



UNIVERSIDADE
CANDIDO MENDES

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Marco Aurélio Cunha Correia

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.
CASOS DE INFIDELIDADE EM RELACIONAMENTOS À DOIS

Rio de Janeiro

2017

Marco Aurélio Cunha Correia

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.
CASOS DE INFIDELIDADE EM RELACIONAMENTOS À DOIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ms Martha Rocha Staeck Mazzei

Rio de Janeiro

2017

Marco Aurélio Cunha Correia

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.
CASOS DE INFIDELIDADE EM RELACIONAMENTOS À DOIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2017.

Nota ()

Prof^a. Ms Martha Rocha Staeck Mazzei – Orientadora

Prof^a. Ms Elisabete de Mesquita Cuim Nunes – Avaliadora

Prof. Roberto Nunes – Avaliador

Em especial à Deus e à minha família,
que sempre me deram a força necessária
para ir em busca dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Daniel e Denise, que são meus heróis e meu espelho. Ao meu irmão Pedro, companheiro de todas as horas, o melhor amigo que eu poderia ter. Posso dizer com todas as letras, que são as três maiores razões do meu viver. À Deus acima de tudo, por todos os obstáculos pelos quais passei e por todos os sucessos que pude experimentar. Meu muito obrigado a todos, por tudo na minha vida.

Agradeço em especial às minha Avós, Laci e Nilce, e ao meu avô Wantuir, exemplos admiráveis de amor e carinho para com a família.

Também e não menos especial, à madrinha e tia Luciana, que amo demais, e a quem também dedico o meu diploma de bacharel.

Aos professores da Universidade Cândido Mendes, o meu sincero muito obrigado, em especial aos professores Roberto Nunes, Martha Rocha Staek Mazzei e Elisabete de Mesquita Cuim Nunes, que no momento mais difícil da minha jornada me estenderam a mão para que eu concretizasse esse sonho. Sem vocês, certamente, isso não seria possível.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade do instituto da Responsabilidade Civil nos casos de infidelidade em relacionamentos entre companheiros de união estável, entre cônjuges e entre nubentes. Para tal, faz-se necessária a análise histórica da concepção deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de alguns dos seus elementos, para o efetivo desenvolvimento do trabalho.

Feito isto, serão delimitados o casamento, a união estável e o noivado, suas definições e características, respectivas naturezas jurídicas e proteção legal no ordenamento jurídico.

A posteriori, utilizando-se do plano de identidade construído com a responsabilidade civil, e com os respectivos relacionamentos devidamente protegidos e amparados por lei, far-se-á uma exegese acerca de possibilidade de serem aplicadas sanções pecuniárias, materiais ou morais a partir do descumprimento do dever de fidelidade, que de certa maneira são inerentes ao casamento, à união estável e ao noivado.

Em seguida, passarão a serem alinhadas as hipóteses de cabimento de indenizações por condutas que podem ser tidas como vetores de patologias fisiopsíquicas, tais como: dor, angústias, depressão, desespero e quaisquer outros danos causados por expectativas frustradas, chegando até à hipótese de doenças transmitidas entre os respectivos companheiros.

Adicionalmente, serão apresentados entendimentos jurisprudenciais com precedentes acerca do tema, de modo a consolidar o que for exposto. E, ao final, será apresentada uma conclusão a respeito do trabalho apresentado.

Palavras-chave: Direito. Infidelidade. Responsabilidade Civil. Casamento. União Estável. Noivado.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the applicability of the institute of civil responsibility in cases of infidelity in relationships between partners of stable union, between spouses, and brides and grooms. For this, it is necessary to analyze the historical conception of this institute in the Brazilian legal system, as well as some of its elements, for the effective development of the work. Once this is done, marriage, stable union and engagement, their definitions and characteristics, their respective legal natures, and legal protection in the legal system will be delimited. Subsequently, using the identity plan constructed with civil responsibility, and with the respective relationships duly protected and protected by law, an exegesis will be made about the possibility of applying pecuniary, material or moral sanctions from the noncompliance with the duty of fidelity, which in a certain way are inherent in marriage, stable union and betrothal. Then, the hypotheses of reparations for such practices will be displayed, for a variety of reasons, such as: anguish, losses caused by frustrated expectations, and even diseases transmitted between the respective partners. Thus, jurisprudential understandings will be presented on the subject, in order to consolidate what is exposed. And in the end, a conclusion will be made about the work presented.

Keywords: Law. Infidelity. Civil Responsibility. Marriage. Stable Union. Betrothal.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
2.1	Breve resumo histórico do Instituto.....	12
2.2	Características Gerais.....	15
2.2.1	Do dano.....	17
2.2.2	Do nexo de causalidade.....	18
2.2.3	Da culpa.....	19
2.3	O dano moral.....	22
3	CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL e NOIVADO.....	25
3.1	Do Casamento.....	26
3.1.1	Conceito do Instituto.....	26
3.1.2	Natureza jurídica enquanto contrato.....	27
3.1.3	Características e finalidades pertinentes.....	28
3.2	Da União Estável.....	30
3.2.1	Definição do Instituto.....	30
3.2.2	Elementos caracterizadores essenciais.....	32
3.3	Do Noivado.....	33
3.3.1	Casos, Namoro e Noivado.....	34
3.3.2	Distinção entre Noivado e União Estável.....	36
4	APLICABILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE INFIDELIDADE.....	37
4.1	Da infidelidade no Casamento e na União Estável.....	39
4.2	A Responsabilidade Civil na Promessa de Casamento.....	43
5	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Por se tratar de um ramo do direito muito restrito, tendo em vista a privacidade que a instituição familiar possui, a aplicabilidade da responsabilidade civil no Direito de Família vem a ser realizada de maneira subjetiva, e é geradora de discussões doutrinárias acerca de sua incidência ou não.

Normalmente, está mais ligada ao campo da afetividade, na medida em que é de suma importância para a formação e manutenção da estrutura psíquica de um indivíduo, com possíveis reflexos em toda a sua vida. Esse sentimento é o alicerce para a constituição da família, já que não é obrigação dos indivíduos reunirem-se uns com os outros.

A ausência ou a perda do afeto no convívio conjugal, que pode ser entendido como a “perda do amor”, é desafio que instiga os doutrinadores sobre o cabimento de compensações de natureza moral, sendo de se perguntar: onde está o ilícito? Mas já não há dúvidas quanto ao fato de que a prática de atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, em certas hipóteses, pode, sim, gerar indenizações, por causarem problemas psíquicos e morais na vida das vítimas.

De se ressaltar que a legislação de outros países recepciona esse entendimento como, por exemplo, a dos Estados Unidos da América do Norte que, desde o ano de 1700, em vários Estados membros, prevê indenizações pela "alienação de afeto" (*alienation of affection*).

Obviamente, deve ser feita uma análise subjetiva e minuciosa, de modo a compensar pecuniariamente quem foi prejudicado, já que, apesar de a doutrina brasileira de responsabilidade civil visar a reparação de danos, nem sempre esse tipo de dano, de natureza extrapatrimonial e com alto grau de subjetividade, é suscetível de reparação digna.

Nesta toada, o instituto da responsabilidade civil se adentra nessa seara do Direito Privado de modo a não permitir que esses atos ilícitos, venham a ficar encobertos por impunidade.

Sendo assim, averiguando-se e constatando-se a ocorrência de danos a pessoa, passa-se a aplicar uma sanção de caráter pedagógico e punitivo, por ter sido causa a sofrimentos, decepções, doenças psíquicas, dentre outros, pela prática de um “ato ilícito”, que tenha nexos de causalidade com o dano que veio a ser provocado.

Com relação ao trabalho que se apresenta, tem-se a necessidade de incidir num campo ainda mais complexo, o das relações conjugais ou de companheirismo. Em primeiro lugar, temos na união estável o exemplo maior da afetividade, já que diante do reconhecimento do afeto se forma uma relação de companheirismo, que deve ser pautada no dever de lealdade imposto juridicamente aos companheiros.

Por sua vez, no casamento temos o dever de fidelidade, campo principal de análise do presente trabalho, que está positivado no código Civil de 2002, na figura do art. 1.566, inciso I. Além disso, é válido lembrar que antes da Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira ainda tinha fulcro em um modelo patriarcal, em que prezava-se mais o patrimonial, do que o sujeito da relação em si.

Já com relação ao noivado ou promessa de casamento, por se tratar de uma fase preliminar ao eventual matrimonial, também é válida a entrada em sua seara, já que constitui um compromisso relativo à celebração desse contrato principal que visa estabelecer a vida em comum e a formação da família, o casamento.

Por sua vez, a Carta Magna revolucionou o direito de Família, à medida em que introduziu o princípio da igualdade, conforme art. 226, §5º da CF c/c art. 1.511 do CC/02. Tais dispositivos geraram uma quebra de paradigma com relação ao Código Civil de 1916. Porém, só a partir de meados do século XX, a mulher veio a se tornar plenamente capaz.

Nesse sentido, não só o homem é o detentor dos direitos relativos ao casamento, dividindo de forma igual, inclusive, os deveres atinentes ao compromisso marital, e extirpando de certa forma e gradualmente o poder unicamente patriarcal incidente nos lares em outros tempos. Ou seja, a figura do *pater familias*, como autoridade superior dentro dos lares deu lugar a um equilíbrio na relação entre homens e mulheres.

Dentre os deveres intrínsecos ao matrimônio, merece destaque o já anteriormente exposto dever de fidelidade, que anteriormente incidia muito mais contra a mulher, tendo em vista que sua “traição” era vista como fim de todo o sentimento que uniu aquele casal, enquanto para o homem não passava de um deslize, um erro cometido ao longo da relação. Esse pensamento, atualmente defasado deu lugar a uma igualdade a essa conduta de natureza tortuosa que acaba por minar as mais diversas formas de relacionamento.

Disso, surge uma questão referente à como compensar o lesado na situação pelo dano causado, seja de ordem patrimonial, moral, ou até mesmo de outras naturezas. Daí faz-se necessário destrinchar a responsabilidade civil, enquanto instituto responsável, basicamente por tratar dos atos ilícitos, e da necessidade dos mesmos serem reparados em sua

integralidade, ou no sentido de aplicar em certos casos penas ou sanções como meio de se evitar que aquela pessoa volte a realizar a conduta delitiva.

Válido ressaltar que no Direito de família, incide o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares de modo a preservar a imagem, bem como, manter a privacidade e outros direitos da personalidade intactos. Porém, não se pode ignorar o cometimento de atos ilícitos que venham causar danos as pessoas no seio de seu núcleo familiar.

Sendo assim, respeitada a privacidade do lar, e agindo de modo a não atingir de forma primordial nenhum dos membros da matriz familiar, a responsabilidade civil adentra essas relações de afeto de modo a analisar as condutas empregadas e seu liame subjetivo que as liga aos prejuízos ou danos causados.

De certa maneira, o dano moral, enquanto muito inerente ao estado subjetivo de cada indivíduo, merece destaque, devido a grande quantidade de litígios em que se confundem questões como a causa do dano, que é o que deve de fato ser reprimido caso tenha uma ligação com o prejuízo causado e a consequência em si, tendo em vista que muitas pessoas, visam tão somente a pecúnia, como um modo de vingança ou de compensar uma de suas frustrações.

