INDENIZAR, APESAR DE CONSISTIR EM PRESSUPOSTO, DEVENDO HAVER A SUBMISSÃO DO CÔNJUGE TRAÍDO A SITUAÇÃO HUMILHANTE QUE OFENDA A SUA HONRA, A SUA IMAGEM, A SUA INTEGRIDADE FÍSICA OU PSÍQUICA. PRECEDENTES.** 3. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA.

(BRASIL, 2018, não paginado). (Grifou-se)

No caso presente caso, ocorreu a divulgação em rede social de imagens do cônjuge, acompanhado da amante em público, e o fato de aquele assumir que não se preveniu sexualmente na relação extraconjugal, acaba configurando o dano moral indenizável. De certa forma, o dano moral ocorre quando o indivíduo é atingido em sua esfera

extrapatrimonial, onde seus direitos de personalidade, seu âmago e sua paz de espírito são acarretadas por dor, sofrimento, tristeza e humilhação. (BRASIL, 2018, não paginado)

É o que assevera Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral é o que atinge o “ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem e que acarreta ao lesionado, tristeza, vexame e humilhação”. (GONÇALVES, 2020, p. 377)

Então, diante da inexistência de prova, a indenização por danos morais é inconsistente. Nesse sentido, destaca-se outro entendimento do Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INFIDELIDADE CONJUGAL. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO PÚBLICA DO CÔNJUGE TRAÍDO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DEVER DE INDENIZAR QUANDO OCORRER O DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ACIMA TRACEJADOS, PORQUANTO NECESSITA EXISTIR UMA SITUAÇÃO HUMILHANTE, VEXATÓRIA, EM QUE EXPONHA O CONSORTE TRAÍDO A FORTE ABALO PSICOLÓGICO QUE, FUGINDO À NORMALIDADE, INTERFERA DE SOBREMANEIRA NA SITUAÇÃO PSÍQUICA DO INDIVÍDUO. Assim, a traição, por si só, não gera o dever de indenizar. **No caso em apreço, as informações dos autos não evidenciam a exposição da apelante em situação vexatória, com exposição pública, já que, a toda evidencia a alegada infidelidade conjugal, não teria extrapolado o ambiente doméstico.** Isso porque, não há provas concretas que ratifique a tese de que o demandado teria enviado às imagens do relacionamento extraconjugal a terceiros, configurando assim a exposição da requerente. (BRASIL, 2018, não paginado). (Grifou-se)

Com suporte teórico na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o descumprimento do dever jurídico da fidelidade recíproca, consiste em pressuposto do dever de indenizar, desde que ofenda a honra, a imagem, ou integridade física e psíquica do cônjuge que fora traído. Perceba-se que para configuração do dano moral, há necessidade de lesão a um dos direitos da personalidade, tais como a honra, a dignidade, a intimidade ou a imagem. (BRASIL, 2018, não paginado)

De acordo com as decisões mencionadas e os apontamentos doutrinários, tem-se que para configuração do dano moral, além da infidelidade conjugal como fator predominante, também deve ocorrer uma situação que adentre na esfera da dignidade do cônjuge traído como situações vexatórias com os relacionamentos extraconjugais públicos.

### 3.2. Configuração jurídica da responsabilidade civil por infidelidade conjugal

Considerando que o descumprimento do dever fidelidade recíproca, implícito no artigo 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002, pressupõe o dever de indenizar nos casos em

que há lesão aos direitos de personalidade sob a égide da infidelidade conjugal com animus público como visto no tópico anterior. Vislumbra-se a necessidade de analisar a infidelidade como descumprimento de um dever obrigacional perante a responsabilidade civil.

