

# Indenização por violação do dever conjugal de fidelidade: o posicionamento da jurisprudência brasileira

*Compensation for violation of the conjugal duty of fidelity: the position of brazilian jurisprudence*

Tereza Cristina Monteiro Mafra\*  
Susan Naiany Diniz Guedes\*\*

## Resumo

A Emenda Constitucional 66/2010 aboliu a discussão de culpa pelo fim do casamento, com a prevalência da interpretação de que teria sido extinta a separação judicial, cuja causa de pedir consistia em um cônjuge imputar ao outro a grave violação dos deveres conjugais. Tendo em vista as transformações ocorridas no direito de família, o presente artigo tem como escopo analisar, uma vez fulminada a inculpação, qual a natureza jurídica dos deveres conjugais e se sua violação, não mais discutível quando do fim do casamento, poderia ensejar indenização por dano moral. Para responder a tal questionamento, optou-se por uma análise jurisprudencial, qualitativa e quantitativa, verificando-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos vinte e sete Tribunais de Justiça do Brasil, de maneira pormenorizada e regionalizada. Dessa forma, como resultado da pesquisa jurisprudencial, encontraram-se quase que somente decisões envolvendo violação ao dever de fidelidade – o que levou à sua eleição temática.

**Palavras-Chave:** Dever de Fidelidade. Natureza Jurídica. Indenização por Danos Morais.

## Abstract



*The Constitutional Amendment 66/2010 abolished the discussion of guilt for the end of the marriage, with the prevailing interpretation that the judicial separation would have been extinguished, which the cause was to have a spouse imputing of a serious violation of marital duties. In view of the transformations that have occurred in family law, this article aims to analyze, once the indictment is terminated, what is the legal origin of conjugal duties and whether their violation, no longer debatable at the end of the marriage, could lead to compensation for moral damage. A jurisprudential, qualitative and quantitative analysis was chosen to answer this question, which verified the position of the Superior Court of Justice and the twenty-seven Courts of Justice in Brazil in a detailed and regionalized manner. As a result of the jurisprudential research, almost exclusively decisions were found involving violations of the duty of fidelity - which led to their thematic election.*



**Keywords:** Duty of Fidelity. Legal Origin. Moral Damages. Indemnty.

## 1 Introdução

O direito de família brasileiro positivado, antes da Constituição de 1988, sofria grande influência religiosa e era fundado no monopólio do casamento como modelo familiar admitido pelo Estado, na esteira da codificação francesa e alicerçado na subordinação da mulher.

A família tradicional, cuja principal missão era assegurar a transmissão de poder e de patrimônio, perpetuada por alianças entre patriarcas, como “verdadeira transposição da monarquia de direito divino” (ROUDINESCO, 2002, p. 19), deu lugar à família contemporânea ou pós-moderna, (...) “receptáculo de uma lógica afetiva, que une, ao

\*   Doutora em Direito pela Universidade de Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil Mestre em direito civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil. Bacharel em Direito Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil. Diretora Geral do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos e Diretora da Faculdade de Direito Milton Campos e Professora Titular. E-mail: tm@terezamafraadvocacia.com.br

\*\*   Mestranda em Direito pela Faculdades Milton Campos, FMG/MG, Brasil. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen, FAJ/MG, Brasil. Possui graduação em Direito - Faculdades Milton Campos, FMG/MG, Brasil. (2012). Atua como Advogada e Sócia do escritório Tereza Mafra Advocacia em Direito Privado, especialmente nas áreas de Direito de Família e Sucessões. E-mail: susandguedes@yahoo.com.br

longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual” (ROUDINESCO, 2002, p. 19).

No Brasil, o principal marco jurídico de tais transformações foi a Constituição de 1988, cujo grande impacto nas relações privadas, dentre outros aspectos, faz com que as leis estejam em conformidade com os direitos fundamentais<sup>1</sup>.

Ocorreu uma modificação axiológica nos vínculos jurídico-familiares, com a *personalização* das relações e a nova concepção de que a família é plural, dissolúvel e igualitária, finalisticamente orientada à promoção do livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e como *locus*<sup>2</sup> de realização pessoal e afetiva (FACHIN, 1999). Segundo Carbonnier: “O *direito à família* é uma forma de direito à felicidade, que deve ser garantido pelo Estado” (CARBONNIER, 1995, p. 185-186).

Mais tarde, o Código Civil de 2002 consagrou, no Art. 1.513, o princípio da mínima interferência estatal<sup>3</sup>. Foi introduzido no ordenamento positivo brasileiro, sob a forma de regra, o *Princípio da Mínima Interferência Estatal*, como corolário das transformações sofridas pela família, trazendo à lume a antiga dicotomia entre interferência estatal *versus* autonomia privada no direito de família.

O casamento deixou de ser obrigatório, livrando-se da característica de instrumento a serviço da religião ou de alianças familiares. Dessa forma, o rompimento formal pelo divórcio tornou-se cada vez mais acessível.

As *possibilidades eletivas* emergentes (“p. ex., a mobilidade profissional dos cônjuges em direções divergentes, a repartição do trabalho doméstico e do cuidado com as crianças, o tipo de método anticoncepcional, a sexualidade”) acendem a conscientização dos conflitos nas relações conjugais (BECK, 2010, p. 162).

A efemeridade das relações atuais fez com que Bauman sugerisse a metáfora da liquidez para designar o estado da sociedade moderna, que se caracteriza por uma inaptidão por manter a forma (BAUMAN, 2001). Ao contrário do passado, em que as relações eram duradouras (*sólidas*), atualmente há uma tendência a que sejam voláteis, flexíveis, desreguladas (*líquidas*) (BAUMAN, 2001).