Porém, como se demonstrará não é qualquer conduta que gera dissabor, sofrimento, que é passível de incidência desse dano moral indenizável. Pelo contrário a causa em si, deve ser clara e sucinta de que aquele dano de fato originou-se da conduta delituosa, e veio a afetar o estado físico-mental do lesado, bem como sua imagem, causando óbvia humilhação ou sofrimento que poderia ter sido evitado, por meio de uma exegese subjetiva do caso concreto.

O elemento culpa, tanto em seu sentido *lato*, como *stricto*, se dá como essencial para que se faça esse estudo, sendo assim será destrinchado no decorrer do trabalho, ora apresentado.

Deste modo, o presente trabalho visa enfrentar essas questões, analisar a infidelidade nos três institutos anteriormente mencionados, bem como suas mais variadas formas de responsabilização. Mas principalmente aquela relacionada ao interior do sujeito lesado, ou seja, a sua dignidade enquanto pessoa humana, devido a sua primordialidade atual para o Direito de Família.

No decorrer do presente trabalho, serão analisados alguns artigos da Lei Constitucionais e Infraconstitucionais, Doutrinas e Jurisprudências de modo a expor de forma breve e resumida o tema proposto.

2 A REONSABILIDADE CIVIL

2.1 Breve resumo histórico do Instituto

A responsabilidade civil surge como um meio de utilização de três pressupostos, quais sejam: a conduta culposa, o dano e o nexa causal.

Em tempos remotos, pela falta de regramento, não havia limitações, todo e qualquer dano era imediatamente reprimido de maneira severa e brutal, por parte do ofendido. Era o uso do mal pelo mal, de maneira imediata, espontânea, segundo o qual o causador do dano era retaliado.

Posteriormente, passou a ser usada de forma não espontânea, mas premeditada a figura da vingança, que culminou na criação da pena de talião, expressa pela máxima, “olho por olho, dente por dente”.

Nesta concepção, importante frisar que no Direito Antigo, a responsabilidade tinha como figura uma relação objetiva, ou seja, bastava o dano, para que houvesse sanções e reparações.

Com o transcurso temporal, e a criação da figura do legislador, o Estado chamou para si a responsabilidade punitiva, no intuito de conter instabilidades nas sociedades da época. Passou-se a vedar que a vítima fizesse justiça com as próprias mãos, e a mesma passou a ser feita pelo Estado. Nessa época, tais penas já eram positivadas no Código de Manu (Século III a.C.), e no Código de Hamurabi (2050 a.C.), por exemplo.

Após esse período, passou-se a figurar a possibilidade de uma composição de ordem econômica, em que os castigos físicos poderiam ser alternados com multas ou indenizações, substituindo-se assim as penas que antes tinham caráter unicamente físico.

Até esse momento, ainda não havia uma separação entre sanção e a figura da reparação, o que só passou a ser realizado na Roma Antiga, que os delitos públicos passaram a cominar em penas econômicas destinadas ao erário público, já os delitos que envolviam vitimados, ou seja, de natureza privada, tinha a reparação revertida em favor dessa vítima.¹ A partir disso, surge a figura das Ações de Indenização, ficando sob a responsabilidade do Estado tão somente a função de punir.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5.

Já analisando a evolução da objetividade na responsabilização civil para o surgimento da figura da subjetividade, diga-se o surgimento da modalidade culpa, temos a Lei Aquilia – a *Lex Aquilia de Damno* – datada do Século III a.C..²

A partir dela, tem-se a “injúria”, a que se referia o *damnum injuria datum*, como fato punível, já com o elemento culpa, que sob a égide dos pretores e da jurisprudência da época instaurou-se, com raízes fincadas na *Lex Aquilia*.³

Assim, sedimentou-se um princípio segundo o qual se punia a conduta culposa do agente, independentemente de haver uma relação de obrigação existente entre o causador do dano e a vítima, e, por isso, a responsabilidade extracontratual é considerada responsabilidade aquiliana. Além disso, essa legislação ficou marcada por trazer a substituição de multa fixada (tarifa) por uma pena pecuniária proporcional ao dano causado.

Dessa forma, a parte lesada pelo dano, tinha direito de intentar uma ação indenizatória, que possuía caráter misto de responsabilização, pois era aplicada não só civilmente, mas também penalmente.

Já na Idade Média, mais precisamente na França, o instituto da culpa foi ainda mais aperfeiçoado, de modo que a responsabilidade se dividiu em civil e penal, deixando para trás seu caráter híbrido. À posteriori, já na Idade Contemporânea, após a Revolução Francesa, e com o então Consolidado Código de Napoleão, surge, de forma positivada, a noção de culpa *in abstracto*, separando a culpa delitual da culpa contratual, devidamente recepcionada pelas legislações ao redor do mundo.⁴

Em seu art. 1.382, instituía esse Código a responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa do agente, nos seguintes termos:

Art. 1.382 - Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer . (“Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem, obriga àquele que foi a causa do que ocorreu, a reparar esse dano”).

O desenvolvimento industrial e o progresso humano nas mais diversas searas, traduziu-se na multiplicação dos danos, sendo assim, os legisladores passaram a adotar outras teorias de modo a dar uma maior proteção às vítimas. Uma delas é a teoria do risco, que veio a ampliar o alcance da teoria da culpa, sem prejuízo de sua aplicabilidade, dando maior subsídio ao Estado para combater ações perigosas⁵.

² Idem.

³ Idem. p. 6.

⁴ Idem.

⁵ Idem. p. 7.

Além disso, nesse mesmo período as injustiças sociais, a exploração humana e as ideias sociais vieram a inspirar a expansão da responsabilidade objetiva, de modo a combater acidentes de trabalho, e dar subsídio a vítimas de doenças⁶.

Fazendo uma análise apurada, verifica-se a presença dessa teoria no Direito Italiano, mais precisamente no seu Código Civil no que vem disposto no art. 2.050: “*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natua dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di avere adotato tutte le misure idonee a evitare il danno*”. Além disso, é válido ressaltar que no direito Moderno, a responsabilidade objetiva é aplicada com base na teoria do risco e a teoria do dano objetivo⁷.

Apresentadas tais observações, e passando-se a analisar o Direito Brasileiro tem-se, no Código Civil de 2002, a aplicação da responsabilidade civil no desempenho de atividade que venha a resultar riscos. Pelo art. 186 desse diploma legal (e art. 159 do Código Civil de 1916, já revogado) temos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. No art. 187, há a figura dos excessos praticados: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Da mesma maneira, o art. 927, usa a culpa para a reparação do dano causado: “Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo⁸.”

Por sua vez, a figura da responsabilidade objetiva não foi deixada de lado, sendo também aplicada em casos específicos, delimitados por lei, em que independentemente de culpa, o dano, ou o risco, são passíveis de reparação. Ou seja, basta a existência da conduta, para gerar o dever de indenizar ou de reparar o dano, assim preconiza o mesmo art. 927 do Código Civil de 2002

Tendo em vista o já ressaltado anteriormente, é válido para a realização do presente trabalho que o instituto da Responsabilidade Civil, advindo das influências mais diversas, é pautado principalmente na responsabilidade subjetiva, onde merece ser analisada a culpa, e todos os fatores que circundam o caso em si. Porém, não se pode olvidar da existência da responsabilidade objetiva nos casos expressos em lei⁹.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 30.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 30.

⁹ Idem. P. 31.

2.2 Características Gerais

Passando a uma exegese mais delimitada da Responsabilidade Civil, é de suma importância delimitar os seus principais pilares, bem como algumas de suas peculiaridades.

Como de praxe, nada mais sensato que delimitar o instituto nas palavras do mestre Sérgio Cavalieri Filho: “a responsabilidade civil seria um dever jurídico sucessivo que surge para recompor dano decorrente da violação de um dever jurídico originário¹⁰”. É como um modo de materializar a visão de ordem jurídica de San Tiago Dantas, segundo a qual: “o Direito se destina a proteger o lícito, e reprimir o ilícito”¹¹.

A partir disso, sobrevém à necessidade de delimitar a conduta, diga-se o dever jurídico originário, por meio do qual se estabelece um vínculo pautado em uma obrigação de fazer ou de não fazer, baseada em um negócio jurídico realizado entre as partes, ou fixada em lei. Sendo assim o *facere* ou o *non facere*, gera um dano, sendo o mesmo passível de reparação pelos prejuízos que vir a causar, ou seja, surge o dever jurídico sucessivo pelo inadimplemento do dever jurídico originário.

Com base nessa versão sintética e objetiva, e tendo ciência das mais diversas variações que a responsabilização civil pode possuir, faz-se necessário seguir pela sua seara aquiliana, ou seja, a responsabilidade civil pautada na culpa do indivíduo, em que se faz necessária uma análise do caso concreto.

No Direito de família, a responsabilização civil começou a ser aplicada exatamente através das indenizações reconhecidas à companheira, quando do rompimento da relação de fato, tendo por objetivo minimizar os prejuízos materiais e morais¹².

A responsabilidade jurídica revela a obrigação da pessoa física ou jurídica de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico já existente, implícito ou expresso por lei sendo que o “respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da ‘proibição de ofender’, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2

¹¹ Idem. p. 1

¹² FIDÉLIS, Maria de Lourdes. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. 2007. 71 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30851/M%20906.pdf%3Bsequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p.40

máxima *neminem laedere*, de Ulpiano -, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada¹³.

Caio Mário da Silva PEREIRA, preconiza que:

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. (...) Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual (...) Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido.¹⁴

A violação de um dever jurídico e o surgimento da obrigação de reparar um dano poderá ter como origem o descumprimento contratual, a prática de ato ilícito, fato de terceiro, animal ou coisa (nos casos previstos em lei), de previsão legal ou do exercício de atividade que importe risco a terceiros.

Por outro lado, não é suficiente a violação de um dever legal, será necessário verificar se ao agente causador de um dano pode ser imputada a culpa - pressuposto da responsabilidade subjetiva -, embora seja atualmente aplicada com a responsabilidade civil sem culpa (objetiva), após a recepção da teoria do risco no Código Civil de 2002, em seu art.927, § único¹⁵.

Segundo Francisco Amaral, em citação de Rui Stoco, os pressupostos do ato ilícito possuem duas ordens, quais sejam, a violação de um dever que seria um elemento objetivo e a imputabilidade do agente causador do dano, ou elemento subjetivo¹⁶.

O Direito Civil Brasileiro, no que tange ao seu diploma positivado, usa como regra geral a teoria subjetivista, segundo a qual a obrigação de reparar danos causados, de forma direta ou indireta, é consequência de uma conduta dolosa ou culposa, desde que a tal conduta não esteja amparada por excludentes de responsabilidade¹⁷. Logo, a necessidade de reparar surge de um dano, provocado injustamente, em interesse jurídico tutelado de outrem.

¹³ Idem. p. 41

¹⁴ Idem.

¹⁵ Art. 927, §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”.

¹⁶FIDÉLIS, Maria de Lourdes. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. 2007. 71 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30851/M%20906.pdf%3Bsequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p.42

¹⁷ Idem

No Direito positivado temos o art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tal dispositivo em conjunto com o art. 187 do mesmo diploma legal tornam a cláusula geral da responsabilidade civil uma regra geral, a qual se ramifica nos mais diversos entornos¹⁸.