Inclina-se uma boa parte da doutrina a sustentar que a violação dos deveres do casamento, pode ensejar em responsabilidade civil indenizatória para reparação dos danos oriundos da ruptura do vínculo conjugal ou contratual. Assim sendo, aplicando-se a penalidade para quem praticou a infração do dever legal (imposto na lei). (DIAS, 2020)

Como justificativa para tal afirmação, a doutrina aponta que a natureza jurídica do casamento deslinda sobre uma natureza híbrida, como instituição, devido ao ser caráter sociológico e como contrato, uma vez que é fruto de um acordo entre vontades (de ambos os cônjuges). (PASSOS, 2016)

No sentido de atribuir natureza híbrida ao casamento, observa Silvio Venosa que o casamento é um contrato de caráter pessoal e social, embora seja um contrato, também paira sobre uma instituição ético social que constitui a família. A teoria do casamento como instituição não prejudica a aceção do casamento como contrato (VENOSA, 2017)

Na aceção contratual do vínculo conjugal “se enxerga o casamento como um contrato de vontades convergentes entre os cônjuges para obtenção de fins jurídicos específicos”. (DUTRA, p. 55)

A Lei 10.406/2002 estabelece no artigo 1.511 que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direito e deveres entre os cônjuges, na medida que o artigo 1.566 prevê os deveres e direitos de ambos os cônjuges, caso esses não forem devidamente cumpridos, surgirá a responsabilidade civil na esfera conjugal. Assim sendo, surge no direito de família a possibilidade e aplicação da responsabilidade civil, haja vista a violação e a ofensa ao casamento contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana. (CARDOSO et al, 2022).

O princípio da boa-fé objetiva também se infiltrou no direito das famílias. Com isso, a busca de indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. O eixo da família desloca-se ao elemento do fato ilícito, para se preocupar com a reparação do dano. A respeito da responsabilidade civil do cônjuge é necessário a atentar que o fato pode ser ilícito absoluto, infração a dever conjugal, ou ainda dano a direito assegurado (art. 186 CC). (DIAS, 2020)

Como se vê, “há aqueles que defendem o casamento como um contrato e apontam a responsabilidade civil como forma de responsabilização a ser adotada para reparação dos

danos decorrentes da violação dos deveres conjugais” (DUTRA, 2020, p. 56). Em decorrência da infidelidade a responsabilidade civil surge por descumprimento obrigacional, o dever de fidelidade recíproca, ou seja, pela desobediência de uma regra contratual, ao passo que se considera o casamento como um contrato, o cônjuge que traiu deixar de observar o determinado no preceito normativo. (TARTUCE, 2015)

Evidencia-se que os preceitos da responsabilidade podem ser aplicados em todas as relações jurídicas, inclusive as relações familiares, em especial o casamento. Devendo os companheiros agirem de forma ética e moral um para com o outro, respeitando os deveres do casamento, principalmente a fidelidade que uma vez descumprida acarreta sentimentos de dor, angústia e humilhação. Ocorrendo violação ao dever de fidelidade impera a responsabilidade civil sobre o culpado a fim de se ver reparado o dano e como repreensão para inibir futura prática. (GERVASIO, 2007)

Nesta toada, o Código Civil de 2002, estatui os artigos 186 e 927, dispondo sobre a responsabilidade civil por ato ilícito. Sendo indispensável para comprovar-se o dever de indenizar a comprovação do dano, nos termos descritos no artigo 186 do Código Civil de 2002, que dispõe:

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

[...]

(BRASIL, 2023, não paginado)

O Código Civil de 2002, repetindo seu antecessor (Código Civil de 1916), estipulou uma condição para responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, ou seja, praticar ato ilícito conjuntamente com dano causado a outra pessoa.

Assim, no momento em que um dos cônjuges se satisfaz sexualmente com outra pessoa que não seja aquela a quem prometeu ser fiel, acabar por descumprir um dever legal, a fidelidade, e esse descumprimento atinge os sentimentos mais íntimos da pessoa. Quando a traição se torna pública acabar por levar o traído a situações vexatórias, que geram ao traído decepção, frustração e dor. Por força normativa do artigo 186 do Código Civil, todo aquele que causar a outrem dor, humilhação, vergonha, deve ser responsabilizado civilmente, por que comete dano injusto, ou seja, um ato ilícito. (GERVASIO, 2007)

Desse modo, ao violar o dever de fidelidade, o cônjuge que traiu, ante ao disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002 será obrigado a indenizar o cônjuge ou companheiro que

foi traído, considerando a existência de danos a honra. Tendo por base que a responsabilidade civil, é consequência do dever violado.

