

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIENCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

João Petro Araujo Coelho

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DO
ADULTÉRIO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

SOUSA

2022

João Petro Araujo Coelho

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DO
ADULTÉRIO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

SOUZA

2022

C672r

Coelho, João Petro Araujo.

A responsabilidade civil em decorrência da prática do adultério no ordenamento brasileiro / João Petro Araujo Coelho. – Sousa, 2022.
50 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.

"Orientação: Profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa".

Referências.

1. Responsabilidade Civil – Adultério. 2. Adultério – Dano e Indenização. 3. Direito de Família. I. Barbosa, Maria dos Remédios de Lima. II. Título.

CDU 347.51:176.6(043)

João Petro Araujo Coelho

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DO
ADULTÉRIO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Aprovado em 23 de agosto de 2022.

Banca Examinadora

Profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa
Orientadora – CCJS/UFCG

Prof. Dr. Paulo Abrantes de Oliveira
Membro da Banca Examinadora – CCJS/UFCG

Profa. Dra. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira
Membro da Banca Examinadora – CCJS/UFCG

Dedico esse trabalho à minha família, a aqueles a quem nutri afeto e amizade, aos que compartilharam alegrias e aos meus guias espirituais. E dedico, também, a profa. Dra. Maria dos Remédios, que me inspirou e guiou por essa trajetória com compreensão e paciência.

AGRADECIMENTOS

A vida é repleta de encontros, fortuitos ou não. Nem em mil sonhos poderia imaginar que encontraria, em minha trajetória, pessoas indescritíveis que seriam capazes de me fazer aturar e superar as adversidades que superei. Queria poder dizer-lhes milhares das mais belas palavras, mas deixo meus singelos agradecimentos, que carregam toda minha gratidão. Assim, começo pedindo desculpas por aqueles a quem os nomes fugiram a mente agora, saibam que os carrego em meu coração e sempre terão minha gratidão e afeto.

À minha mãe, Ionéia, meu um exemplo de superação e que me ensinou sobre a perseverança e resiliência enquanto caminhava por seus momentos difíceis.

À minha irmã, Júnia, que mostrou que não há barreiras para o conhecimento e que nada é impossível quando há um objetivo em mente.

Ao meu irmão, Cláudio, pelos momentos de simpatia e distrações.

Ao meu cunhado, Luca, por distrair meus dias cansativos com fotos e vídeos do meu sobrinho, Arthur, e da minha irmã.

Aos meus amigos da URSAL, que conheci na academia, Antônio Teodoro, Jayanne Gadelha, Jonas Mendes, Mariana Junqueira, Matheus Afonso, Valdo Luiz e Ytalo de Almeida, que foram meu conforto e minha família em Sousa. Sem vocês, eu não conseguiria, obrigado.

Aos meus outros amigos com quem compartilhei risos e momentos de descontração, Maria Clara, Alice Maria, Ana Carolina, Evelinne Pinheiro, Marília Andrade, Myllena Oliveira, Rayane Estrela, Thaiany Gomes e outros mais, vocês foram pessoas incríveis na minha jornada.

Aos meus amigos de longa data, Tuane Devit, Ana Cláudia, Eli Martins, Lívia Garcia, Lucas Mendes e Ingrid Oliveira com que tive diálogos tranquilizantes e engrandecedores por diversas vezes.

Aos meus companheiros de jogos, Airon Pasetto, Caio Furlan, Kazuo Hashizume, Marcel Dib, Michely e Sophia Cueto que por 3 anos, semanalmente, nos reuníamos para jogar conversa fora e desopilar do dia-a-dia.

Ao Grupo Verde, movimento estudantil que me mostrou o poder da união e acalentou meu desejo de lutar por um Brasil mais justo, unido e igualitário, na certeza de que somos mais que conhecedores do Direito e que somos capazes de ser a mudança que tanto desejamos.

À minha orientadora, profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa, por aceitar trilhar os caminhos e ideias que esta pesquisa trilhou e por sua contribuição magistral em tornar possível essa jornada.

Ao Projeto de Pesquisa Direito e Literatura, na pessoa de prof. Dr. Erivaldo, que banhou minha mente nas águas do conhecimento e abriu caminhos para outras formas de analisar o direito e as mais diversas expressões artísticas e culturais.

A todo corpo docente do Campus de Sousa-PB, da Universidade Federal de Campina Grande, por todos o conhecimento repassado. Cada um de vocês foi essencial para que eu chegasse até aqui.