Devido a importância da responsabilidade civil para a formação de um raciocínio jurídico, acerca da possibilidade de indenizar nos casos de infidelidade no casamento, na união estável e no noivado, faz-se necessária uma síntese breve de modo a utilizar os elementos essenciais do dever de reparar danos causados a outrem, tendo por objeto a responsabilidade civil subjetiva.

2.2.1 Do dano

O dano, enquanto elemento essencial da responsabilidade civil seria a lesão a um bem jurídico, tendo em vista que sem dano não haveria a necessidade de se indenizar. Encontra fulcro no art. 944 do Código Civil de 2002, o qual preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”¹⁹.

Pode possuir natureza patrimonial ou extrapatrimonial. No primeiro caso, os prejuízos tem natureza econômica, suscetíveis de avaliação pecuniária e atingem o patrimônio da vítima, perquirindo também danos emergentes e lucros cessantes²⁰. Já os danos extrapatrimoniais são os que vem violar interesse jurídico inerente a pessoa, aquilo que consta no plano imaterial, mas que de certa forma ofende sua dignidade, sua esfera existencial.

Normalmente utiliza-se a figura do dano moral a fim de caracterizar os danos imateriais, expressão que foi recepcionada pela Constituição Federal, bem como pelo Código Civil de 2002. Porém, encontra-se resistência em parte da doutrina, que considera danos extrapatrimoniais um conjunto de espécies de danos como os “danos à personalidade”, e inclusive o próprio dano moral, nas suas mais diversas variações, ofendendo a honra e a reputação de uma pessoa, por exemplo²¹.

¹⁸ Idem. p. 43

¹⁹ Idem. p.44

²⁰ Idem

²¹ Idem

Na visão de Sérgio Cavalieri Filho: “(...) o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode-se haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”²².

Complementando, preleciona o Mestre Carlos Roberto Gonçalves: “Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos, se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.”²³.

Esta última visão, traduz o dano patrimonial, sobre o qual incide a regra do *restitui in integrum*, ou seja, o bem jurídico prejudicado deve retornar ao seu estado anterior ao cometimento do ato ilícito. Entre os danos extrapatrimoniais, o dano moral utiliza um equilíbrio pautado no princípio da proporcionalidade de modo a evitar enriquecimentos sem causa, bem como excessiva onerosidade em detrimento do dano causado. Por analogia utiliza-se o disposto no art. 606, II do Novo Código de Processo Civil: “(...) o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis (...)”.

Tendo em vista o exposto, tem-se que a responsabilidade só existirá a partir da ocorrência de um dano. Existindo este dano, gerando sofrimentos a outrem, o agente praticante do ato ilícito tem o dever de repará-lo da melhor forma possível, quiçá trazer o bem jurídico ao seu estado anterior, de modo a compensar a prática de seu ato. Além disso, é válido destacar que para a configuração de um dano é necessária a presença de três elementos em especial, quais sejam: 1) a violação de um interesse juridicamente protegido, patrimonial ou extrapatrimonial; 2) a efetividade ou a certeza do dano. O dano deve ser certo, não pode consistir numa hipótese; 3) a subsistência do dano.²⁴

²² ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade Civil no Direito de Família: Da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência**. 2011. 17 f. Artigo – Faculdade Maurício de Nassau, Recife, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017. p.5

²³ Idem

²⁴ FIDÉLIS, Maria de Lourdes. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. 2007. 71 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30851/M%20906.pdf%3Bsequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p.46

2.2.2 Do nexos de causalidade

Comumente delimitado como liame entre a conduta e o dano, de modo a simplificar, ou seja, a ligação de causa e a consequência da conduta com o dano gerado.

Atualmente três teorias figuram como delineadoras da causa do dano. A primeira delas seria a *Teoria da Equivalência dos Antecedentes* a qual não faz distinção entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos)²⁵. A partir dessa teoria, as mais diversas condições que levaram a prática da conduta e, por conseguinte gerou o dano, concorrem igualmente e na mesma proporção, sem levar em consideração qual foi a mais ou menos importante, a que provocou mais ou menos resultado. Essa teoria, minoritária na esfera civil, também é chamada *conditio sine qua non* ou, ainda, da equivalência das condições.

Já a *Teoria da Causalidade Adequada*, prestigiada pela melhor doutrina, se caracteriza não por generalizar as condições, mas ao contrário, segue a linha de individualizá-las e qualificá-las. A causa só será a mais determinante, excluindo-se todas as demais; assim, a partir de um juízo de ponderação e bom senso, a causa mais adequada será aquela que “de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.”²⁶.

Por fim, segundo Gustavo Tepedino, é possível identificar ainda uma outra teoria, qual seja, *Subteoria da Necessidade da Causa*. Para esta teoria, “o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário da causa”²⁷. O Autor ainda afirma que: “Para se entender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou não técnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária.”²⁸

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 50

²⁶ Idem, p. 51

²⁷ FIDÉLIS, Maria de Lourdes. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. 2007. 71 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30851/M%20906.pdf%3Bsequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 47

²⁸ Idem

Sendo assim, fica lógica a essencialidade da figura do nexo de causalidade para que haja uma relação entre a conduta e o dano, e assim, por sequência, que surja o dever de reparar esse dano.

2.2.3 Da culpa

O elemento culpa é assinalado como pressuposto principal da obrigação de indenizar²⁹. Em *lato sensu*, ou seja, em seu sentido amplo envolve comportamentos contrários ao Direito, sejam intencionais, como no caso do dolo, e não intencionais, como na culpa³⁰.

A partir disso, torna-se necessária a distinção entre dolo e culpa. Em ambos os casos tem-se uma ação ou omissão voluntária, sendo que no caso do dolo há a conduta praticada com natureza ilícita que visa prejudicar um bem jurídico tutelado; por sua vez, na culpa a conduta torna-se ilícita por se desviar dos padrões socialmente adequados³¹.

Passando-se a uma análise mais apurada, do elemento culpa, chega-se ao seu *stricto sensu*, segundo o qual a culpa restaria caracterizada em uma conduta imprudente, negligente ou impericiosa. Também pode haver outras variações, tais como descuido, distração, leviandade, indolência e etc³².

Segundo o Professor Sergio Cavalieri Filho a culpa é a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. Desse conceito tiramos da conduta culposa três elementos, quais sejam: uma conduta voluntária com resultado involuntário; previsão e previsibilidade; e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Com relação ao primeiro elemento trata-se da própria base conceitual da “culpa”. Na culpa não há intenção, mas há vontade, conquanto a mesma não se dirija a um fim específico de causar dano, como ocorre no dolo. Essa vontade não vai além da ação culposa ou da omissão. Já no elemento previsão e previsibilidade mesmo que a conduta seja involuntária o resultado danoso pode ser previsível ou imprevisível por parte do agente.

Em determinados casos não há como o agente prever a ocorrência do resultado danoso na condição de homem médio, ou seja, a probabilidade de causar dano a outrem, quer seja por sua conduta comissiva ou omissiva pode não ser identificada. Nesses casos não há

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30

³⁰ Idem. p. 31

³¹ Idem. p. 32

³² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 3

que se falar em culpa, pois que afastado seus pressupostos constitutivos, especialmente os relativos à imprudência ou negligência.

Todavia quando uma pessoa pode e deve levar em conta, mentalmente por uma mera antevisão, a hipótese de vir a causar o dano pela prática de sua conduta, concorrerá a mesma com a “culpa com previsão” ou “culpa consciente”, modalidade aproximada do elemento dolo. Mas não o é, tendo em vista que não há intencionalidade de dar resultado ao evento danoso.

Com relação a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção, se certo resultado era ao menos previsível, pode o agente por ter faltado com a cautela devida, com o dever geral de cuidado, que é a própria essência da culpa, ou por não ter sido diligente, ou ainda por uma indesculpável desatenção, vir a acarretar um dano que poderia ter sido evitado.

Sem esses elementos que são atinentes à responsabilidade subjetiva, não seria possível distinguir a mesma da responsabilidade objetiva, já que só restariam dano e nexo causal.

O legislador infraconstitucional disciplinou no artigo 186 do Código Civil de 2002, o comportamento que entende imputável ao agente causador de um dano, capaz de gerar o dever de reparar o prejuízo. Toda vez que houver ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que venham a causar prejuízo à outrem haverá o dever de reparar o dano³³.

A culpa é pressuposto indispensável para que se constitua o dever de reparação na responsabilização civil subjetiva. A responsabilidade independente de culpa, somente se aplica nos casos em que a lei especificar, bastando o dano e o nexo causal como anteriormente mencionado.

A culpa em sentido amplo consiste na imputação do fato ao agente, ela define um nexo de ligação do fato ilícito a uma certa pessoa. Por outro lado, a culpa em sentido estrito traz a baila um comportamento do agente, sem intenção de lesar ou violar direito, mas que por alguma circunstância venha a fazê-lo³⁴.

Admitem-se vários tipos de culpa, sendo importante a classificação para efeitos de verificação de sua presença nos atos humanos. As principais, resumidamente são: *culpa in*

³³ FIDÉLIS, Maria de Lourdes. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 2007. 71 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30851/M%20906.pdf%3Bsequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 47

³⁴ Idem

eligendo que é a conduta em que o agente erra em sua escolha, sendo assim não tendo controle suficiente sobre os seus bens usados para uma determinada atividade, assim, comete erros os quais provocam danos a outrem; *culpa in vigilando* por falta de fiscalização ou de cuidado por parte do agente ou de seus bens, ou pessoas pelas quais é responsável, o evento danoso vem a ocorrer; *culpa in custodiendo* é uma variação da *culpa in vigilando*, verifica-se em situações referentes a animais, por exemplo, quando seria facilmente verificável a possibilidade de ocorrência do evento danoso³⁵.

Além disso, a culpa poderá ser apreciada em sua ocorrência em casos concretos, se atendo ao exame da imprudência ou negligência do causador do dano ou *in abstracto* quando se faz uma análise comparativa da conduta do agente com o modelo de conduta em casos verossimilhantes³⁶.

Em nosso sistema, a culpa é, em regra apreciada de forma abstrata, haja vista que o homem normal cuida razoavelmente de sua pessoa e coisas, não interferindo em interesses alheios. Com a apreciação da *culpa in abstracto*, deve-se aferir o comportamento do agente causador do dano comparando com o padrão admitido pela sociedade³⁷.

A culpa poderá ser contratual ou extracontratual a depender da natureza jurídica do dever violado. Para fins indenizatórios a doutrina tradicional vem a atribuir ao elemento culpa alguns determinados graus, sendo eles, grave, leve e levíssimo³⁸.

Por fim, haja dolo, haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta da mesma maneira. No entanto, a partir do artigo 944, parágrafo único do Código Civil de 2002, se dá ao juiz o arbítrio de, no exame do caso concreto, adequar a proporção entre o dano ou o prejuízo experimentado pela vítima à culpa ou dolo presente na conduta do agente causador do dano.

2.3 O dano moral

Há variações de conceito, dentre as quais de um lado somente se atribui as características de um dano não patrimonial ou “qualquer sofrimento não causado por uma

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 5

³⁶ FIDÉLIS, Maria de Lourdes. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 2007. 71 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30851/M%20906.pdf%3Bsequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 47

³⁷ Idem

³⁸ Idem

perda pecuniária”. De outro lado o dano moral seria a dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, ou seja, sentimentos atinentes à pessoa humana.