A fluidez das relações contemporâneas e a influenciado princípio da mínima interferência estatal levaram à simplificação das formas (desjudicialização) e à desdramatização do fim do casamento, culminando com a Emenda Constitucional 66/2010, segundo a qual, para grande parte da doutrina, foi abolida a inculpação, uma vez que extinta a separação-sanção, cuja causa de pedir consistia em um dos cônjuges imputarem ao outro uma grave violação dos deveres do casamento (DIAS, 2017; FARIAS; ROSENVALD, 2010; PEREIRA, 2018).

O Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), sem contemplar uma enumeração de deveres conjugais, limitou-se a consagrar a cláusula geral do parágrafo do Art. 1353, dispondo que: “Os cônjuges estão mutuamente obrigados à comunhão legal de vida”. Na *common law* prevalecem o princípio da não interferência na vida privada, a crítica aos modelos enumerativos de deveres conjugais e seus respectivos descumprimentos, apontados como a *strangekindoflaw* (uma estranha forma de Direito) (GLENDON, 1989, p. 86).

Contudo, a inobservância dos deveres conjugais pessoais, tradicionalmente, nos países do sistema romanístico, envolvia a imputação de *faute* (culpa) pelo fim do casamento, em decorrência do modelo francês. Assim encontra-se previsão nos ordenamentos jurídicos do Brasil (Art. 1.572, *caput*, do Código Civil), em Portugal (Art. 1.779º, do Código Civil), na Itália (Art. 151, do Código Civil), entre outros países.

Se, por um lado, a qualidade de cônjuge reflete-se no âmbito de vários direitos, tendo em vista a comunhão de vida estabelecida pelo casamento. De outro lado, o casamento não afeta a tutela da personalidade de cada cônjuge. Ou, segundo Carbonnier, “o casamento não importa na absorção de uma personalidade pela outra: mesma cama, sonhos diferentes” (CARBONNIER, 2002, p. 483-484).

A problematização que se coloca com a impossibilidade de se discutir culpa pelo fim do casamento, é se haveria um deslocamento para o campo da responsabilidade civil. Dessa forma, a violação aos deveres do casamento culminaria em dano moral?

<sup>1</sup> Sobre a influência dos direitos fundamentais no direito privado teve significativa influência a doutrina alemã (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. (trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2009), também devendo ser mencionada a ascendência de Pietro Perlingieri (**Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002) sobre autores de direito de família, como Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Paulo Lôbo.

<sup>2</sup> *Locus* foi empregado aqui no sentido de lugar. CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 4.ed., Rio de Janeiro: Lexikon Editora, 2010, p.30

<sup>3</sup> Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Tal indagação levou a uma pesquisa jurisprudencial, que abarcou os julgados do Superior Tribunal de Justiça e de todos os vinte e sete Tribunais de Justiça do Brasil, desde o ano de 2015 até abril/maio de 2019. O recorte temporal foi eleito para tentar identificar se, com o advento do novo Código de Processo Civil, que trata expressamente da separação-sanção (ex. Arts. 693, 731, 732, 733), teria havido alguma modificação no entendimento que defende estarem extintas a separação judicial e a inculpação – o que não se verificou.

Antes da análise jurisprudencial, foi desenvolvida uma pesquisa envolvendo a controvérsia acerca da natureza jurídica dos deveres conjugais, a fim de verificar se sua violação poderia ensejar indenização por dano moral.

Subsequentemente fez-se um levantamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos vinte e sete Tribunais de Justiça do Brasil acerca do tema da indenização por danos morais pela quebra do dever da fidelidade entre os cônjuges. Destacaram-se o número de julgados por região, os percentuais de deferimentos e indeferimentos do pleito, os quais estão relacionados com a ocultação da paternidade biológica e o gênero daqueles que pleitearam a indenização.

Em seguida, apontam-se os principais fundamentos dos acórdãos que deferiram a indenização por dano moral, dissociados da ocultação da paternidade biológica do filho havido durante o casamento/união estável.

Por fim, apresenta-se a conclusão tendo em vista a análise jurisprudencial, analisando-se o que os tribunais admitem como hipóteses de dano moral, especialmente em decorrência da violação ao dever de fidelidade.

## 2 Dos deveres do casamento e a sua natureza jurídica

A realização do casamento institui diversos deveres recíprocos entre os cônjuges, sendo o Código Civil por regulamentar expressamente alguns deles. O artigo 1.566 prevê que são deveres entre os cônjuges: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e respeito e consideração mútuos.

Vale lembrar que o Código Civil de 1916 também previa os deveres dos cônjuges no Artigo 231, cujo rol se diferenciava apenas pela supressão do último deles, qual seja, respeito e consideração mútuos.

Para aferir se a infringência a tais deveres é passível de indenização, deve-se perquirir, primeiramente, como podem ser qualificados os deveres conjugais diante da feição do casamento contemporâneo, pois sobre a sua natureza é antiga a controvérsia.

Os canonistas sustentavam a natureza de direito real e a tutela possessória aos deveres conjugais, com fundamento na Epístola de São Paulo aos Coríntios<sup>4</sup>, sob a interpretação de que cada cônjuge tinha um poder sobre o corpo do outro (*ius in corpus*), implicando não só que o consorte devesse ser privado de qualquer ato prejudicial à exclusividade desse direito, mas também que terceiros se abstivessem de qualquer perturbação, como concluiu Vassalli (1944) Vassalli (1944).

Entretanto, com a tendência personalista assumida pela doutrina jurídica, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, foi perdendo força a corrente realista, não mais se admitindo qualquer “coisificação” da pessoa.

Na doutrina brasileira, alguns autores qualificaram os direitos e deveres conjugais como direitos da personalidade. Segundo Azevedo (1976, p. 200) conferiu ao direito-dever de coabitação e conseqüente direito de um cônjuge ao corpo do outro (*ius in corpus*) a natureza jurídica de direito da personalidade.