À Coordenação do Curso de Direito, assim como os diversos prestadores de serviços que tornaram possível a labuta diária para alcançar o conhecimento e o aprendizado em sala. Aos que zelaram pela manutenção das atividades, mesmo em momentos incertos como a pandemia, da Universidade. Os meus agradecimentos e votos de afeto.

RESUMO

Analisar o ordenamento jurídico familiar se apresenta como um constante desafio aos juristas visto que o entendimento jurisprudencial e doutrinário se alteram concomitantemente as evoluções e modificações que ocorrem na sociedade. Assim, com cada nova atualização jurisprudencial, revisitar o tema faz surgir novos posicionamentos, questionamentos e respostas que variam nas mais diversas linhas doutrinárias. Partindo desta premissa, a presente pesquisa buscou analisar a possibilidade de responsabilidade civil em casos de adultério de acordo com ordenamento pátrio. Para alcançar tal feita, utilizou-se o método dedutivo, com vistas de técnicas de análise documentais e bibliográficas, para trato de documentos jurisprudenciais, legislativos e doutrinários. Desta feita, partiu-se da análise histórica do ordenamento familiar, nos códigos de 1916 e 2002, para a caracterização do matrimônio e estudo da principiologia do ordenamento familiar. Em sequência, se analisou as bases da responsabilidade civil, distinguindo os seus elementos essenciais, os danos materiais, morais e existenciais, e diferenciando a responsabilização objetiva e subjetiva. Por fim, para alcançar a caracterização do adultério como fato gerador do dever de indenizar, se fez a análise dos deveres conjugais e das consequências positivadas ao cônjuge adúltero. Desta feita, a presente pesquisa logrou êxito em sua busca identificando a possibilidade de indenização por danos causados pelo adultério, desde que seja comprovado a existência de danos diretamente correlatos.

PALAVRAS-CHAVE: Adultério. Dano. Indenização. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

Analyzing the family legal system presents itself as a constant challenge to jurists since the jurisprudential and doctrinal understanding changes concomitantly with the evolutions and changes that occur in society. Thus, with each new jurisprudential update, revisiting the theme gives rise to new positions, questions and answers that vary in the most diverse doctrinal lines. Based on this premise, the present research sought to analyze the possibility of civil liability in cases of adultery according to the national legal system. To achieve this, the deductive method was used, with the application of documental and bibliographic analysis techniques, to deal with jurisprudential, legislative and doctrinal documents. In that sense, it started from the historical analysis of the family legal system, in the codes of 1916 and 2002, for the characterization of marriage and the study of the principiology of the family order. Subsequently, the bases of civil liability were analyzed, distinguishing its essential elements, material, moral and existential injuries, and differentiating between objective and subjective liability. Finally, to achieve the characterization of adultery as a triggering event for the duty to indemnify, an analysis was made of marital duties and the consequences provided by law for the adulterous spouse. Thus, the present research was successful in its search by identifying the possibility of compensation for damages caused by adultery, as long as the existence of directly correlated damages is proven.

Keywords: Adultery. Civil Liability. Indemnify. Injury.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O CASAMENTO E A PRINCIOLOGIA DO DIREITO DE FAMÍLIA COMTEMPORÂNEO	13
2.1	BREVE HISTÓRICO DO CASAMENTO	13
2.2	NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO	16
2.2.1	<i>Teoria Da Natureza Contratual.....</i>	<i>16</i>
2.2.2	<i>Teoria Da Natureza Institucional.....</i>	<i>17</i>
2.2.3	<i>Teoria Da Natureza Mista Ou Eclética.....</i>	<i>17</i>
2.3	PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL.....	18
2.3.1	<i>Dignidade Da Pessoa Humana.....</i>	<i>19</i>
2.3.2	<i>Princípio Da Igualdade</i>	<i>20</i>
2.3.3	<i>Princípio Da Vedação Ao Retrocesso.....</i>	<i>20</i>
2.3.4	<i>Princípio Da Afetividade</i>	<i>21</i>
2.3.5	<i>Princípio Da Reciprocidade</i>	<i>22</i>
2.3.6	<i>Princípio Da Função Social Da Família E A Convivência Familiar</i>	<i>22</i>
2.3.7	<i>Princípio Da Intervenção Mínima Do Estado</i>	<i>23</i>
3	RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	25
3.1	DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL, MATERIAL E EXISTENCIAL.....	26
3.1.1	<i>Da Ação Comissiva Ou Omissiva</i>	<i>26</i>
3.1.2	<i>Do Dano</i>	<i>27</i>
3.1.3	<i>Do Nexo De Causalidade</i>	<i>30</i>
3.2	DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	31
3.2.1	<i>A Responsabilidade Civil Objetiva</i>	<i>32</i>
3.2.2	<i>A Responsabilidade Civil Subjetiva</i>	<i>32</i>
3.3	DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE E DA CONFIANÇA	34
3.3.1	<i>O Princípio Da Reciprocidade.....</i>	<i>35</i>
3.3.2	<i>O Princípio Da Confiança</i>	<i>37</i>
4	A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DO ADULTÉRIO.....	39