Positivamente na carta magna brasileira temos no artigo 1º inciso III, que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; e no artigo 5º incisos V e X no rol de direitos fundamentais está presente, expressamente a figura do dano moral pelas variações apresentadas.

Com isso, o dano moral está intimamente ligado aos chamados direitos da personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, resumindo, à própria dignidade da pessoa humana. Para que a reparação por dano moral seja possível, é necessário que haja uma ofensa capaz de resultar um grande sofrimento acarretando lesões que repercutirão em sua vida. O simples desprazer da vida comum não é passível de reparação por via de retaliação pecuniária vinculada ao dano moral.

É importante frisar que o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, já que há pessoas insuscetíveis de apresentarem reações dessa natureza, tais como: nascituros, infantes, pessoas em estado vegetativo ou portadores de certas psicopatologias.

Apesar disso, nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho, o dano moral, não se confunde com o dano material, tendo por si só, existência autônoma, e assim exigindo uma tutela independente.

O entendimento doutrinário é de que o dano moral não pode ser quantificado em pecúnia, sendo assim, trata-se de uma simples compensação pela lesão causada à vítima. Ou seja, tem uma função satisfatória e com o objetivo de recompensar, de certo modo o sofrimento ou a humilhação sofrida.

A proteção jurídica exposta estende-se, inclusive, às relações familiares e conjugais, protegendo a privacidade, a intimidade e a autoestima, além da obrigatoriedade, do respeito e consideração mútuos como está consignado no artigo 1.566 inciso V, do Código Civil de 2002. Este dever negativo de não expor um ao outro a vexames e desrespeitos fez com que fosse elaborada jurisprudencialmente a teoria dos deveres implícitos, dentre os quais se destacam o dever de sinceridade, o respeito pela honra e dignidade própria e da família, o dever de não expor o outro cônjuge a companhia degradante e o de não conduzir à esposa a ambientes de baixa moral conforme o professor Caio Mario da Silva Pereira preconizava.

Não obstante, ainda existem outros direitos e aspectos inerentes à dignidade e à personalidade, são chamados "novos direitos da personalidade": a imagem, o bom nome, a reputação, os sentimentos, as relações afetivas, as aspirações, os hábitos, os gostos, as convicções políticas, religiosas, filosóficas e os direitos autorais.

O dano moral em sentido amplo envolve diversos graus de violação dos direitos da personalidade, ainda que a dignidade do indivíduo não seja afetada. De forma a situar concisamente seria uma "agressão a um bem ou um direito da personalidade".

Segundo jurisprudência do STJ deve se ater a fatores objetivos, àqueles que interferem de forma incisiva no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe de fato: dor, vexame, sofrimento ou humilhação. Sendo assim, meros aborrecimentos, dissabores, mágoas, irritação ou sensibilidade exacerbada, fogem a órbita do dano moral.

Nesta toada, danos relativos a inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico, por si só, não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se exorbitarem de forma comprovada essa esfera e repercutirem psicologicamente.

3 CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E NOIVADO

Antes de falar dos institutos do casamento, da união estável e do noivado, faz-se importante apresentar alguns princípios inerentes ao direito de família.

O Código Civil de 2002 incorporou mudanças sobrevindas das últimas décadas do Século XX, desta forma, veio a dar luz aos princípios e normas essenciais ao direito de família. Tais alterações visam preservar a coesão familiar e os valores culturais³⁹.

De modo a tornar mais objetiva a exposição desses princípios, serão revisados somente aqueles que se referem a vida à dois, ou seja, aos relacionamentos entre cônjuges, companheiros ou noivos.

Começando pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo visa a dignidade dos membros da família em seu cerne, ou seja, prepondera no sentido de dar igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, a garantia de possibilidade da sociedade conjugal independentemente de culpa e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar e coibir a violência doméstica⁴⁰.

A seguir e não menos importante temos o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, que de forma regulamentada veio a extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o poder marital, que tinha por objeto a submissão da mulher ao seu marido, de modo que ficava restrita somente a tarefas domésticas e à procriação. De forma positivada tem-se no artigo 226, parágrafo quinto da Constituição Federal, *verbis*: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Código Civil de 1916 proclamava que o marido era o responsável pela administração dos bens comuns e particulares da mulher, tendo o direito de fixar o domicílio da família e o dever de prover a manutenção desta. No novo diploma infraconstitucional, o Código Civil de 2002, todos os direitos são exercidos pelo casal, em sistema de cogestão. Além disso, o dever de prover a manutenção da família, também passou a ser encargo da mulher e não apenas do marido⁴¹.

Tem-se também o princípio da comunhão plena de vida pautada na afeição entre os cônjuges ou conviventes, como prevê o artigo 1.511 do Código Civil. Tal dispositivo tem relação com o sentimento de companheirismo que deve existir no casamento. Sendo assim,

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5

⁴⁰ Idem p.6

⁴¹ Idem p.7

caso a convivência familiar venha a tomar rumos em que essa afeição não esteja presente, pode figurar a dissolução da sociedade conjugal por via do divórcio ou da separação judicial.

Por fim, tem-se o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, o qual seja pelo casamento ou pela união estável, sem qualquer tipo de imposição ou restrição, via livre arbítrio tem-se a decisão de manter uma unidade familiar, pautado na união estável que foi instituída pela Constituição Federal pelo artigo 226 parágrafo terceiro e sua regulamentação pelo Novo Código Civil, possibilitam essa opção aos casais que pretendem estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo⁴²

Em sendo assim, passa-se a uma análise individualizada de cada instituto.

3.1 Do Casamento

3.1.1 Conceito do Instituto

Conceituar casamento é uma tarefa ligeiramente árdua, e num estudo comparativo, é perceptível que em diversas legislações em torno do mundo, não se chega a uma definição desse instituto, como no caso dos Direitos francês, alemão, espanhol e italiano, por exemplo⁴³.

O legislador brasileiro dá um grau de importância muito grande ao matrimônio, tanto que lhe destina mais de 100 artigos referentes ao tema no código Civil. Porém, mesmo assim, não faz questão de definir esse contrato solene, bem como a noção de família no cerne da palavra⁴⁴. Limita-se tão somente, a estabelecer requisitos para sua celebração, bem como indica os direitos e deveres inerentes a conjugalidade.

Por outro lado, diversos doutrinadores brasileiros tentam ao menos delimitar de alguma maneira o tema, como é o caso da ilustre professora Maria Helena Diniz, que com seu brilhantismo nos traz que o casamento é: “O vínculo jurídico entre o homem e a mulher que

⁴² Idem p. 9

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 146

visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”⁴⁵.

Já Caio Maia da Silva Pereira, na perspectiva de o vincular à figura divina de um sacramento, o conceitua como um ato pelo qual “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual, e de maneira indissolúvel”⁴⁶.

De uma forma não jurídica, seria a sociedade do homem e da mulher que se unem de modo a perpetuar-se e prestar socorros mútuos ao compartilhar suas respectivas vidas. A definição de casamento em vias de possuir a noção de contrato, essencial ao conceito moderno e igualitário do casamento atual só veio a ser redigida por Lafayette Rodrigues Pereira que diz: “o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexos diferentes se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”⁴⁷.

Já segundo Clóvis Beviláqua: “O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer”⁴⁸.

Por sua vez, Pontes de Miranda critica essa suposta indissolubilidade do vínculo conjugal, pelo fato de não ser indissolúvel essa união bem como os seus efeitos. A definição de Beviláqua é uma visão que adere a um conceito contratualista de ênfase tradicional que estreita a comunhão de vida e de interesses⁴⁹.

De modo a não estender mais os conceitos, chegamos no final, ao conceito de José Lamartine Corrêa de Oliveira, o qual define como sendo o casamento: “o negócio jurídico de Direito de família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida”⁵⁰.

3.1.2 Natureza jurídica enquanto contrato

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Idem p.23

⁴⁹ Idem

⁵⁰ Idem. p. 24

Passando-se a exegese da natureza jurídica do casamento, no Século XIX, a partir da visão contratualista surgida do Código Napoleônico, era um contrato, o qual tinha seus fundamentos de validade e eficácia, intimamente, ligados a vontade das partes. Em oposição a tal visão, em 1865, com o Código Civil Italiano, em conjunto com escritores franceses, o casamento seria uma “instituição social”, que reflete uma situação jurídica estabelecida pelo legislador⁵¹.

Uma segunda corrente segue a linha de que o casamento constituía uma “grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei”⁵². Ou seja, teria natureza unicamente contratual, possuindo, por sua vez, as mais diversas peculiaridades impostas pela lei, desde que havendo o consentimento, pressuposto principal para a celebração desse negócio jurídico.

Nasce à posteriori, uma terceira concepção, de natureza eclética, segundo a qual o casamento é ato complexo, sendo ao mesmo tempo contrato e instituição⁵³. A maioria dos doutrinadores brasileiros vem a reproduzir tal concepção dando luz a um viés humano deste contrato, tendo em vista envolver características muito mais diversas e profundas que os negócios jurídicos fixados contratualmente, que normalmente possuem natureza pecuniária. Sendo assim, o casamento possuiria natureza jurídica de ato complexo, sendo ao mesmo tempo contrato celebrado por vontade bilateral das partes, bem como instituição social, que configura a entidade familiar.

Porém, é válido concluir que a natureza jurídica em si é de um contrato especial de Direito de Família, pelas solenidades que o envolvem, e por suas características subjetivas, seria, de certa forma, injusto colocá-lo em pé de igualdade com todos os demais contratos estabelecidos nas relações civis.

3.1.3 Características e finalidades pertinentes

⁵¹ Idem. p. 25

⁵² Idem

⁵³ Idem

Dentre as características a serem destacadas no casamento, está a solenidade do ato, que juntamente com o testamento tem suas mais repletas peculiaridades em vias de dar maior segurança jurídica aos mesmos.

É realizado por um representante do Estado que após ouvir dos nubentes que os mesmos, de livre e espontânea vontade desejam se unir matrimonialmente, declara o casamento efetuado. É de extrema necessidade que sejam seguidas todas as formalidades atinentes ao casamento de modo que se dê validade e eficácia ao ato⁵⁴.

Válido registrar que apesar de um contrato possuir natureza privada, via de regra, o casamento em si possui normas próprias, sendo assim, apesar dos cônjuges optarem livremente com quem irão se casar, devem, se submeter as leis civis e a Constituição Federal, não podendo discutir com o celebrante questões atinentes ao conteúdo e a extensão de seus direitos e deveres, nem impor, regras sobre a dissolução do vínculo estabelecido entre eles, e o reconhecimento de filhos, por exemplo.

O dever de fidelidade recíproca, estabelecido no art. 1.566 do Código Civil, implica de forma necessária e inequívoca numa união exclusiva, a qual fica pautada em direitos e deveres iguais, devendo ambos cumprir com suas respectivas obrigações, bem como gozar de seus direitos.

Por não poder possuir termos ou condições, acaba por ser considerado um negócio jurídico puro e simples, segundo o qual os nubentes usam um de seus direitos da personalidade, qual seja, o de liberdade de casar-se com quem tenha vontade⁵⁵.

Passando-se as finalidades do casamento, as quais são múltiplas e se apresentam, variando de forma, de acordo com visões religiosas, filosóficas, jurídicas e etc. Por exemplo, do ponto de vista religioso, predominantemente, nota-se um objetivo primordial no sentido de procriação e educação da prole, e em segundo lugar de mútua assistência e satisfação sexual.