Rubens Limongi França (1988) classificou o direito a alimentos como direito da personalidade, ao lado do direito à vida, ambos pertinentes ao direito à integridade física. Cahali (2009, p. 49) vincula o direito a alimentos a um direito da personalidade, pois “representa um direito inato tendente a assegurar a subsistência e integridade física do ser humano”. Para Santos (1990, p. 121), “há direitos decorrentes do casamento - coabitação e assistência material, que são tidos como direitos da personalidade ou como direitos personalíssimos vinculados a determinado direito da personalidade”.

Todavia, como bem demonstra Pinheiro (2004, p. 415-416), “existe um elemento essencial, de índole estrutural, que confere aos direitos familiares pessoais, independência conceitual perante os direitos da personalidade”: “os primeiros assentam numa verdadeira relação jurídica, numa relação intersubjetiva não ubiqüitária, o que

<sup>4</sup> 7:4 A esposa não tem poder sobre o próprio corpo dela, mas sim o marido o tem; e também, da mesma maneira, o marido não tem poder sobre o próprio corpo dele, mas sim a esposa o tem.

não acontece com os segundos”, ou seja, “os direitos conjugais pessoais são relativos, enquanto os direitos da personalidade são absolutos”.

Sob outro prisma, os defensores da teoria obrigacional dos deveres conjugais sustentam que os mesmos se incluem em um amplo dever de manutenção ou sustento do casamento, cujo inadimplemento tem consequências patrimoniais, como os deveres de mútua assistência, de manter e educar os filhos. Além disso, se tem também os outros deveres, de caráter eminentemente pessoal, como fidelidade, respeito e consideração, seriam destituídos de autonomia e, por isso, não possuiriam tutela específica, servindo apenas de parâmetro para a execução da prestação de sustento (PINHEIRO, 2004).

Fidelidade e vida em comum no domicílio conjugal se extinguem com a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, sendo afetados em virtude da separação de fato, a partir de quando não mais se consideram violados. Tal interpretação, porém, não incide no tocante aos demais deveres.

A mútua assistência encontra amparo no princípio da solidariedade e fundamenta a obrigação alimentar entre cônjuges, sendo perfeitamente possível a fixação de alimentos entre eles por ocasião do divórcio.

Guarda, sustento e educação da prole decorrem, antes, do poder familiar e não do casamento, justificando-se sua inserção como deveres do casamento somente porque sua inobservância por parte de um dos cônjuges pode tornar, para o outro, insuportável a comunhão de vida.

Respeito e consideração devem ser considerados deveres inerentes a qualquer relação, conjugal ou não, fazendo parte do *honeste agere* (agir honestamente) que se pode legitimamente esperar de todos e em todas as relações jurídicas.

Entre os autores brasileiros, Azevedo (2009) reconheceu as dificuldades relativas à qualificação dos deveres do casamento:

De ver-se que, assim como o casamento considera-se contrato de direito de família, dadas as peculiaridades, que lhe são próprias, também os deveres conjugais, no fundo, apresentam o mesmo conteúdo das obrigações, quanto ao ponto de partida, diferindo, depois, com a variada classificação das realizações humanas, que vão sendo catalogadas, ora na rama do Direito de Família, ora na do Direito das Obrigações. (AZEVEDO, 2009, p. 127)

Assim, diante da insuficiência das teorias que qualificaram os direitos e deveres conjugais nos mais diversos âmbitos, verifica-se o predomínio da orientação que os reconduz a direitos subjetivos, a que se contrapõem deveres e não obrigações propriamente ditas.

Mas não são direitos subjetivos compreendidos nas concepções clássicas de Windscheid (poder da vontade) ou de Jhering (interesse protegido). Os direitos e deveres conjugais são direitos subjetivos, *sui generis*, que apresentam características funcionais para dar efetividade à comunhão plena de vida. De acordo com Santoro - Passarelli (1992, p. 504-505), eles estão a “serviço da unidade e da estabilidade da família”.

Nessa linha de pensamento, sustenta-se que o casamento não visa exclusivamente o *bonumconiugum* (bem dos cônjuges), mas é também sede de construção do social, de empenho na perspectiva de realização de um projeto de vida constituído de objetivos concretos de enriquecimento da experiência, de maturidade, de transferência dessa experiência aos filhos e, em sentido amplo, à sociedade (QUADRIO, 1980, p. 121). Ou, nas palavras de Ribeiro (1994, p. 58), a família realiza uma função fundamental, que se traduz na articulação entre o indivíduo e a sociedade, nas dimensões afetiva, cognitiva e comportamental.

A especificação contida no Art. 1.566 tem a função de instituir deveres e limitar os comportamentos a que ficam sujeitos os cônjuges. De acordo com Pinheiro (2004, p. 85-86), na pesquisa do conteúdo dos deveres conjugais, é essencial a noção social do que deve ser o casamento:

Há um mínimo de que depende a especificidade do instituto e que não pode ser atingido pela autonomia privada, nem por uma perspectiva hipertrofiada da liberdade individual. Esse mínimo, o núcleo intangível do casamento, não se traduz em meras posições jurídicas típicas de quem pertence a uma organização econômica. Reflete-se, sobretudo, na esfera mais pessoal das partes (PINHEIRO, 2004, p.85 – 86).

Assim, conquanto os direitos conjugais tutelem prioritariamente os cônjuges, eles não se restringem ao interesse egoísta de seus titulares (DABIN, 1952), encontrando limites na sua funcionalidade de assegurar a comunhão plena de vida. De acordo com Cahali (2002, p. 58) “tais direitos e deveres fundam-se não só nas leis como nos princípios do bem agir.”

Dentre os deveres destacados expressamente no Artigo 1.566 do Código Civil a fidelidade entre os cônjuges ocupa o primeiro lugar, localizada topograficamente no inciso I da norma citada.

Cahali (2002, p. 20) conta que “as relações matrimoniais frustradas, as decepções pós-matrimoniais, os desencantos e as derivações em busca de novas aventuras ou de prazeres transitórios sempre existiram, aqui e acolá, em todos os tempos, com maior ou menor frequência.”