Nesses parâmetros, também se destaca a redação do artigo 927 do mesmo diploma legal:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(BRASIL, 2023, não paginado).

Partindo da premissa que há o ato ilícito (art. 186 CC), por descumprimento de um dever legal, a fidelidade recíproca. Tem-se que o artigo 927 também impõe que aquele que causar o ato ilícito estará obrigado a reparar o dano. Além disso, o parágrafo único do mencionado dispositivo, dispõe que a reparação do dano ocorrerá independente de culpa.

Destrate, que a responsabilidade civil contratual a culpa é presumida, cabendo ao autor da lesão comprovar que não agiu com culpa. Já na responsabilidade civil extracontratual, compete ao lesado a prova da culpa do agente. Considerando o casamento como um contrato, os deveres estipulados no artigo 1.566 são as cláusulas contratuais que caso infringidas dão ensejo aos efeitos da responsabilidade civil contratual. Sendo a fidelidade recíproca um dever legal determinado em lei, que nasce do casamento (cuja natureza é contratual), o descumprimento gera a responsabilidade contratual. (DUTRA, 2020)

2828

Percebe-se, para tanto, que o descumprimento dos deveres conjugais por parte de um dos cônjuges, é ato ilícito indenizável, uma vez reconhecida a natureza contratual do casamento como instituição familiar. Além disso, ainda que se afirme a impossibilidade de discussão da culpa para dissolução do casamento, a infidelidade conjugal do cônjuge ou companheiro pode dar razão para ação de responsabilidade civil por danos morais em face do cônjuge traído desde que comprovado o dano.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para atingir os resultados esperados para resolução da problemática, o trabalho foi estruturado com o objetivo de esclarecer pontos controversos juridicamente relacionados ao dever de fidelidade recíproca após a constituição do casamento, e a insurgência da infidelidade com múnus público.

Outrossim, no decorrer do primeiro capítulo evidenciou-se que em decorrência da construção da entidade familiar, surge o casamento, seguido pelo reconhecimento jurídico da união estável, incluindo a união entre pessoas do mesmo sexo. Tem-se a Carta Constitucional de 1988 como marco normativo.

Nesse contexto, aponta-se que os direitos e deveres da sociedade conjugal estão impostos no artigo 1.566 do Código Civil de 2002, amparado pela proteção a família disposta no artigo 226 da Constituição de 1988. Dentre esses pressupostos está a fidelidade recíproca entendida como um dever imposto na lei referente ao casamento.

Desse modo, adentrando no segundo capítulo do estudo, ante a constância de um casamento, paralelo a uma união extraconjugal pública, depreende-se a infidelidade conjugal o que lesiona um dever legal imposto no Código Civil de 2002, a fidelidade recíproca. Ante a inclusão de uma terceira pessoa na relação, subsistem vertentes relacionadas ao dano moral.

Além disso, foi essencial analisar o ponto de vista doutrinário, tem-se que o dano moral decorre do descumprimento do dever de fidelidade recíproca, tendo em vista a disposição legal do Código Civil. Além disso, a maioria dos juristas do Direito de Família, entendem que o casamento é um contrato, cuja natureza jurídica é contratual. Em que pese isso, existirem doutrinadores que consideram o casamento de natureza híbrida, com aceção de instituição, isso não interfere na concepção do casamento como contrato.

2829

Pelo exposto, foi necessário compreender o que tem levado o Poder Judiciário, reconhecer ou não direito a indenização nos casos envolvendo descumprimentos das obrigações matrimoniais que foram praticados na constância do casamento. Os aspectos jurisprudenciais dispostos ao longo do estudo, exemplificam que o descumprimento do dever de fidelidade recíproca por si só não provoca o dano, deve haver comprovação de lesão a honra, imagem, ou seja, dos direitos de personalidade do cônjuge traído.