Há uma corrente individualista, que por sua vez, utiliza a satisfação da sexualidade como único objetivo do casamento, ou seja, há um aviltamento da dignidade da união matrimonial. Embora o religioso, considere o sentimento que une homem e mulher como pioneiro, para aí sim vir à atração sexual, a partir da *affectio maritalis*, há quem considere o sexo como a mola propulsora deste⁵⁶.

⁵⁴ Idem. p. 27

⁵⁵ Idem. p. 28-29

⁵⁶ Idem p. 30.

Outros, por sua vez, sustentam que a procriação é o pressuposto essencial da união conjugal, porém, esbarram nas sociedades conjugadas formadas entre pessoas de idade avançada que não mais podem vir a gerar uma prole.

Tendo em vista o exposto, acaba depreendendo-se que o principal pressuposto é a comunhão plena de vida, que tem por base o amor e a afeição entre os cônjuges, tendo a igualdade de direitos e deveres como seu principal pilar em conjunto com a mútua assistência⁵⁷.

3.2 Da União Estável

3.2.1 Definição do Instituto

Em outros tempos, a união não proveniente do casamento entre um homem e uma mulher era chamada de “concubinato”. Essa expressão tem em seu sentido pejorativo, o significado de “dividir o leito”, “dormir com”, ou, conforme dito popularmente, caracteriza a situação da mulher “tida e mantida”⁵⁸. A carga negativa com relação a esse instituto devia-se ao fato da existência do preconceito que o circundava, já que o casamento era pressuposto principal para que houvesse convívio contínuo e com laços afetivos, entre um homem e uma mulher, no sentido de constituir família.

Na segunda metade do Século XX, tendo em vista as suscetíveis mudanças de mentalidade na sociedade em geral, e a ascensão da mulher no cenário social, auxiliaram para que as concubinas trocassem a “vestimenta” de indiferentes e mal vistas, para um justo status de legítimas integrantes de uma relação familiar. Sendo assim, passou-se a utilizar as expressões, *companheirismo* e *união estável*, no lugar de *concubinato*, de modo a extinguir o sentido desgastado e torpe dessa palavra.

Atualmente, inclusive, o concubinato, se refere à relação entre amantes, em um sentido eminentemente técnico, que se traduz exclusivamente na relação entre pessoas que são impedidas de se casar, de maneira não eventual, conforme traduz o disposto no artigo 1.727 do Código Civil de 2002⁵⁹. Por não se caracterizar tão somente pela eventualidade, mas se pautando de forma verossimilhante ao casamento, em termos de reconhecimento jurídico, a

⁵⁷ Idem

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 424

⁵⁹ Idem

união estável configura-se como família, inclusive possuindo cunho protetivo por parte do Estado, a partir do amparo constitucional presente no art. 226, §3º, que diz que: “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”.

Por sua vez, o legislador infraconstitucional, não trazia o conceito de união estável no Código Civil, e isso em muito se deve as constantes alterações e transformações, as quais essa modalidade de relacionamentos está sujeita. Como exemplo maior temos que a família em si, deixou de possuir um caráter eminentemente econômico e reprodutivo e passou a se pautar, principalmente, nas relações de afeto⁶⁰.

A união estável, segundo Paulo Lôbo, seria um ato-fato jurídico, no qual o fato jurídico seria a convivência, que a posteriori, a partir dessa relação, constituiria ato jurídico, por meio do qual surgiriam direitos e deveres. Pela ausência de uma obrigação de manifestar vontade para que venha a produzir efeitos jurídicos, basta sua existência fática para gozar de proteção constitucional, como já mencionado, e também por meio de normas legais cogentes e supletivas, de modo a tornar essa relação jurídica⁶¹.

Por isso, é válido ressaltar, que por não estarem juridicamente constituídas, as uniões extramatrimoniais tem como referência a união matrimonializada. Com isso, deixa de ser uma união livre, para ser uma união amparada e protegida por regramentos do Estado⁶².

Conquanto as relações familiares sejam pautadas no universo privado, intimamente ligado aos vieses da personalidade daquelas pessoas, estranha-se a legitimidade do Estado de adentrar nessas questões. Essa legitimidade gira em torno de uma figura protetiva incidente sobre as partes “mais fracas” da relação, mais especificamente aquelas economicamente desfavorecidas⁶³.

Por fim, para que o conceito venha a se formar, faz-se necessária a exposição de alguns elementos caracterizadores, quais sejam, a publicidade, pelo relacionamento ser público, aberto, não se mantendo em segredo como em relações clandestinas; a continuidade, entendida como definitiva, assim se distinguindo do namoro, por exemplo; possuindo estabilidade, sendo duradoura; e, por fim, tendo por objetivo constituir família⁶⁴.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 241

⁶¹ Idem. p. 242

⁶² Idem

⁶³ Idem

⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 425

Sendo assim, de modo a materializar o que foi apresentado temos a ilustre conceituação do Mestre Pablo Stolze: “(...) podemos conceituar a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.”⁶⁵.

Tendo o conceito citado, avançamos para o atual Código Civil de 2002, no qual o legislador apresentou a união estável no seu art. 1.723, o qual tipificadamente explica que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na conveniência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Verificando a semelhança entre o conceito apresentado e o disposto em lei, avança-se para os elementos caracterizadores essenciais da união estável.

3.2.2 Elementos caracterizadores essenciais

Dada a redação do disposto no art. 1.723 do Código Civil de 2002 e os elementos que sistematizaram o conceito apresentado, nota-se que a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituir a família, tem-se que estes são essenciais para não só conceituar, mas para caracterizar o instituto⁶⁶.

O primeiro elemento é a publicidade, segundo o qual não é possível vislumbrar o ambiente familiar numa relação furtiva, ou secreta. A ideia primordial é que o casal seja reconhecido socialmente, em convivência pública, sendo necessário demonstrar, a fim de dar efeitos jurídicos, eventualmente o relacionamento entre essas pessoas.

Esse viés de tornar público, gira em torno, em verdade de uma notoriedade que é exigida em lei. No meio social que essas pessoas frequentam, a relação não pode transpassar uma figura menos compromissada, mas sim de tornar notória a existência de uma entidade familiar⁶⁷.

A continuidade por sua vez, tem por objetivo distinguir aqueles relacionamentos fugazes, sem qualquer perspectiva de permanência ou definitividade das relações de companheirismo, tendo em vista que as mesmas não cultivam um ambiente propício ao surgimento de uma família. Em virtude disto, a união estável, não pode se revestir da

⁶⁵ Idem. p. 424

⁶⁶ Idem. p. 433

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 244

eventualidade, uma vez que precisa equiparar-se com o casamento para que seus efeitos jurídicos sejam válidos⁶⁸.

A despeito de não ser estipulado qualquer prazo mínimo para configuração de união estável, deve se usar o princípio da razoabilidade, tendo em vista que não é qualquer relação efêmera, ou circunstancial, mas sim prolongada visando uma continuidade⁶⁹.

Já a estabilidade reside na convivência duradoura, que traduz uma segurança, um elo forte entre os companheiros, estabelecendo uma relação duradoura, e tendente a ultrapassar as mais diversas fases que um relacionamento pode vir a ter.

E, por fim, o grande objetivo de constituir família, que possui um caráter subjetivo, e é considerado o principal dentre os elementos, em seu sentido teleológico e finalístico. Ausente essa finalidade, o núcleo passa a ser de um instável e simples namoro, conforme entendimento jurisprudencial⁷⁰.

Dessa maneira, percebe-se a tênue linha que separa uma relação sem potencial de repercutir juridicamente, das relações de companheirismo, propriamente ditas. Além disso, e não menos importante, é válido ressaltar que a quebra de certos tabus, além das mudanças sociais, tornaram ainda mais difícil a diferenciação entre esses dois casos, tendo em vista muitas vezes alguns “namoros” tomam contornos muito semelhantes com a formação de uma entidade familiar, como nas situações em que o casal passa a conviver sob o mesmo teto de maneira contínua e esporádica, por exemplo, mas sem completar todos os requisitos para que o relacionamento em si constitua uma relação de união estável.

Nesta toada, tem-se da forma mais breve e concisa possível uma exposição acerca da união estável, a qual servirá de parâmetro do presente trabalho mais adiante.

3.3 Do Noivado

3.3.1 Casos, Namoros e Noivados

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 434

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 245

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 435

As sensíveis mudanças do tempo transplantaram as mais diversas variações de relacionamentos interpessoais de cunho afetivo, merecendo destaque até aqueles casos que visam tão somente a figura do sexo. Tais casos produzem, inclusive, efeitos jurídicos para efeitos de presunção de paternidade conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Direito Civil. Recurso Especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual.

Paternidade reconhecida.

- A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.
- Verificada a recusa, o reconhecimento de paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples “ficar”, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual.

Recurso Especial provido (REsp 557.365/RO, rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 7-4-2005, DJ 3-10-2005, p. 242, 3.^a Turma).⁷¹

Com relação ao namoro, considerado mais sério do que o simples encontro casual, não se notabiliza simplesmente pelo envolvimento sexual, mas também pelo comprometimento afetivo. Por não possuir a figura da estabilidade, não pode se revestir da figura de entidade familiar, possuindo assim uma seara jurídica protegendo esse tipo de relacionamento.

Muitas pessoas, após o término desses relacionamentos, por questões relativas a frustrações, dores, sofrimentos e etc. tentam buscar prestação jurisdicional no sentido de obter indenizações referentes a dano moral, porém, a jurisprudência caminha no sentido de não conceder tais pleitos, conforme se assevera abaixo:

Ementa. APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. Na inicial a autora afirmou que manteve com o demandado namoro que perdurou por dez anos. Os namoros, mesmo prolongados e privando as partes de vida íntima como sói ocorrer atualmente, são fatos da vida não recepcionados pela legislação civil e, por isso, não ensejam efeitos jurídicos, seja durante ou após o fim do relacionamento. Somente as relações jurídicas que surgem pelo casamento ou pela constituição de uma união estável asseguram direitos pessoais e patrimoniais. SOCIEDADE DE FATO. Não caracterizada também qualquer contribuição para a formação do

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 135

patrimônio, descabida indenização sob tal fundamento. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DO ROMPIMENTO DA RELAÇÃO. Os sentimentos que aproximam e vinculam homem e mulher por vezes se transformam e até mesmo acabam, nem sempre havendo um justo motivo para explicar seu fim. A dor da ruptura das relações pessoais, a mágoa, a sensação de perda e abandono, entre outros sentimentos, são custos da seara do humano. Fazendo parte da existência pessoal não constituem suporte fático a autorizar a incidência de normas que dispõe sobre a reparação pecuniária. Possibilidade de indenização somente surgiria se restasse caracterizado um ato ilícito de extrema gravidade, cuja indenizabilidade seria cabível independentemente do contexto da relação afetiva entretida pelas partes. A simples dor moral resultante da ruptura, entretanto, não é indenizável. Ao fim, não estando caracterizado qualquer instituto jurídico reconhecido pelas normas de direito de família, o pedido indenizatório para recomposição patrimonial de eventuais gastos feitos pela autora deverá ser analisado em ação própria a partir de regras e princípios gerais da Teoria da Responsabilidade Civil. Negaram provimento, à unanimidade (TJRS, Apelação Cível n. 70008220634, 7.^a Câ. Cív., rel. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 14-4-2004)⁷²

Apesar do sofrimento relativo ao término dessas relações, não merece amparo de natureza jurídica, tendo em vista que o direito não pode servir como instrumento de vingança ou amenizador de um insucesso amoroso⁷³.