Ponzoni (2007) entende que o dever de fidelidade recíproca emana do matrimônio civil e que cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual, pois a fidelidade pressupõe exclusividade do débito conjugal e a plena comunhão de vida. A citada autora explica ainda que ocorre a violação desse dever quando qualquer dos cônjuges mantém um relacionamento idêntico com o terceiro.

Antes da Emenda Constitucional número 66/2010, que aboliu a discussão da culpa no direito de família, o dever de fidelidade recíproca era comumente usado como fundamento para pleitear o término do casamento. De acordo com Dias, em seu artigo “O dever de fidelidade”:

Pode-se assim dizer que a fidelidade, enquanto dever de um e direito do outro, vige durante o casamento, mas só serve de fundamento para justificar a busca do seu término. A imputação da culpa pelo descumprimento do dever de mútua fidelidade não permite buscar seu adimplemento durante a constância do vínculo matrimonial, concedendo tão só um direito à separação. (DIAS, 2021)

Por conseguinte, é possível perceber que na vigência do Código Civil de 1916 e até mesmo o de 2002, antes da Emenda Constitucional 66/2010, o dever de fidelidade estava intrinsecamente ligado à questão da culpa e, esta, por sua vez, estava intensamente presente na separação litigiosa, que dependia de prova do adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave ou abandono do lar conjugal durante dois anos (PONZONI, 2007).

Antes da Emenda Constitucional número 66/2010, o divórcio poderia ser decretado apenas após prévia separação judicial por mais de um ano, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos<sup>5</sup>. Após, foi retirada toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que pode ser decretado sem prévia separação judicial e sem a exigência de prazos, bastando a manifestação de vontade de um dos cônjuges perante o juiz<sup>6</sup>.

Dessa forma, majoritariamente, a doutrina nacional passou a entender que restou extinta a separação judicial do ordenamento jurídico, considerando a possibilidade de se pedir, diretamente e sem qualquer prazo, a decretação do divórcio, como observa Madaleno (2018, p. 179):

Para o Direito Brasileiro, o exame da culpa era tradição jurídica da separação litigiosa, só alcançada exitosamente mediante relação processual-causal, sob pena de indeferimento da separação quando não fosse demonstrada a responsabilidade do outro cônjuge pela ruptura do matrimônio, tratando a Emenda Constitucional n. 66/2010 de extirpar do sistema jurídico esta desgastada memória processual que mais servia como instrumento de opressão e dominação da mulher, já que no mais das vezes, senão todas, só ela era atingida pelos efeitos práticos da culpa conjugal, perdendo o nome de casada e o direito à pensão alimentícia (MADALENO, 2018, P. 179).

Diante disso, Madaleno (2018, p. 180) explica o reflexo nos direitos conjugais que:

(...) se tornaram deveres que carecem de relevância jurídica, pois o seu descumprimento não acarreta nenhuma consequência jurídica, nem a lei confere ao ofendido mecanismos de reação em resposta ao seu ato, considerando que os deveres matrimoniais se transformaram em meras recomendações de cunho ético, moral e social, guardando sanção jurídica unicamente o dever de mútua assistência material (...) (MADALENO, 2018 p. 180).

Portanto, a verificação do cumprimento dos deveres conjugais era mais relevante antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, época em que o descumprimento dos deveres conjugais, por qualquer dos cônjuges, era causa geradora de separação judicial litigiosa com culpa, nos termos do Art. 1.572 do Código Civil, sendo que aquele declarado culpado na referida ação poderia perder o direito de usar o sobrenome do outro (Art. 1.578) e, ainda, perder o direito à pensão alimentícia (Art. 1.704).

<sup>5</sup> Art. 226, § 6º, antes da EC 66/2010: 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”

<sup>6</sup> Art. 226, § 6º, após a EC 66/2010: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Por outro lado, embora a Emenda Constitucional nº 66/2010 tenha colocado fim à discussão sobre a culpa pelo fim do casamento, nada impede a pretensão de reparação civil do cônjuge traído, sob o fundamento de descumprimento do dever de fidelidade (MENDONÇA, 2018). Sobre a questão, Santos (2016) observa que:

As relações entre um homem e uma mulher, que constituem uma família, são repletas de aspectos: sentimentais, religiosos, pessoais e patrimoniais, envolvendo duas pessoas num projeto grandioso, preordenado a durar para sempre. Mas nem sempre isso acontece, o sonho acaba, o amor termina, o rompimento é inevitável. Quando tal rompimento decorre de ato ilícito, cabe ao Direito oferecer instrumentos para reequilibrar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges, dentre os quais se destaca a aplicação dos princípios da responsabilidade civil ou reparação civil de danos (...) (Santos, 2016, p.99).

Explica Dias (2017, p. 185) que “a quebra dos deveres vem sendo considerada violação à boa-fé objetiva, lesando a confiança que um deposita no outro. Este é o fundamento invocado nas ações de indenização por dano moral.”

Embora a discussão da culpa no direito de família tenha sido drasticamente reduzida, é fato que os deveres do casamento, cuja natureza jurídica majoritária é de direito subjetivo de cada um dos cônjuges, ainda persistem e devem ser respeitados. Portanto, a culpa pelo término de um casamento e as causas que levaram a tanto podem não repercutir na tomada de decisão pelo divórcio, hoje um direito protestativo, mas permanecem os deveres básicos e morais de qualquer cidadão, de não causar dano a outrem.

Sobre a efetividade da disposição legal que prevê os deveres entre os cônjuges, Santos (2000) entende que é imprescindível que o ordenamento jurídico estabeleça consequências dos descumprimentos dos deveres conjugais, sob pena de tais deveres se tornarem apenas recomendações, sem qualquer sanção por sua violação.