4.1	A FIDELIDADE ENQUANTO DEVER PRIMORDIAL DO CASAMENTO	40
4.1.1	<i>Deveres Do Matrimônio</i>	41
4.1.2	<i>O Dever De Fidelidade Como Primordial</i>	43
4.2	CONSEQUÊNCIAS PREVISTAS PELO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE ADULTERINO	44
4.3	A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ADULTÉRIO	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A infidelidade é tema comum e corriqueiro que desperta a curiosidade na sociedade brasileira e pode ser encontrado pelos mais diversos meios, seja em sites, blogs e colunas de fofoca, como Hugo Gloss ou Léo Dias, em livros e produções textuais, como Anna Karenina e Memórias Póstumas de Brás Cubas, em minisséries e novelas, como o Auto da Compadecia e Rabo de Saia, e em filmes e séries diversos.

No ano de 2020, o CNJ (2020) registrou 514.692 novas ações relativas a dissoluções de casamentos. Não se pode precisar quantos destes foram motivados por adultérios, mas sabe-se que este é tema frequentemente alegado em peças desta natureza.

O adultério, que era tipificado como crime no art. 240 do Código Penal, perdeu sua relevância sendo revogado pela Lei nº 11.106/2005, restando-lhe importância apenas para a separação judicial como caracterização da insuportabilidade do convívio. Entretanto, com a EC 66/2010, que removeu o instituto da separação judicial como meio para a dissolução da sociedade conjugal, o adultério foi derogado as discussões de reparação civil.

Atualmente, tribunais brasileiros têm entendido que apenas a existência de adultério não é suficiente para comprovar a existência de dano moral e gerar a reparação civil, entretanto, há outra corrente, chamada de conservadora, que acredita que a existência do adultério seja suficiente para comprovar o dano moral. Sobre a mesma temática, doutrinariamente, discute-se a existência do dano existencial nas relações adúlteras.

Segundo a LINDB, os costumes e a analogia são fontes normativas que os magistrados devem utilizar-se quando a lei for omissa. Quanto ao adultério, não há no Código Civil referências a reparação moral ou existencial pela infidelidade, portanto, os costumes e a análise sistemática do ordenamento civilista possuem suma importância nestas ações.

Partido das premissas supracitadas e dos requisitos para a existência de uma entidade familiar, poderíamos adotar a tese de que a infidelidade é fonte de dano civilmente reparável?

Portanto, o objetivo geral da presente pesquisa será analisar a legislação brasileira quanto às relações adúlteras a fim de dirimir essa figura no direito familiar e demonstrar a existência de dano material ou existencial com elas.

Para tanto, serão delimitados como objetivos específicos: Analisar o histórico e a natureza jurídica do casamento bem como os princípios norteadores do direito familiar; investigar no ordenamento pátrio os elementos caracterizadores da responsabilidade civil; e, por fim, provar que as relações extraconjugais são fatos geradores de dano moral e existencial e geradores da obrigação de indenizar.

Parte-se da hipótese de que a existência da infidelidade é *fumus boni iuris*, fumaça do bom direito, de danos civilmente reparáveis e o adultério é fato gerador do dever de reparar, quando comprovado o dano.

Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realizar-se-á uma pesquisa pautada no método dedutivo, visto que serão utilizados dados já existentes para alcançar o teste da hipótese. Além disso, trata-se de uma pesquisa qualitativa, visto que se busca analisar dados teóricos e não quantificáveis. Para tanto, utilizaremos de procedimentos documentais e bibliográficos para trato dos dados legislativos, jornalísticos e jurisprudenciais (MARCONI E LAKATOS, 2021).

Desta feita, a presente pesquisa será feita com repartição em três capítulos. No primeiro capítulo, serão descritas as bases introdutórias ao direito familiar, segundo a legislação pátria, como o histórico e evolução entre os códigos de 1916 e 2002, a natureza jurídica do casamento e a principiologia do ordenamento de familiar na atualidade.