Há ainda a figura do “contrato de namoro” que visa afastar os efeitos decorrentes da relação de companheirismo voltadas à formação de um núcleo familiar. Segundo Pablo Stolze, trata-se de um negócio celebrado por duas pessoas que se relacionam de forma amorosa, e que pretendem, a partir da assinatura de um documento, registrado em cartório, afastar os efeitos da união estável⁷⁴.

Por fim, no noivado, ultrapassando a figura de simples namoro, e adentrando um terreno de maior seriedade afetiva, um homem e uma mulher fazem promessa de se unirem através do matrimônio, de modo a formar uma comunhão familiar de vida. É um meio segundo o qual os noivos, nubentes, ou esponsais podem entrar em um processo de desenvolvimento de afinidades recíprocas, firmando de forma inequívoca, um compromisso quanto ao casamento⁷⁵.

No entanto, o noivado, juridicamente chamado de promessa de casamento, é de certa forma considerado um contrato, não tendo a mesma natureza jurídica do casamento, por óbvio, mas de modo a proteger ou amenizar os respectivos danos de ordem moral e material.

A sua ruptura, por envolver questões relativas a imagem das pessoas frente as outras, diferentemente de um simples término de namoro, pode trazer certos sentimentos

⁷² Idem

⁷³ Idem. p. 136

⁷⁴ Idem

⁷⁵ Idem. p. 137

como a humilhação, por exemplo, o qual é passível de ser indenizado por incidir diretamente em questões subjetivas da dignidade da pessoa em si.

3.3.2 Distinção entre Noivado e União Estável

É de suma importância frisar que o enlace afetivo oriundo do noivado, ou seja, a promessa de que as partes virão a se unir por meio do matrimônio, não se converte automaticamente em união estável.

Dessa forma, o fato de noivos virem a morar juntos, antes do casamento, para permitir que desfrutem de mais tempo para organizarem seu lar, ou até mesmo a própria festa de casamento, não implica necessariamente nesse instituto⁷⁶.

Isso se deve ao fato de que os prometidos, nem sempre, encontram-se numa relação de companheirismo, conforme se verifica em sede jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

União Estável. Configuração. Para a configuração da união estável faz-se necessária cabal demonstração de que o casal mantém relacionamento nos moldes preconizados no art. 1.723 do Código Civil, não bastando para tanto a mera formalização do noivado. Apelo provido em parte (Segredo de justiça) (TJRS, AC n. 70020877122, 7.^a Câ. Cív. rel. Maria Berenice Dias, julgado em 26-9-2007).

Apelação Cível. União estável. Namoro e posterior noivado que não caracterizaram a entidade familiar. Improcedência. Se os litigantes namoraram, noivaram e depois tiveram convivência marital por apenas seis meses, não se configura a união estável, ante a ausência de um dos requisitos legais que é a entidade familiar duradoura. E não demonstrada a participação da autora na edificação da casa objeto da partilha, não se configura também sociedade de fato. Improcedente a ação de reconhecimento de união estável, descabe no juízo de família o pedido de indenização por danos morais. Apelação desprovida. (Segredo de justiça) (TJRS, AC n. 70017790668, 8.^a Câ. Cív. rel. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 18-1-2007).⁷⁷

Válido ressaltar, entretanto, que se durante o período do noivado, constituir-se um núcleo de raízes familiares, bem como o período de promessa se estender por um lapso temporal razoável, a depender do caso concreto, pode sim incidir regras atinentes à união estável, tendo em vista que seus respectivos pressupostos estariam devidamente preenchidos.

⁷⁶ Idem. p. 141

⁷⁷ Idem

4 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE INFIDELIDADE

Primeiramente, antes de adentrarmos na responsabilização civil com relação às relações anteriormente expostas, faz-se mais do que necessário expor a infidelidade, ou o descumprimento do dever de fidelidade, isto por ser considerada, de certa forma, parte fundamental para que esses relacionamentos subsistam, bem como seja parte integrante da essência do trabalho que se apresenta.

No diploma infraconstitucional, diga-se, o Código Civil, é o primeiro dos deveres dos cônjuges, a observância e o cumprimento do compromisso de fidelidade recíproca, como preconiza o art. 1.566, I: “(...)São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca (...)”

A monogamia, segundo Clóvis Beviláqua, não constitui tão somente um dever moral, mas, de certo modo, uma exigência do direito em nome dos superiores interesses da sociedade⁷⁸. Além disso, pauta-se na figura da lealdade, uma qualidade de caráter, que implica um comprometimento profundo de esfera física, moral e espiritual entre os parceiros, buscando sempre uma verdade intersubjetiva entre eles⁷⁹.

Em outros tempos, era dada maior gravidade a infidelidade proveniente de atos das mulheres, em que esses atos eram causadores do rompimento total do sentimento envolto naquela relação, enquanto o homem quando vinha a “trair” sua companheira, simplesmente imputava tal ato uma figura de deslize, uma “derrapada” dentro do relacionamento.

Essa visão veio a mudar, e a infidelidade tanto masculina como feminina, encontram-se no mesmo pé de igualdade, algo sem dúvida conquistada principalmente, de forma gradativa, após a Constituição de 1988, positivando o art. 5º, *caput*, essa igualdade entre homens e mulheres, e em 2002, consolidando essa realidade no diploma infraconstitucional, diga-se o Novo Código Civil.

A violação desse dever, independente da dissolução dos vínculos, principalmente conjugais, pode vir a gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias, caso reste comprovado o dano produzido ao companheiro traído.

Trata-se de uma norma social, estrutural e moral, porém, com o decurso do lapso temporal, as transgressões deixaram de ser reprimidas de forma punitiva, tanto na esfera civil,

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 169

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 288

como na esfera criminal. E como um meio de desestimular a infidelidade, foi mantida como crime a bigamia (art. 235 do Código Penal), que torna imperativa a anulação do casamento (art. 1.548, II do Código Civil), já que pessoas casadas, são impedidas de casar (art. 1.521, VI do Código Civil)⁸⁰

Mesmo sendo descumprido o “sagrado” dever de fidelidade, o casamento não se rompe, e também não há como exigir o cumprimento desse dever em juízo, ou seja, não tem como demandar pelo descumprimento da obrigação de não fazer atinente a esse dever intrínseco ao casamento⁸¹.

Para a caracterização da ruptura do dever de fidelidade, será necessária a constatação de um terceiro elemento estranho a relação e não autorizado na esfera do casal, em espúria relação afetiva ou sexual com um dos cônjuges. Com isso, não necessariamente a infidelidade se dará mediante a conjunção carnal com um amante, mas pode se dar das mais diversas maneiras⁸².

Carícias, afagos, mensagens íntimas, enfim, todo comportamento tende a invadir a esfera de exclusividade dos consortes poderá caracterizar essa ruptura. Nesse ponto se discorda da versão de Orlando Gomes que afirma que só o “adultério propriamente dito caracteriza a infração do dever de fidelidade”⁸³.

Obviamente que a maneira mais dolorosa de sofrer com a infidelidade é naquela em que o companheiro ou cônjuge vem a ter relações sexuais com um terceiro, porém, isso não desfaz a ideia de que seja infidelidade também, ser flagrado aos beijos e abraços com outra mulher, ou em caso de companheira com seu amante.

Adentrados esses pontos, e exposto de forma breve sobre o dever de fidelidade recíproca, que de certa forma se estende à união estável, por esta se equiparar ao casamento, e à promessa de casamento, passa-se a estudar a responsabilização em cada um desses relacionamentos, de modo a ponderar como são levados em conta aspectos subjetivos, valoração do dano, principalmente o moral, já que é atinente a pessoa em si, dentre outros fatores, como se passará a expor.

4.1 Da infidelidade no Casamento e na União Estável

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 170

⁸¹ Idem

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 290

⁸³ Idem

Por serem institutos “semelhantes”, opta-se por expor o trato com a responsabilização em casos de infidelidade de forma conjunta.

Inicialmente, é válido ressaltar que as relações humanas baseadas em valores afetivos, possuem características não só marcantes como peculiares. A partir desse sentimento, as pessoas passam a adentrar relacionamentos, dos quais se destacam como principais formadores de uma potencial família, o casamento e a união estável.

A partir do momento que duas pessoas assumem um compromisso de vida a dois, estão exercendo de forma plena a liberdade de construção de um projeto existencial, conforme garantido pela ordem constitucional. No entanto, a opção pela vida em comum, significa a restrição a outras escolhas, muitas das vezes, uma dessas restrições diz respeito a exclusividade no relacionamento com o companheiro ou companheira, sob pena de descumprimento do dever de fidelidade⁸⁴.

O fim de um casamento ou o término de uma união estável, causam frustrações relativas as expectativas que se criam nesses relacionamentos, de unir-se de consentimento mútuo por livre e espontânea vontade, com o intuito de constituir família, fazendo com que situações que levem a uma ruptura de tal relação, desaguem em sofrimento e dor para um dos companheiros ou para ambos.

Diante disso, surgem demandas amparadas num possível dano moral indenizável, em razão do estado de espírito posterior ao fim dessas relações, como uma tentativa de compensar em pecúnia a frustração amorosa. Isso de certa forma, significaria uma monetarização do afeto, que é uma questão sensível e reserva uma atenção especial, já que uma eventual condenação em favor do demandante, pode se tornar uma satisfação vingativa ou auxiliar a prática proibida em juízo, de se promover o enriquecimento sem causa.

A Professora Maria Celina Bodin de Moraes adverte para a impropriedade de se definir o dano por meio do sentimento humano, como dor, vergonha, desgosto, confundindo-se o dano com sua eventual consequência⁸⁵. Por isso, para a exegese de uma reparação referente ao dano provocado pelo descumprimento do dever de fidelidade, deve-se utilizar a correta noção de dano moral, para se afastar das searas dos sentimentos, e seguir para um caminho mais técnico que tenha conformidade com a base axiológica do nosso sistema⁸⁶.

⁸⁴ MADALENO, Rolf, et al. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 237

⁸⁵ Idem. p. 238

⁸⁶ Idem

Para tal, é necessária a utilização de certos critérios que possam justificar a transferência do prejuízo sofrido pela vítima ao causador do dano. A tutela da dignidade humana, por exemplo, é basilar nesse caso, tendo em vista que o objetivo primordial gira em torno de adequar os fundamentos da responsabilidade civil ao atendimento as vítimas, no respeito a individualidade e pela consideração recíproca, visando sempre a manutenção do bem-estar social e a plenitude da vida.⁸⁷

Ao Estado cabe promover a proteção da pessoa, garantindo o acesso a uma vida digna, e prezando pelo fim dos preconceitos de qualquer natureza na convivência, e fortalecendo os vínculos de solidariedade, igualdade e cooperação. Porém, há um alerta quanto a ampliação excessiva das responsabilizações, tendo em vista que isso geraria um aumento expressivo da litigiosidade e da vitimização da convivência social⁸⁸.