Esclarecidos tais aspectos acerca da natureza jurídica dos deveres conjugais, o presente trabalho passa a analisar os posicionamentos jurisprudenciais sobre a fixação de indenização por danos morais pela infidelidade praticada por um dos cônjuges.

### **3 Análise jurisprudencial sobre indenização por infidelidade**

A pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça, STJ, buscou julgados com a expressão: “adultério” ao passo que a realizada nos sites dos Tribunais de Justiça de todo o país procurou por acórdãos com as palavras “indenização” e “infidelidade”. O período pesquisado contemplou o ano de 2015 até abril/maio de 2019 e no levantamento não foram computados acórdãos fora dos parâmetros ainda que ligados ao tema.

A pesquisa realizada no site do STJ, com a palavra “adultério”, encontrou três acórdãos que serão apresentados na ordem cronológica de julgamento, da mais recente para a mais antiga.

O primeiro foi proferido pela Terceira Turma, no REsp. 922.462/SP, julgado em 04/04/2013. Consta do relatório que, na origem, foi ajuizada uma ação de reparação de danos materiais e morais, pois o autor, que havia se casado em 1985, teve um filho em 1988 e, apenas em 1994, descobriu que não era o pai biológico da criança. O pedido foi julgado parcialmente procedente, para condenar os réus (ex-mulher e pai biológico da criança) ao pagamento de danos morais no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos.

Em segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo duplicou o valor fixado na sentença, a título de danos morais, elevando-o a mil salários mínimos. No recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu restar configurado o dano moral, por quebra do dever de confiança, mas não admitiu a relação extraconjugal em si como o fato gerador da indenização, ante a impossibilidade de discussão de culpa pelo fim do vínculo conjugal. Entretanto, o STJ reconheceu as consequências prejudiciais à vida pessoal e social do recorrente, atacado no sonho da paternidade, que desmoronou seis anos após a separação, causando-lhe imensa frustração, dor, humilhação e dilaceração de seu projeto de vida. Ao final do julgado, entretanto, reformou a decisão do Tribunal Estadual, apenas para reduzir o valor da indenização para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

O segundo caso é o recurso especial nº 1.122.547/MG, julgado pela Quarta Turma, em 10/11/2009. O autor ajuizou ação em face do amante de sua ex-mulher por ter registrado, enganado, filho alheio. Na primeira instância, o Juiz da Comarca de Patos de Minas condenou o réu ao pagamento de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença para julgar improcedente o pedido inicial, ao argumento de que o dever de fidelidade existe apenas entre os cônjuges, não se estendendo a terceiro. Conquanto o recurso

especial não tenha sido conhecido, merece destaque trecho do voto do Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, adotando o posicionamento de que o dever de fidelidade não obriga terceiros:

É que o conceito - até mesmo intuitivo - de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte (STJ, Resp 1.122.547/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJ: 27/11/2009, P.7-6).

O terceiro acórdão é o REsp nº 742.137/RJ, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 21/08/2007. Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, com fundamento em descumprimento do dever de fidelidade e pela omissão, por quase vinte anos, sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos, nascidos na constância do casamento. A sentença julgou parcialmente procedente a ação em relação ao ex-cônjuge, para condená-lo ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a título de indenização. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, TJRJ negou provimento aos recursos e as partes interpuseram recurso especial, que não foram conhecidos, mas constou como da ementa que:

Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. - O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. -(...) - Para a materialização da solidariedade prevista no Art. 1.518 do CC/16 (correspondência: Art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. Recursos especiais não conhecidos (STJ, Resp 742.137/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ: 29/10/2007, P. 218)

Todos os casos encontrados no Superior Tribunal de Justiça, em que foram fixadas indenizações por danos morais, envolviam ocultação sobre a paternidade biológica do filho havido constância do casamento.

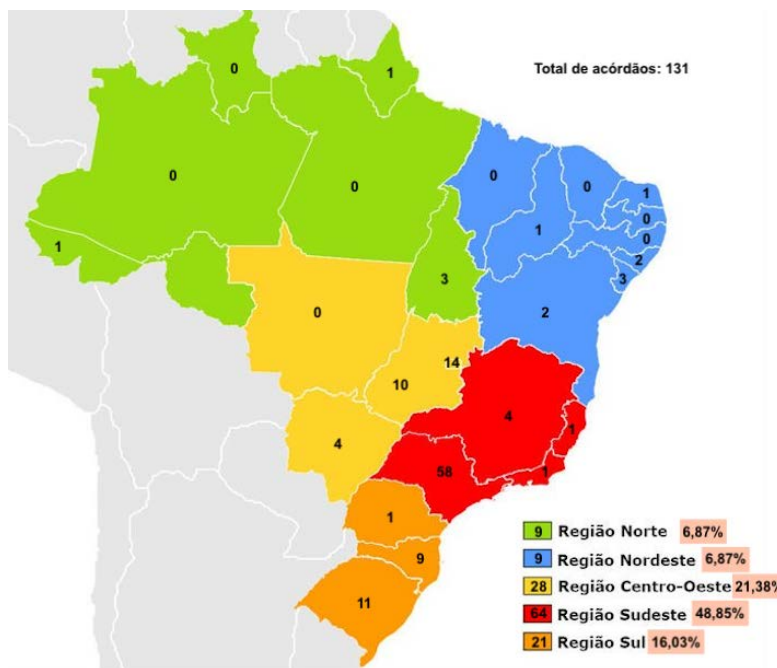
Quanto aos Tribunais de Justiça do Brasil, para se entender o cenário nacional dos julgados, apresentam-se os dados coletados na pesquisa que foi realizada nos vinte e sete Tribunais de Justiça do país, tendo analisado mais de mil julgados, com os parâmetros selecionados, tendo sido encontrados 131 acórdãos, no período de 2015 a abril/maio de 2019.