No segundo capítulo, será analisado da teoria da responsabilidade civil, traçando análise sobre os elementos caracterizadores da reparação, dos danos, a diferença entre reparação objetiva e subjetiva e sua aplicação no direito familiar através dos princípios da reciprocidade e confiança.

No terceiro capítulo, descrever-se-á a responsabilidade civil em decorrência da prática de adultério analisando a fidelidade como dever primordial do casamento, as consequências tipificadas no ordenamento civilista para o cônjuge adúltero e a possibilidade de indenização nos casos de infidelidade conjugal.

2 O CASAMENTO E A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Estudar o Direito de Família pode se demonstrar uma tarefa complexa, uma vez que está intimamente ligado à vida, à dignidade e à liberdade. Assim, seja pelo seu importante papel social ou por suas características e causas, a família, também chamada de célula mater da sociedade, é alvo de diversos estudos por pesquisadores das ciências sociais. Entretanto, como preleciona Venosa (2017), não há um conceito uniforme sobre o que seria a família, nem dentro das ciências sociais e nem dentro dos ramos do Direito.

Deste modo, se faz necessário conceituar o que seria a família para o Direito. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 61) “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes.”. Ou seja, a família é um grupo de pessoas unidas por relações sanguíneas e/ou afetivas onde há uma busca pela felicidade coletiva dos seus integrantes.

Já quanto ao Direito de Família, Pereira (2021, p. 41) conceitua como “Direito de Família é um conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que organizam as relações familiares, parentais e conjugais.”, ou seja, este ramo do direito busca analisar as relações existentes por meio de um elo afetivo ou sanguíneo.

Assim, para analisarmos as questões relativas ao adultério devemos, inicialmente, compreender a histórico do casamento no Direito brasileiro recente, nomeadamente no código de 1916, a natureza jurídica do casamento para o nosso ordenamento e os princípios que regem a temática atualmente.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO CASAMENTO

Analisar a história das famílias, e do casamento, é sinônimo de estudar à própria história do ser humano. Não há como precisar quando as famílias surgem, aos moldes que conhecemos, e muito menos quando os costumes se fixam como normas e criam os ordenamentos, como nos dias atuais.

O casamento atravessa a história acompanhando o progresso moral e ético de cada tempo. Deste modo, focamos no Direito Romano, visto que o direito

contemporâneo possui vestígios diretos e indiretos deste, e no Código Civil de 1916 do Brasil, por ser o percussor do nosso atual Código.

A família romana pautava-se no patriarcalismo e os gêneros possuíam grande distinção de direitos e papéis. O ascendente comum mais velho era denominado *pater* e detinha sobre os outros, mulheres, crianças e servos, o poder limitador e intimidador. Assim, Gonçalves (2021, p.15) aduz:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

As diferenças entre os gêneros iam além: apenas os homens poderiam deter bens e herdar a posição de *pater família*. Já a mulher, segundo Venosa (2017), não poderia deter bens ou herdá-los e, ao casar-se, deixava de integrar sua família e passava a ser parte da família de seu esposo, devendo obediência aos novos costumes, deuses e, conseqüentemente, ao novo *pater família*.

Este conceito de família apenas foi alterado com o Direito Canônico e a introdução da família cristã. Assim, a família adota questões morais e espirituais como seu cerne e, ligando-se a instituição religiosa, restringe a autoridade do *pater*.

Segundo Gonçalves (2021) o direito canônico regia com exclusividade as relações familiares, sendo o casamento religioso o único conhecido e aceito socialmente. Entretanto, no tocante ao poder familiar e aos bens, o direito romano ainda exercia grande influência.

Desta forma, por muito tempo os conceitos de afeto permaneceram alheios ao direito familiar, o casamento, segundo Venosa (2017), se demonstrava como o único vínculo capaz de gerar nova família. Entretanto, esta família ainda se guiava por princípios do patriarcalismo e da submissão feminina.

Segundo Barreto (2013), somente com o advento da revolução francesa que o direito inspira os ares do afeto, valorizando a convivência entre os membros e a criação de um ambiente onde a realização pessoal é parte do objetivo familiar.

Neste sentido, o Código Civil de 1916, e as leis posteriores, regulavam a família constituída exclusivamente pelo casamento, ainda alicerçada no modelo patriarcal e hierárquico do medievo. As uniões, e proles, havidas fora do matrimônio eram

consideradas ilegítimas e não detentoras de direitos. Como pontua Venosa (2017, p. 22):

Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado, preocupado apenas com o individualismo e o patrimônio.