Sendo assim, de suma importância é a conceituação do dano moral de forma técnica e apropriada, buscando-se o equilíbrio entre a necessidade de tutelar a dignidade da pessoa com relação aos danos causados e o cuidado para não estimular a desmedida e indesejada litigiosidade no que tange a relações afetivas⁸⁹.

As paixões efêmeras e os amores não correspondidos acabam por se juntar a esses projetos existenciais frustrados nas mais diversas demandas, que tem muito mais o intuito de fazer com que o outro pague pelo que veio a fazer, do que pela efetiva violação de direito da personalidade.⁹⁰

A responsabilidade civil no direito de família, não deve servir como um meio de perpetuação dos conflitos, alimentada por mágoas ou ressentimentos, característicos do término de relacionamentos, e nem suporte a realização de um projeto de vingança, em que vultosas indenizações seriam o prêmio maior a ser recebido.⁹¹

Além da dignidade da pessoa humana, é válido o comentário referente a autonomia privada, que seria um meio de promoção da personalidade dentro das relações existenciais. Em *stricto sensu* seria o espaço de liberdade jurígena, ou seja, aquela área em que as pessoas podem desenvolver as atividades jurídicas que bem entenderem.⁹²

Segundo Pietro Perlingieri, seria “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito público ou privado de regular próprias manifestações de vontade,

⁸⁷ Idem. p. 239

⁸⁸ Idem. p. 240

⁸⁹ Idem

⁹⁰ Idem. p. 242

⁹¹ Idem

⁹² Idem. p. 243

interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente públicos”.⁹³ É um princípio essencial para as relações humanas por funcionar como alicerce básico da convivência social, e, caso não existisse, as pessoas estariam limitadas a praticar os atos expressamente estabelecidos em lei.⁹⁴

Logo, é nítida que para o desenvolvimento dessas relações as pessoas sejam livres para autodeterminar seus caminhos, bem como de gozar da dignidade já assegurada constitucionalmente, ao menos no plano teórico.

De qualquer forma, ainda é necessária a apuração dos efeitos provenientes da violação do dever de fidelidade, de modo a chegar a configuração do dano moral indenizável. Segundo Nelson Rosenvald: “é conveniente realçar que o respeito recíproco entre os cônjuges precisa ser compreendido na complexidade social e na confiança estabelecida entre o casal, permitindo notar uma perspectiva bem mais ampla do que, tão somente, uma visão sexual”.⁹⁵

Para Rolf Madaleno o dever de fidelidade consiste em “efeito ético e, portanto moral do casamento, vale afirmar, da comunhão plena de vida, como ordena o artigo 1.511 do Código Civil, mas comunhão de almas, vontades, projeto de vida familiar e coabitação, e não apenas a mera comunidade formal dos cônjuges, esticada no tempo por ficção de lei”.⁹⁶

Há tempos atrás, a violação do dever de fidelidade acarretava a tipificação penal do adultério, que foi extirpada de nosso ordenamento pátrio a partir da Lei 11.106/05. Posto isto, é melhor definir o descumprimento desse dever tão somente como infidelidade, em vias de fazer relação ao tema anteriormente tipificado.

Como já dito no início do presente capítulo, a infidelidade não está adstrita à conjunção carnal dos cônjuges ou companheiros com terceiros, pode se consolidar em beijos, “amassos”, mensagens íntimas, dentre outros. O questionamento no momento gira em torno da possibilidade de incidir o dano moral indenizável em favor do cônjuge que não foi respeitado quanto a esse dever de fidelidade recíproca, e a resposta é negativa.⁹⁷

Fica claro isso no entendimento adotado por Maria Celina Bodin de Moraes, no sentido que “na ponderação dos interesses entre a solidariedade familiar e a autonomia individual, ou seja, entre a sociedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge,

⁹³ Idem

⁹⁴ Idem

⁹⁵ Idem. p. 244-245

⁹⁶ Idem. p. 245

⁹⁷ Idem

prevalecem, segundo a doutrina mais atenta, os direitos do indivíduo e suas próprias opções de vida”.⁹⁸

Materializando jurisprudencialmente, tem-se o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação Cível nº 70047229299:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. POSSE DA RESIDÊNCIA FAMILIAR, EDIFICADA EM ÁREA DE TERCEIROS, PARA O VARÃO E AS FILHAS MENORES. DEICSÃO MANTIDA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. 1. USO DA RESIDÊNCIA FAMILIAR. A guarda das filhas foi conferida ao varão e o fato do referido imóvel ser o local onde as filhas menores do casal seguiram residindo é, por si só, motivo de suficiente relevância para autorizar a manutenção da sentença. Além disso, não há notícia de oposição dos proprietários do terreno, os avós maternos, a este uso. Ao contrário, prestaram declarações escritas favoráveis à permanência do genitor e filhas naquele imóvel. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. No âmbito do Direito de Família, apenas diante de situações extremas, de efetiva e indubitosa lesão a bem da personalidade ou de concreta agressão moral, é que se cogita de acolher pretensões indenizatórias, porque sempre que houver a ruptura de um relacionamento afetivo, seja ele um casamento ou uma união estável, haverá tristeza, mágoa, desencanto. Os sentimentos que afloram nesses momentos serão intensos e, certamente, agravados quando há adultério, mas não há reparação possível, de ordem econômica, para curar essas dores. Lamentavelmente, são fatos da vida, que é, no mais das vezes, uma sucessão de muitas frustrações, dores e desencantos. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. UNÂNIME (Apelação Cível nº 70047229299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/08/2012)⁹⁹

Conforme verifica-se pelo julgado, a infidelidade pode levar ao fim do vínculo conjugal, porém não necessariamente acarretará um dano moral indenizável. Em casos como sevícias, violação ao direito de imagem ou até mesmo dolosa omissão acerca de ter se tornado portador de DST's são factíveis de aplicabilidade do dano moral indenizável.

Sendo assim, conclui-se que o dano moral proveniente da infidelidade no vínculo conjugal e da união estável pode sim ser indenizável, porém, deve ser feita uma análise subjetiva e minuciosa de modo a comprovar que de fato ocorreu o dano. Isso de modo a evitar litígios desnecessários, bem como a promoção de vinganças ou enriquecimento sem causa, em

⁹⁸ Idem

⁹⁹ Idem. p. 245-246

razão de sentimentos atinentes a frustrações geradas com o ato que violou o dever de fidelidade recíproca entre o casal.

4.2 A Responsabilidade Civil na Promessa de Casamento

A promessa de casamento, ou noivado, era no direito antigo os chamados esponsais, que consistiam num futuro matrimônio entre um homem e uma mulher. Nas palavras de Lafayette: “Denomina-se em direito esponsais a promessa que o homem e a mulher reciprocamente se fazem e aceitam de se casarem em um prazo dado. Ato preliminar, os esponsais têm por fim assegurar a realização do casamento, dificultando, pelas solenidades que o cercam, o arrependimento que não seja fundado em causa justa e ponderosa.”¹⁰⁰

Em outros tempos, inclusive, havia na Roma Antiga a chamada *sponsalia dicta sunt a spondendo*, que conforme historia Clóvis Beviláqua, seria a celebração dos esponsais desde o nascimento da criança, ou seja, já vinha ao mundo com a determinação de com quem se casaria. Por sua vez, no direito clássico, constatava-se a existência de tal obrigação entre pessoas maiores de sete anos, sendo que a “confirmação do compromisso de futuras núpcias materializava-se pela dação de arras ou pela simples troca de anéis”, finalizando a solenidade do ato com beijos.¹⁰¹

No Brasil Império, o contrato esponsalício, devia ser registrado em cartório, pelo tabelião, lavrando-se escritura pública, sendo assinada pelos pais, ou na falta destes, por tutores e curadores. Porém, a partir da Proclamação da República, expedido o Decreto nº 181, revogou-se todas as regras atinentes do casamento, extirpando assim a figura dos esponsais.

No que diz respeito à responsabilidade, no pertinente a prejuízos de ordem material, diga-se patrimonial, se houver o rompimento por decisão tomada pelos noivos, e sendo devidamente comprovada a culpa do arrependido, caberá a outra parte da relação pleito judicial no sentido de reparar o dano causado, seja com preparo de documentos, aprestos das bodas, ou previsão próxima da cerimônia, conforme entendimento de Washington de Barros Monteiro.¹⁰²

¹⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 683

¹⁰¹ Idem

¹⁰² Idem

Esses podem atingir maiores proporções, como no caso do desligamento de uma relação empregatícia por um dos noivos, por exigência do outro, ou mesmo de forma consensual, visando o casamento futuro.

Sendo assim, visando o direito ao dano indenizável, devem ser discriminados os requisitos que seguem, nas lições do Professor Marco Aurélio S. Vianna:

a) Existência de promessa de casamento feita pelos noivos. A avença não reclama formalidades, nem documentos escritos, bastando a declaração de vontade dos noivos no sentido da conclusão do casamento. Quem alegar o rompimento deverá provar a existência dos sponsais, podendo lançar mão dos meios de prova existentes: convites, correspondências, testemunhas, confissão, cerimônia com o fim de formalizar o noivado, entrega de alianças etc.

b) Recusa em contrair o matrimônio. É necessário que haja ruptura da promessa, e que o fato tenha chegado ao conhecimento do outro noivo. Ela pode ser expressa, ou tácita, quando as circunstâncias indicam que um dos noivos rompeu com o pactuado.

c) Recusa injustificada. A ruptura deve ter como causa motivo injusto. Ela se funda em fato sem importância. Na apreciação das razões que determinaram a recusa, têm papel importante o nível social dos envolvidos e as circunstâncias que o caso apresenta. O magistrado examinará cada caso em função de suas particularidades. É possível exemplificar: infidelidade, maus-tratos, injúria a parentes, enfermidade grave, abandono, ruína econômica que possa comprometer o matrimônio...

d) Existência de dano. A ruptura da promessa poderá repercutir no ofendido, atingindo-lhe patrimonialmente, psicologicamente ou moralmente. São feitos gastos visando ao casamento futuro, tais como: a compra de um imóvel para residência, enxoval, viagem, cerimônia, aparelhos, móveis etc. Mas o abalo moral ou psicológico pode trazer consequências patrimoniais, como se dá, v. g., se o noivo é acometido por enfermidade que o impeça de trabalhar.¹⁰³

A resolução, por conseguinte, por violar esse dever assumido de vir a materializar o contrato de casamento, acaba produzindo dever de indenizar, não só por prejuízos de ordem material, mas também moral, por muitas vezes expor ao ridículo o outro contraente, acarretando-lhe descrédito moral frente ao seu ambiente de convívio.

A jurisprudência, na figura do Superior Tribunal de Justiça entende que:

(...) é princípio aceito no nosso direito que a pessoa que confia na promessa de casamento futuro e, em razão disso, assume despesas, faz investimentos ou perde outras oportunidades, tem o direito de ser indenizada pelo interesse negativo, isto é, pelo que perdeu, confiando na celebração do contrato que se frustrou. Qualquer um nessa situação pode ser indenizado, e não vejo razão alguma para negar esse direito à mulher. Acredito que a regra do Código Civil elaborado em 1916 não teve esse fundamento, mas deve ser usada com significado que ora se lhe dá porque é específica para a promessa de casamento. De qualquer forma, ainda que não

¹⁰³ Idem. p. 684

existente aquele dispositivo, o princípio deveria ser aplicado para resolver a quebra da promessa de contrato futuro, seja de compra e venda, de locação, de construção ou de casamento, pouco importando o nome do contrato ou o sexo das pessoas” (REsp. n. 251.689/RJ, DJ de 30.10.2000, em ADV Informativo, boletim nº 6, p. 82, 11.02.2001.)¹⁰⁴

Além disso, é necessário que o prometido que veio a ser lesado, demonstre o nexo causal entre o prejuízo gerado e a culpa do responsável pelo desfazimento do noivado. Em princípio, não há dever de indenizar sem que seja comprovado qualquer dano intrínseco a conduta que resultou na frustração desse negócio jurídico.