No recorte feito, não foram computados os casos em que o cônjuge/companheiro ajuizou ação de indenização em face do *amante* como, por exemplo: as ações em que as partes mantinham mero namoro ou noivado, ações de indenização por injúria entre os cônjuges, ações de indenização contra programas de televisão por veicular notícias sobre a traição ou ainda contra laboratórios que erraram na conclusão do exame de DNA e causaram desconfiança entre os cônjuges/companheiros.

A pesquisa realizada nos sites dos Tribunais de Justiça de todo o país procurou por acórdãos com as seguintes palavras: "indenização" e "infidelidade".

Para facilitar a visualização dos dados coletados, apresenta-se o mapa 1 abaixo que apurou o número de julgados por regiões do país:

**Mapa 1 - NÚMERO DE ACÓRDÃOS POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



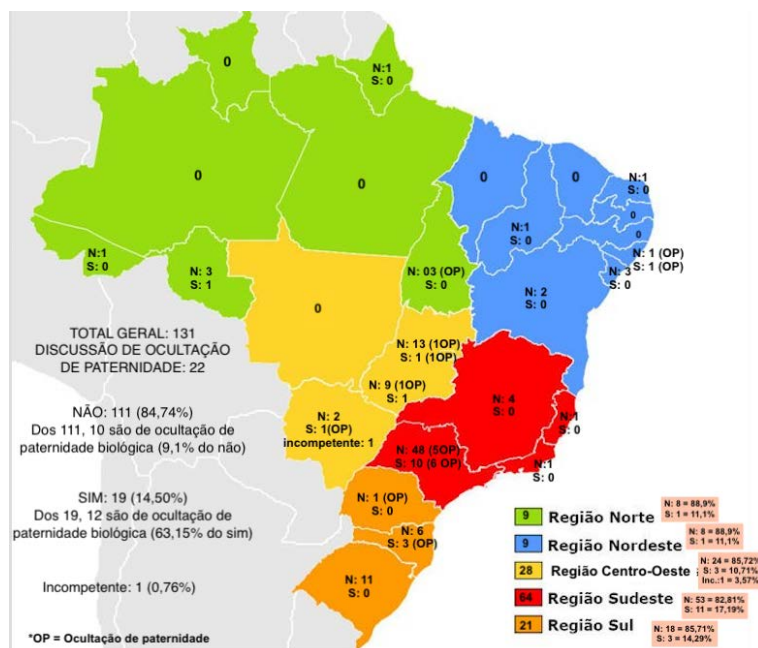
Fonte: elaborado pelas próprias autoras. Imagem editada extraída de: <https://www.todamateria.com.br/mapa-do-brasil/>

Quanto aos acordãos que concluíram pelo deferimento da indenização, a pesquisa aponta que, apenas 19 dos 131 julgados foram nesse sentido, e que desses 19, mais da metade (12) deles estavam relacionados aos casos em que a esposa ocultou a verdadeira paternidade biológica do filho, o que representa 63,15% dos casos favoráveis à indenização.

O maior valor fixado a título de indenização sobre a ocultação da paternidade biológica dos filhos entre os Tribunais de Justiça ocorreu em São Paulo, no recurso nº0013866-58.2012.8.26.0001, de 15 de maio de 2019. Cuida-se de um caso em que o marido buscou indenização em face da sua ex-mulher e de terceiro, por falsa imputação da paternidade de duas filhas havidas durante o casamento, mas cuja paternidade biológica era do médico obstetra, que fez o parto dos bebês e frequentou as festas de família durante anos. A indenização foi fixada em R\$ 100.000,00 (em mil reais), imputada à mulher e ao terceiro.

Para ilustrar os dados colhidos na pesquisa, foi confeccionado o mapa 2 a seguir:

**Mapa 2 - NÚMERO DE ACORDÃOS QUE DEFERIRAM OU NÃO O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO**



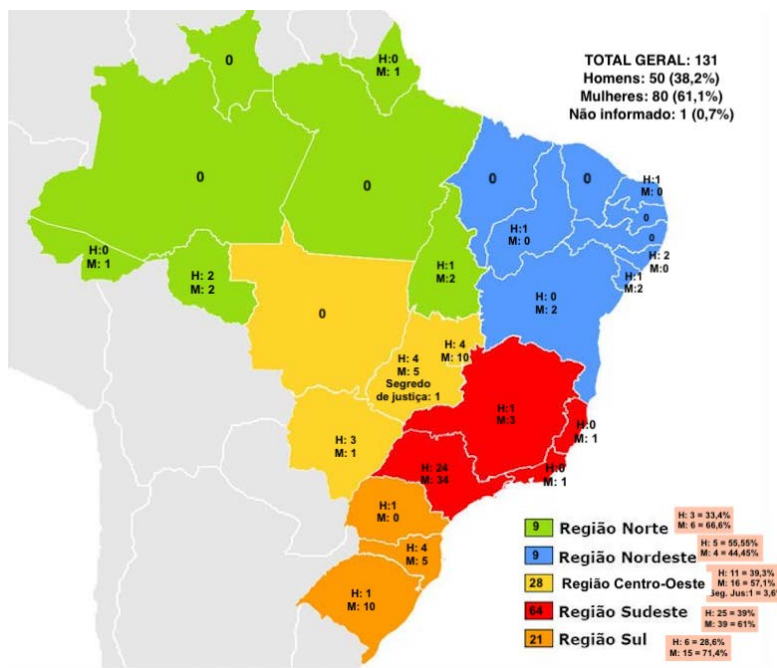
Fonte: elaborado pelas próprias autoras. Imagem editada extraída de: <https://www.todamateria.com.br/mapa-do-brasil/>



Outro dado interessante que também foi objeto de detalhamento específico foi a análise do gênero dos autores das ações de indenização por dano moral decorrente da quebra do dever de fidelidade conjugal.