Diversos são os exemplos destes pensamentos retrógrados como a indissolubilidade do casamento, a capacidade relativa da mulher, o art. 233 que tornava o homem o único chefe da sociedade conjugal, a função de simples colaboradora da mulher pelo art. 240 do referido código.

Como relata Barreto (2013), diversos avanços neste campo, fruto de constantes lutas sociais, surgiram anos depois. A exemplos, temos a Lei nº 883/49, que trata da ação de reconhecimento de filhos ilegítimos e criou a igualdade de direitos da prole independente da natureza da filiação, a Lei nº 4121/62, que regulamentou o Estatuto da Mulher Casada e revogou diversos dispositivos do Código Civil de 1916 buscando igualar os direitos da mulher na relação familiar, a Emenda Constitucional nº 09 da Constituição Federal de 1967 e a Lei nº 6515/77, que tratavam do divórcio e suas repercussões, e, por fim, a Lei nº 6697/79, que regulou o Código dos Menores onde se positivou o dever de assistência, proteção e vigilância aos menores.

Por fim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito familiar passa por uma nova reformulação, trazendo o afeto e a igualdade como base da nova dinâmica familiar.

Conforme Venosa (2017) relata diversos avanços de direitos sociais ocorreram na principiologia da seara familiar como a inserção da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre cônjuges e companheiros, do reconhecimento da união estável, da igualdade entre filhos, da paternidade responsável e do planejamento familiar. Entretanto, segundo o autor, o Código Civil de 2002 nasce repetindo o feito de seu antecessor: baseou-se no modelo patriarcal ao invés de buscar compreender e regular as novas dinâmicas familiares.

Assim, não há de se estranhar a presença de figuras jurídicas e termos arcaicos e similares ao seu predecessor. Entretanto, não haveria como ser diferente uma vez que o Código Civil deriva de um Projeto de Lei de 1984. Felizmente, a jurisprudência

e doutrina atual entendem que a família positivada no Código Civil é apenas uma das diversas entidades familiares possíveis no nosso ordenamento.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Sabe-se que a compreensão quanto à natureza jurídica do casamento, para a vivência civil, pouco faz diferença pois não gera influências diretas no cotidiano, entretanto, para o jurista, este conhecimento deve guiar e alterar a interpretação da letra da lei. Deste modo, pontuam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 137) ao dizer que “Afirmar a natureza jurídica de algo é, em linguagem simples, responder à pergunta: “o que é isso para o Direito?””.

Tal como pontua Pereira (2021), a discussão quanto à natureza jurídica apresenta-se como evolução histórica do tratamento da lei para o casamento. Atualmente, o direito possui três teorias de maior influência: a de natureza institucional, a de natureza contratual e a de natureza mista ou eclética.

2.2.1 Teoria Da Natureza Contratual

A teoria contratual surge com o Código de Napoleão e, segundo Gonçalves (2021, p. 19), ela “considerava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes”. Assim, como outros frutos da revolução francesa, esta teoria é uma contradição ao caráter religioso que o casamento possuía e, por tanto, não seria necessário a intervenção de terceiros, a igreja, para dirimir os causos do casamento.

Para esta teoria, o casamento é apenas um mero contrato devendo se aplicar as normas comuns aos contratos civis. Deste modo, o consentimento seria elemento essencial para a formação e, sendo contrato, poderia se resolver por distrato mutuamente consentido.

Há ainda outra corrente, também contratualista, mais recente. Esta corrente, criada por Silvio Rodrigues, considera o casamento como um contrato de direito de família que tem por intuito unir os nubentes, em conformidade com a lei, para regular as relações sexuais, cuidados da prole comum e prestar mutua assistência. Esta teoria, como aponta Tartuce (2019), é adotada pelo Código Civil Português expressamente.

2.2.2 Teoria Da Natureza Institucional

Para a teoria da natureza institucional, o casamento se apresenta como uma instituição social, rejeitando a faceta negocial, pois ele carrega forte carga moral e religiosa. Assim, o casamento é um sinônimo do matrimônio, pois se vincula a um ato sagrado.