Nesse sentido, com relação ao dano moral indenizável a jurisprudência paulista caminha no sentido de:

(...) Indenização... A ruptura, sem motivo, da promessa de casamento, pode dar lugar a indenização decorrente de dano moral, posto que o rompimento de noivado sempre afetará a pessoa da mulher, atingindo, de alguma forma, sua honra e seu decoro, notadamente quando já notória a data do casamento (TJSP, Apel. Cível nº 103.247/1, da 1ª Câmara Civil, j. em 01.11.1988).

Sendo assim, levando-se em conta que a afetividade foi gravemente atingida, já que uma das partes foi “ludibriada” e iludida por sentimentos, passa a ser cabível o crivo indenizatório referente ao dano moral.¹⁰⁵

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, segue os mesmos preceitos, determinando que: “A configuração de culpa extracontratual pelo rompimento injustificado do compromisso importa reparação através de indenização abrangente das despesas feitas em contemplação de noivado e dos prejuízos resultantes da ruptura da promessa a título de danos emergentes, a serem apurados em execução de sentença” Ainda: “Casamento. Cerimônia não realizada por iniciativa exclusiva do noivo, às vésperas do enlace. Conduta que infringiu o princípio da boa fé, ocasionando despesas nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado. Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da culpa in

¹⁰⁴ Idem. p. 684-685

¹⁰⁵ Idem. p. 685

contrahendo, pela força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé, dá ensejo à pretensão indenizatória.”¹⁰⁶

Todavia, parte da doutrina entende como indevida a reparação por dano moral, como no caso de Dalmo Silva: “Não é possível que um dos noivos sob a ameaça de uma indenização, que seria uma verdadeira pena pecuniária, deixasse de desfazer o casamento com receio da mesma. Pode acontecer ainda, e não é raro ocorrer com pessoas de elevado caráter e formação moral, que em determinado momento, mesmo próximo ao casamento, desfaça o noivado e a conseqüente promessa, por motivos íntimos de várias ordens, sem que exteriorize a ninguém, para não denegrir a moral ou não humilhar aquela que antes seria sua esposa. Há mesmo quem nem em juízo teria coragem de dizer essas razões íntimas. Como, então, através da via oblíqua, impedir em tempo a dissolução, no interesse da própria família a ser constituída?”.¹⁰⁷ Esse pensamento segue a linha contrária ao processo de monetarização do afeto, ou seja, em desconformidade com a alta litigiosidade advinda de frustrações e sentimentos pessoais, no caso conseqüências e não causa do dano, para conseguir amenizar seu sofrimento em forma de pecúnia.

Seguindo essa linha, somente em situações especiais, seria possível a indenização por dano moral, pois o sentimento que une é o mesmo que separa na ilustríssima figura da autonomia privada, diga-se do livre-arbítrio, aplicável a casos como um namoro de longos e ávidos anos que culmina num abandono injustificável; ou a divulgação acintosa e desprestigiadora do noivo ou da noiva no meio social de convívio de ambos, ou ainda a figura aqui estudada como principal, a infidelidade comprovada que expõe à humilhação frente a outros, no caso de vir a conhecimento público esse ato, que tem, de certa forma, uma natureza torpe, agravado por questões relativas à proximidade do casamento, os já distribuídos convites, dentre outros.

Dessa maneira, apesar de não se ter circundado exclusivamente a causa principal do presente capítulo, diga-se a infidelidade, tem-se uma análise apurada de que essa situação pode ser causa dos diversos acontecimentos expostos, como o abandono às vésperas da cerimônia, ou o rompimento do noivado sem justificação, por não ser desejada a exposição daquele ou daquela que seria, na eventualidade do cumprimento da promessa de casamento marido ou mulher. Até por se tratar de uma questão muito íntima e não diretamente chancelada em diploma legal como o dever de fidelidade recíproca na constância do casamento, ou o dever de lealdade que é requisito para continuidade do vínculo da união

¹⁰⁶ Idem

¹⁰⁷ Idem. p. 686

estável, faz-se uma extensão, pois ali, na relação dos nubentes pode não se estar materializada ainda o retrato do núcleo familiar, porém encontra-se na eminência de ser formado.

5 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado teve por cerne a análise da aplicação da reponsabilidade civil nos relacionamentos à dois em casos de infidelidade. Porém buscou-se ao máximo, expor uma visão resumida e concisa, tendo em vista a grande extensão das matérias tratadas.

Ao início, realizou-se uma exposição histórica da responsabilidade civil não só com relação ordenamento jurídico brasileiro, mas no real surgimento da compensação de um dano a partir de uma pena, uma multa, ou como nos primórdios, até mesmo o ato de fazer justiça pelas próprias mãos. Com a revolução industrial, principalmente, esse instituto se expandiu e passou a encontrar-se mais presente no meio social, de forma a reparar prejuízos de ordem física e patrimonial, decorrentes não só dessa relação de trabalho formada, no caso de acidentes no exercício de funções empregatícias, mas também nas mais diversas searas.

Além disso, o instituto, devido a sua vasta extensão, por incidir nas mais diversas formas de relação jurídica, teve de ser de forma bem resumida exposto, delimitando-se cada um de seus principais requisitos, quais sejam o dano, o nexu causal, e a culpa.

A partir disso, e tendo em vista que o Direito de Família trata muito da questão atinente ao aspecto da dignidade da pessoa humana, trazido pela Constituição Federal de 1988, também foi exposto a figura do dano moral, que de certa forma atinge não só a pessoa em seu estado psíquico-social, mas também pode vir a trazer problemas de ordem patrimonial, devido a alguns tipos de exposição em seu meio de convivência.

Por sua vez, já que se adentraria em união estável, casamento e promessa de noivado, fez-se necessária uma pequena apresentação acerca de cada um desses institutos, demonstrando certas peculiaridades, requisitos para se configurarem, bem como distinções entre eles, de modo a melhor utilizá-los no que tange a aplicabilidade do estudo da responsabilidade civil na seara familiar.

Esses três institutos giram muito em torno da criação de um núcleo familiar, a partir da anuência de duas partes, que consentem mutuamente em, através do sentimento da afetividade, unir-se visando uma vida em comum. Porém, obviamente que o basilar deles é o casamento por sua estrutura já delimitada por lei e por todas as solenidades que o tornam um Contrato Especial do Direito de Família.

A União Estável, porém, apesar de ter surgido do chamado concubinato, que seria uma união entre um homem e uma mulher que não se uniram através do matrimônio, era vista

de forma preconceituosa e até desprestigiada no meio social. Porém, transpassadas as barreiras do tempo, o legislador passou a considerar essa relação como atinente ao direito de família, e, por isso, mereceria a devida tutela jurídica, e isso veio a ocorrer com a inserção da proteção constitucional e infraconstitucional do Instituto, respectivamente na Constituição Federal e no Código Civil.

O noivado ou promessa de casamento, por se tratar de um primeiro passo rumo à eventuais núpcias, acaba se equivalendo no plano teórico como um compromisso, uma obrigação de celebrar futuramente o casamento. Tendo em vista isso, optou-se por diferenciá-lo de outras formas de relações como os namoros, e os eventuais encontros casuais tão presentes nos dias atuais. E, por fim, passou-se a diferenciá-lo da União Estável, já que é notável a existência de demandas relativas a reconhecimento de união estável no namoro, principalmente quando acaba por haver uma frustração dessa promessa de casamento. Por fim, também se apresenta a figura dos relacionamentos em que não se desejam que sejam aplicadas as regras inerentes as relações de companheirismo, é o caso do chamado “contrato de namoro” que é, inclusive, registrado em cartório.

Apresentados esses institutos, passa-se a adentrar a figura do dever de fidelidade, presente positivamente no Código Civil, com relação ao matrimônio, e a posteriori, apresentado também como dever de lealdade na união estável.

Posteriormente, apresentou-se a figura do dano moral a partir do descumprimento desse preceito nesses dois institutos, e de maneira geral, ficou compreendido que para que esse dano seja indenizável, deve-se haver uma real comprovação de dano que exponha a pessoa a condições que afetem diretamente sua dignidade, bem como, comprovem que a conduta do agente violador desses deveres tenha nexos de causalidade com o prejuízo gerado. Ou seja, a apresentação do elemento culpa, adentrando-se no aspecto subjetivo do ser humano.

Em sequência, e por fim, ilustrou-se a responsabilização civil no descumprimento ou ruptura do noivado ou promessa de casamento. Inicialmente, apresentou-se a figura dos esponsais em tempos terrenos, e depois destrinchou-se as mais diversas espécies de prejuízos causados em função do não cumprimento, ou da não celebração futura do eventual casamento.

Destaque merecido para os danos patrimoniais gerados em função de planejamentos inerentes ao futuro matrimônio, como compra de imóveis, preparação da festa, saídas de relações empregatícias visando a vida em comum no futuro próximo, dentre outros. E também, o dano moral, causado por exposições ao ridículo, que possam vir a ocorrer, e

causar certas humilhações a imagem de um dos futuros possíveis contraentes, causando assim danos a seus direitos referentes a sua personalidade.

Comprovado esse dano, e, inequivocamente sendo a real causa entre os prejuízos de ordem psíquica e moral que a pessoa lesada vir a ter, é de certa forma inconcebível que não seja concedida a indenização. Porém, questões como a monetarização do afeto, promoção de vinganças em forma de pleitos indenizatórios vultosos, devem ser observadas, de modo a não se produzir uma justiça atinente a dar vez ao enriquecimento sem causa, bem como a injusta condenação de uma pessoa.

Fato é que, a indenização relativa a dano moral atinente a infidelidade, não pode se dar por um mero dissabor, ou pela frustração do término do relacionamento, mas de um claro dano a pessoa, tendo por nexos causal essa conduta que de certa forma veio a afetar a psique do outro, através de exames médicos que comprovam o desenvolvimento de enfermidades, bem como de provas que comprovam a exposição da imagem da pessoa em seu meio social, a desprestigiando, atingindo sua honra e seu respectivo decoro.

Diante disso, o trabalho buscou de forma reduzida e explicativa, de linguagem simples, expor como no geral é aplicável a responsabilização civil, quanto ao dano, indenização, e mostrando também situações em que não é possível sua aplicação ante a ausência de ato ilícito, nos casos da popular “traição”, nesses relacionamentos acima delimitados e expostos.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade Civil no Direito de Família: Da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência**. 2011. 17 f. Artigo – Faculdade Maurício de Nassau, Recife, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 18 nov. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 nov. 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FIDÉLIS, Maria de Lourdes. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. 2007. 71 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30851/M%20906.pdf%3Bsequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MADALENO, Rolf, et al. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011.