Como resultado alcançado, conclui-se é possível a responsabilidade civil por dano moral decorrente do descumprimento do dever de fidelidade recíproca, como condição para o pagamento da indenização, a jurisprudência sintetiza que deve ocorrer a configuração da relação extraconjugal pública de modo a ensejar lesão a honra e imagem do cônjuge que fora traído.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023], não paginado.

BRASIL. Código Civil de 2002. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília/DF: Presidência da República, [2023], não paginado.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, [1968], não paginado.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (7. TURMA CÍVEL). **Classe do Processo: 00064619720168070020 - Segredo de Justiça 0006461- 97.2016.8.07.0020**, Relator: Gislene Pinheiro, 08 de agosto de 2018. Brasília/DF, 14 de agosto de 2018, não paginado. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acessado em 18 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (7. TURMA CÍVEL). **Classe do Processo: 20160310152255APC, Registro do Acórdão Número: 1084472**, Relator: Fábio Eduardo Marques, 21 de março de 2018. Brasília/DF, 26 de março de 2018, não paginado. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acessado em 18 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277**. Relator(a): Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Brasília/DF, 14 de outubro de 2021, não paginado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acessado em 18 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 646721**. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de maio de 2017. Brasília/DF, 11 de setembro de 2017, não paginado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acessado em 18 ago. 2023.

2830

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1045273/Sergipe**. Relator(a): Min. Alexandre De Moraes, 21 de dezembro de 2020. Brasília/DF, 09 de abril de 2021, não paginado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443826/false>. Acessado em 18 ago. 2023.

CARDOSO, Gabriella Araújo; ALMEIDA, Liene Thalita Negreiros da Silva; RIEDLINGER, Camila de Bortoli Rossatto. Infidelidade conjugal tem preço? Um estudo sobre a condenação ao dano moral a partir do entendimento dos tribunais brasileiros. **Revista São Luis Orione, Araguaína - TO, v. 9, n. 1, p. 48-64, jan./jun. 2022**.

DAMIAN, Terezinha. **Família e filiação socioafetiva**. 1. Ed. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. São Paulo: Editora JusPODVIM, 2020.

DUTRA, Larissa Monteiro. **Responsabilidade civil pelos efeitos decorrentes da infidelidade conjugal**. João Pessoa/PB, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 13. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: direito de família.** Caxias do Sul, RS: Educs, 2015.

GERVASIO, João Batista Ricalde. A responsabilidade civil em decorrência da traição no casamento e na união estável. **Revista Jus Societas**, Ji-Paraná-RO, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** Volume 4. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade.** Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. **Contrato paraconjugal: a modulação da conjugalidade por contrato teoria e prática.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

MELLO, Cleyson De Moraes. **Direito civil – famílias.** 3 edição. Rio de Janeiro: Processo 2022.

MEZZAROBA, Orides; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho. **Direito de família.** Curitiba - PR . : vol.7 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014.

2831

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito da família.** Volume 2. 43. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

NIGRI, Tânia. **Divórcio.** São Paulo: Blucher, 2022.

NUNES, Rodrigo Oliveira. Contextualização histórica do divórcio no Brasil. **Revista Rumos da Pesquisa em Ciências Empresariais, Ciências do Estado e Tecnologia Cadernos de Direito.** (2010). Disponível em: <https://www.unicerp.edu.br/revistas/rumos/01/p90.pdf>. Acesso em: 07 set. 2023.

PASSOS, Lucineide Alves da Silva. **União estável e casamento: dever de fidelidade versus dever de lealdade.** 2016. 48 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

REZENDE, Renato Horta. Dever legal de fidelidade recíproca dos cônjuges: entre os alimentos naturais e a exoneração por procedimento indigno. **Dereito: revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, 30 (1), 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.