Para Venosa (2017), esta teoria se apresenta pela visão da vida comum entre o casal onde, com a análise dos direitos e deveres inerentes a cada cônjuge ou companheiro, percebe-se uma adesão a uma estrutura normativa pré-disposta na lei. Assim, esta teoria se baseia muito mais em uma análise sociológica que jurídica. Gonçalves (2021, p. 19) vai além ao dizer que:

o casamento é uma “instituição social”, no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador. Na lição de Planiol e Ripert, atribuir ao casamento o caráter de instituição significa afirmar que ele constitui um conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo ao qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, pois, uma vez dada referida adesão, a vontade dos cônjuges torna-se impotente e os efeitos da instituição produzem-se automaticamente.

Assim, de fato, a adesão a instituição ocorre da vontade dos contraentes, mas suas vontades se limitariam a isso, a forma, as normas e efeitos do casamento são decorrentes da autoridade imutável da lei. Sob esta ótica, por não ser um simples contrato, o casamento possui um regramento mais rígido que não pode ser alterado pela simples vontade das partes, há a necessidade da intervenção estatal para que se permita alterar pontos do tema.

2.2.3 Teoria Da Natureza Mista Ou Eclética

Para esta corrente, que é a mais aceita na doutrina e jurisprudência contemporânea, o casamento é um ato complexo, com duas facetas que correspondem a ambas outras teorias. Assim, trata-se de um contrato especial do direito de família, pois não possui a mesma finalidade patrimonial que é característica dos contratos em geral.

Segundo Tartuce (2019), o casamento é um contrato quanto à sua formação e uma instituição quanto ao estado de casado. Assim, o casamento é um “negócio

jurídico bilateral *sui generis*, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição.” (TARTUCE, 2019, p. 89).

Deste modo, Gonçalves (2021) esclarece possíveis dúvidas ao ressaltar que a autonomia dos cônjuges se faz presente na liberdade para casar, ou não, e na escolha, por meio de pacto antenupcial, do regime de bens que vigorará na união. Entretanto, após casados, os cônjuges aderem a um modelo social de conduta pré-determinado pelo ordenamento jurídico e pelos costumes da sociedade.

Sob esta ótica, devemos ressaltar, ainda, que a principal diferença entre esta e a natureza institucional reside no pacto antenupcial pois, conforme artigo 1.655 do Código Civil de 2002, “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.” (BRASIL, 2002). Assim, os nubentes possuem a autonomia para pactuar sobre temas correlatos ao casamento que se farão lei dentro da relação, salvo se uma destas cláusulas for contrária a disposição legal.

2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL

Ao estudarmos o Direito como um todo, percebemos que há muito se superou a ideia de que ao jurista caberia apenas a mera aplicação da lei e que apenas a lei seca seria fonte para decisões no tribunal. Segundo à Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 4º, temos que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942). Ou seja, o Direito se interessa com o estudo das normas, princípios, costumes e casos antigos para usar-se de analogias. Assim, ao Direito de Família, cabe o estudo de normas embasadas em princípios garantidos na Constituição Federal e também de costumes como será analisado posteriormente.

Para falarmos dos princípios relativos ao direito familiar necessitamos entender, inicialmente, que não há consenso sobre o tema. Uma vez que não cabe ao legislador e nem à lei positivar os princípios, resta aos doutrinadores selecionar, explicar, categorizar e ordena-los visando alcançar a função social, os bens tutelados pela norma em análise e prever possíveis colisões entre princípios do tema ou do ordenamento como um todo (PEREIRA, 2021).

Assim, analisaremos a principiologia de Gagliano e Pamplona Filho (2019), que será analisada a seguir, onde os autores selecionam dez princípios como base compreensiva, sem prejuízo a princípios incidentais no caso concreto, divididos em

dois grupos: os princípios gerais aplicáveis ao Direito e os princípios especiais peculiares ao Direito de Família. Ao primeiro grupo reservam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao retrocesso. Já para o outro, temos a afetividade, a solidariedade familiar, a proteção ao idoso, a função social da família, a plena proteção à criança e ao adolescente, a convivência familiar e a intervenção mínima do Estado.

2.3.1 Dignidade Da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está calcada no artigo 1º, inciso III, da Magna Carta sendo, assim, pilar fundamental de todo o ordenamento jurídico de nossa nação. Não há como pensarmos em ideais de justiça, igualdade e democracia sem incluir este princípio que possui grande valor ético. Em outras palavras, qualquer concepção ou ato que não respeite a existência deste princípio é contrário ao nosso Direito atual (PEREIRA, 2021).