Dos 131 acórdãos encontrados, os homens representam 38,16% daqueles que ajuizaram a ação enquanto as mulheres ainda permanecem como maioria, contabilizando 61,06%. Vale destacar que a região Nordeste foi uma exceção ao resultado geral, pois nesta região os homens foram maioria e representaram 55,55% das ações ajuizadas sobre o tema. Para facilitar a visualização, apresenta-se o mapa 3 a seguir:

**Mapa 3 - ANÁLISE POR GÊNERO DOS PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO**



Fonte: elaborado pelas próprias autoras. Imagem editada extraída de: <https://www.todamateria.com.br/mapa-do-brasil/>

Diante de tudo que foi exposto, pode-se concluir que, os Tribunais de Justiça de todo país, em geral, não acolhem a possibilidade de indenização por quebra do dever de fidelidade, salvo em casos excepcionais, a exemplo da ocultação da paternidade biológica do filho concebido durante o casamento.

A seguir, serão analisados os sete casos encontrados, de deferimento do pleito indenizatório, não relacionados, diretamente, com falsa imputação da paternidade biológica.

#### 4 Os casos de indenização por infidelidade não relacionados à falsa imputação de paternidade

O primeiro caso e mais recente é o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 30 de janeiro de 2019, que julgou a apelação cível nº0098935-79.2014.8.19.0002. O caso envolve um pedido de indenização por danos morais ajuizado pela ex-esposa, que alegou ter sido casada por mais de 20 anos e que a separação teria ocorrido em decorrência de relação extraconjugal por ele mantida. Sustentou a mulher que teria sofrido dano moral, por ter sido humilhada e agredida física e verbalmente na frente dos filhos. Embora a sentença tenha sido de improcedência, o acórdão fixou a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sob os seguintes fundamentos:

Assim sendo, se agressões verbais e físicas são capazes de gerar dano moral entre pessoas que nunca se viram, com mais razão geram lesão na esfera extrapatrimonial quando entre cônjuges. A conduta do apelado ofendeu os direitos da personalidade da apelante, como sua honra, integridade física e psíquica (TJRJ, Apelação Cível nº 0098935-79.2014.8.19.0002, Relator Desembargador Plínio Pinto Coelho, Décima Quarta Câmara Cível, julgado em 30/01/2019, DJ: 01/02/2019).

Em seguida, menciona-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento da apelação cível nº 0124042.29.2013.8.09.0006, de 31 de julho de 2018. Cuida-se de ajuizamento, pelo marido,

de ação de indenização por danos morais em face de sua ex-mulher, que lhe foi infiel, aparecendo publicamente com o amante, inclusive no aniversário do filho das partes. O acórdão confirmou a sentença que julgou procedente o pedido para condenar a mulher ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, tendo Relator, Desembargador Relator Orloff Neves Rocha, asseverado que, quando o assunto é infidelidade, "(...) deve ser considerado que aquele que foi traído não sofre apenas pela quebra das regras inerentes ao matrimônio, mas pela perda da confiança, da reciprocidade, da lealdade da pessoa que escolheu para dividir a vida".

O terceiro caso de deferimento da indenização é o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou a apelação nº 1016143-74.2015.8.26.0405, em 08 de junho de 2018, mantendo a fixação de primeira instância em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). No caso, em um casamento de vinte e dois anos, a mulher viajava para a casa de praia da família, em uma cidade pequena, para se encontrar com o amante, que trabalhava no açougue do pequeno município. De acordo com o Relator, Desembargador Rômulo Russo, "a despeito do rompimento não constituir uma conduta ilícita, não deve o direito premiar a desonestidade e a torpeza, que não causam apenas dissabores, mas dores". A decisão se fundamenta na tese de que a busca da felicidade e a liberdade individual não prevalecem de modo a ofender a honra e submeter outrem a humilhações:

Reconhece-se que cada cônjuge não renuncia, por estar casado, ao direito de perseguir a própria felicidade, sem prejuízo de que isto não venha a implicar em vivo desrespeito à pessoa do outro consorte. Ora, é inegável que a liberdade individual deve prevalecer, mas não a ponto de ofender a honra de outrem. Cada cônjuge é credor do respeito do outro e do direito de não sofrer humilhação por atitude ilegal de seu parceiro. Deste modo, eventual busca da felicidade em outra relação amorosa não deve menosprezar o sentimento deste (TJSP, Apelação Cível nº 1016143-74.2015.8.26.0405, Relator Desembargador Rômulo Russo, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 06/06/2018, DJ: 08/06/2018)

O quarto acórdão também foi proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação nº 0015700-96.2012.8.26.0001, de 27 de março de 2018, tendo confirmado sentença que fixou indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), porque a autora teria sofrido humilhações e constrangimentos, devido à infidelidade de seu ex-marido, que praticava relações sexuais em sala de aplicação de uma farmácia, na qual ele trabalhava como gerente, e era de propriedade da família da autora da ação.

O quinto julgado é acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, apelação nº 0024796-15.2013.8.22.0001, de 14 de março de 2018. No caso, a autora da ação alegou que foi casada por seis anos, tendo o casamento terminado por conta da infidelidade do marido, que se envolveu com diversas mulheres e também com homens, contaminando-a com o vírus HPV (tipo B cancerígeno), tendo tais fatos se tornado público e o ex-marido divulgado para vários colegas de profissão da ex-mulher que estava envolvido com outras pessoas. A indenização foi estipulada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando, especialmente, a transmissão da doença:

Transmitir doença venérea para a companheira ou esposa é o mesmo que atentar contra sua integridade física, tanto que o requerido foi processado criminalmente. Esse tipo de ofensa representa lesão ao direito de personalidade e, quando a transmissão da doença é o motivo para a mulher contaminada ter direito de receber indenização por danos morais (TJRO, Apelação Cível nº 0024796-15.2013.8.22.0001, Relator Juiz Johnny Gustavo Cledes, Segunda Câmara Cível, julgado em 14/03/2008)