Desta forma, percebe-se a importância e relevância que este princípio possui em nosso ordenamento, entretanto, como mostram Gagliano e Pamplona Filho (2019), não há consenso sobre sua definição pois o mesmo adquiriu status de conceito primitivo, sendo impossível conceitua-lo precisamente, assim resta aos doutrinadores apontar algumas de suas características, nos casos práticos.

Sob esta ótica, entendermos como surge a dignidade da pessoa humana como princípio nos permitirá tangenciar seu sentido e sua aplicação no Direito de Família. Como preleciona Pereira (2021) a dignidade da pessoa humana surge através da análise da filosofia kantiana em sua busca para demonstrar que cada homem possui um valor intrínseco ao ser humano. Assim, temos:

Kant afirma de forma inovadora que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para a ação de outrem. [...] É que, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade. (PEREIRA, p. 170).

Sob este viés, podemos aferir que este princípio está devidamente integrado e, obedecido, pelo ordenamento civilista? Não, como observam Pereira (2021) e Gagliano e Pamplona Filho (2019), ao demonstrar situações e erros em que o atual

código apresenta, como o a exclusão de entidades familiares poligâmicas e na exclusão da união homoafetiva da proteção legal. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal (STF), aplicadores do direito e doutrinadores realizam interpretações da norma buscando estender seu alcance e proteção as famílias deixadas a margem do direito pelo Código Civil de 2002.

2.3.2 Princípio Da Igualdade

O princípio da igualdade, analisado pela ótica do direito familiar, remete a diversos temas vencidos, ou não, pelo Direito. Está consagrado em diversos pontos do ordenamento pátrio, como nos artigos 5º, I e 226, §5º da Constituição Federal de 1988 e artigos 1.511 e 1.565 do Código Civil de 2002, e se traduz como a igualdade entre as partes nas relações pessoais, seja em seus direitos ou deveres. Como pontua Pereira (2021, p. 179): “Para isso, devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro.”.

Este princípio deve ultrapassar às limitações verbais e se implementar no amago da sociedade e da análise jurídica. Ora, como podemos clamar possuir um ordenamento igualitário se dentro deste diferenciarmos o papel do pai e da mãe com base apenas em seu gênero? Como fazê-lo quando dizemos que a família apenas é constituída se houver um homem e uma mulher, lançando a existência de famílias LGBTQIA+ às margens do direito? A revolução feita pelos legisladores constituintes é bem quista, mas ainda há um grande percurso a ser enfrentado pela sociedade para que a lei seja uma representação real de sua sociedade (PEREIRA, 2021).

2.3.3 Princípio Da Vedação Ao Retrocesso

A vedação ao retrocesso é um princípio de fundamental importância para o direito familiar uma vez que a mesma pode alterar a interpretação, sobre a aplicação da lei no tempo, que a LINDB nos informa. Assim corroboram Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 106) “Desenvolvido genialmente por J. J. GOMES CANOTILHO, esse superior princípio traduz a ideia de que uma lei posterior não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrada.”.

Deste modo, poderíamos supor que a lei civil se aplica de forma análoga à lei penal¹? Não, ainda que ambos ramos possuam um princípio homônimo, o sentido deste para o direito familiar está ligado ao entendimento de que a lei apenas poderá revogar uma lei anterior caso esteja expressa a revogação ou trate do mesmo assunto.

Neste sentido, como apontam Gagliano e Pamplona Filho (2019) este princípio impede a revogação e perda de direitos nas Uniões Estáveis, que é regido pela Lei 9.278/96, com a promulgação do Código Civil de 2002, já que o códex apenas tangencia o tema, mas não revoga expressamente a outra lei. Ainda sob esta ótica, o autor também cita as alterações no divórcio, suprimindo a necessidade de separação judicial, onde, por força deste princípio, a aplicação e interpretação de qualquer lei infraconstitucional não poderá exigir o cumprimento da separação judicial para concessão de divórcio sob pena de ser considerado um ato nulo.

2.3.4 Princípio Da Afetividade

O princípio da afetividade não busca definir o amor ou o que seria o afeto, mas sim guiar a função social do Direito de Família: a defesa da relação harmoniosa onde o afeto se demonstre supremo. É um dos principais motores que provocam alterações no Direito de Família na contemporaneidade, como aduz Pereira (2021, p. 188) ao dizer que “O afeto para o Direito de Família não se traduz apenas como um sentimento, mas como uma ação, uma conduta. É o cuidado, a proteção e a assistência na família parental e conjugal.”.