O sexto acórdão é do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou a apelação cível nº 0064809-53.2011.8.26.0506 e, embora a relação das partes envolvidas não tenha sido formalizada pelo casamento, o acórdão reconheceu que a união era duradoura, pública e com claro intuito de constituir família, pois o companheiro havia realizado uma reversão da vasectomia. Não obstante, a companheira foi infiel e causou enormes prejuízos de aspectos físicos, emocionais, morais, psíquicos e profissionais ao companheiro, motivo pelo qual foi fixada indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Por fim, menciona-se a apelação nº 1050099-60.2014.8.26.0100, do TJSP, que, embora tenha entendido que os prejuízos decorrentes do término da relação não foram aptos a gerar dano moral, acabou por confirmar a sentença e manteve a indenização em favor da ex-mulher, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pela infidelidade do ex-marido.

Diante da pesquisa realizada, apenas 07 dos 131 acórdãos (5,34%) foram a favor do deferimento de indenização, nos casos em que houve infidelidade, quando esta não estava atrelada à ocultação de paternidade biológica do filho.

Esses números representam uma forte tendência contrária à indenização nos casos em que ocorre a quebra do dever de fidelidade, pois conforme afirmado pela maioria esmagadora dos julgados, a traição, por si só, não causa abalo moral.

## 5 Conclusão

Sobre a natureza jurídica dos deveres conjugais, conclui-se que a classificação mais acertada é a que os trata como direitos subjetivos, *sui generis*, pois apresentam características funcionais para dar efetividade à comunhão plena de vida.

Nesse aspecto, seria, em princípio, possível a eventual fixação de dano moral em caso de quebra do dever de fidelidade quando atingido algum aspecto da personalidade, já que esses direitos se traduzem na articulação entre o indivíduo e a sociedade, nas dimensões afetiva, cognitiva e comportamental (RIBEIRO, 1994).

Entretanto, pela pesquisa realizada, conclui-se que, em todo o país, é majoritário o posicionamento de que a violação ao dever conjugal de fidelidade não constitui, por si só, ofensa à dignidade da pessoa humana, tampouco à honra da vítima, não gerando, em regra, o dever de indenização, sendo necessária a prova do ato lesivo à honra. Esse posicionamento representa 84,73% dos casos computados.

Dos 131 acórdãos encontrados sobre o tema é possível concluir que a Região Sudeste concentra o maior número de julgamentos pelos Tribunais de Justiça sobre o tema (48,85%), sendo o Estado de São Paulo o maior responsável pelo elevado índice, pois no período pesquisado, o TJSP julgou 58 casos sobre o tema.

Constatou-se que é majoritário o entendimento pela quebra do dever de fidelidade, não pode, por si só, ensejar a reparação civil.

Lado outro, embora minoritária, a jurisprudência que optou por fixar a indenização por danos morais levantou diversos fundamentos que poderiam ser aprofundados. Conforme ressaltado pelo Desembargador Rômulo Russo, do TJSP, no julgamento da apelação cível nº 1016143-74.2015.8.26.0405, o casamento não gera a renúncia entre os cônjuges do direito de buscar a própria felicidade e não há discussão de que a liberdade individual deve prevalecer, mas existem limites que não podem ser desconsiderados.

Em suma, se, direta ou indiretamente decorrente da violação ao dever de fidelidade, restar configurada lesão a direitos da personalidade, em tal situação deve ocorrer a reparação pelos danos morais causados.

## Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação**: inadimplemento. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BÍBLIA Ave-Maria: I Coríntios, 7. **Bíblia Católica Online**, [S.l.], [2019?]. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/i-corintios/7>. Acesso em: 29 mar. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: RT, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

CARBONNIER, Jean. A chacun sa famille, à chacun son droit. In: CARBONNIER, Jean. **Essais sur les lois**. 2. ed. Paris: Defrénois, 1995. p. 185-186.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: la famille (l'enfant, le couple). 21. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. t. 2.

DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 1952.

- DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. **IBDFAM**, Porto Alegre, 27 dez. 2001. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/22/O+dever+de+fidelidade>. Acesso em: 07 jul. 2021.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GLENDON, M. A. **The transformation of family law: state, law and family in the United States and Western Europe**. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MENDONÇA, Rafael Baeta. **Autonomia privada versus interferência estatal no direito de família: os limites de conteúdo do pacto antenupcial**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, Faculdades Milton Campos, Belo Horizonte, 2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5.
- PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004.
- PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade virtual: realidade com efeitos jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 983-1060, jan./dez. 2007.
- QUADRIO, Aristarchi. **Il matrimonio oggi tra crisi e rinnovamento**. Milano: Vita e Pensiero, 1980.
- RIBEIRO, Maria Teresa Meireles Lima da Silveira Rodrigues. Família e Psicologia. In: RIBEIRO, Maria Teresa Meireles Lima da Silveira Rodrigues. **Traços da Família Portuguesa**. Lisboa: DGF, 1994. p. 55-76.
- ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. Responsabilidade civil no rompimento do casamento I. **Associação de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, 25 fev. 2016. Disponível em: <http://adfas.org.br/2016/02/25/responsabilidade-civil-no-rompimento-do-casamento-i/>. 2016. Acesso em: 31 mar. 2019.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares Silva Papa dos. Responsabilidade civil dos cônjuges. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM, 2, 1999, Belo Horizonte. **A família na travessia do milênio: anais [...]**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 121-140. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/69.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2021.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Commentario al diritto italiano della famiglia**. Milano: Cedam, 1992.
- VASSALLI, Filippo. **Del lus in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero sia la Dogmatica Ludicra**. Roma: Giovanni Bardi Editore, 1944.

**Recebido em:** 09.06.2020

**Aceito em:** 23.06.2021