Este princípio ganhou força normativa quando as famílias passaram a ser formadas pelo afeto e não mais por interesses financeiros ou sociais. Para Pereira (2021) é quando a família se torna o *locus* do amor que ela passa a ser o núcleo formador e estruturante do sujeito e deixa de ser mero instruidor.

Mesmo não sendo exposto na Magna Carta, este princípio está presente guiando diversos outros princípios e regramentos, como aduzem Gagliano e Pamplona Filho (2019), como a igualdade entre a prole sanguínea e afetiva, o reconhecimento de arranjos familiares diversos aos positivados, nas obrigações

¹ Para efeitos penais, a lei de condenação do crime deve ser aquela vigente ao tempo do crime, salvo se a lei posterior for mais favorável que a lei anterior. Em outras palavras, a lei posterior mais grave não retroage no tempo.

derivadas da filiação, a proteção e auxílio na inserção do menor em família substituta, nas decisões de guarda e diversos outros que poderiam ser elencados.

2.3.5 Princípio Da Reciprocidade

O princípio da reciprocidade é reconhecido como a amalgama dos princípios da solidariedade familiar, proteção ao idoso e a plena proteção à criança e ao adolescente. Estes princípios encontram-se intimamente interligados, uma vez que derivam da afetividade e da dignidade da pessoa humana. A solidariedade familiar preleciona que, nas relações familiares, os seus integrantes devem assistir uns aos outros material, moral e espiritualmente, resguardados os direitos individuais, reciprocamente.

Durante a infância e a adolescência, o menor goza de plena proteção e prioridade em seu tratamento, seus direitos estão resguardados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Assim, os pais devem zelar e fornecer aos filhos o acesso a “Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude devem ser observadas rigorosamente.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2019, p.122). Além disso, a inobservância a este princípio e regras relativas, pode resultar na destituição do poder familiar dos pais ou de quem tenha a guarda do menor.

Ao alcançar a senilidade é direito dos idosos de desfrutar deste período da sua vida com dignidade e respeito, trata-se da inversão de papéis, e as crianças que eram cuidadas e protegidas agora devem cuidar e proteger os seus genitores e os genitores deles.

Este princípio, como apontam Gagliano e Pamplona Filho (2019), é consequência natural da inversão da pirâmide etária do Brasil e visa proteger uma parcela da sociedade que tende a crescer cada vez mais. Assim, os direitos dos idosos estão resguardados no Estatuto do Idoso que, junto a solidariedade familiar, delega os cuidados deles aos seus familiares, solidariamente.

2.3.6 Princípio Da Função Social Da Família E A Convivência Familiar

Para Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 120), a função social da família: “[...] significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização

do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um.”. Assim, este princípio se traduz como sumário das principais funções da família: uma vez que a família é o espaço ideal para que os ideais e anseios do ser sejam criados, descobertos e incentivados, ela deve, pautando-se em características dos princípios supracitados, conceder o apoio necessário para seu desenvolvimento, ressaltando apenas aqueles que para sua existência seja necessário que outro abdique de algo intrínseco a si.

Entendendo que a família deve ser entendida como um meio para as realizações pessoais, o princípio da convivência familiar deriva de breve análise lógica da principiologia apresentada. Ora, se a família é o meio eudemonista e os pais tem o dever de zelar pelos filhos em diversos aspectos, a regra deve ser de que todos coabitem e convivam no mesmo lar. Assim coaduna o ECA, em seu artigo 4º, ao transcrever o texto constitucional do artigo 227, *in verbis*:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Além disso, este princípio também é observado durante o divórcio, uma vez que o art. 1.584, § 2º, do Código Civil, determina que a guarda compartilhada dos menores seja a regra. Assim, a guarda unilateral é a exceção e deve somente ser aplicado quando um dos pais não estiver apto a possuir a guarda ou quando expressar a renúncia ao direito da guarda.

2.3.7 Princípio Da Intervenção Mínima Do Estado

Este princípio surge com a revolução constitucional pós período ditatorial, com o fim deste período o Estado deixa de ser uma entidade opressora e passa a ser uma entidade provedora e assistencialista (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2019).

Neste viés, não cabe ao Estado positivar todos os sentidos do direito familiar ultrapassando a base socioafetiva da família. Como aduz Pereira (2021), cabe ao mesmo apenas tutelar as garantias e requisitos, desde que não contrarie a dignidade humana ou a afetividade, para o convívio harmonioso e pacífico dos familiares.

Deste modo, não podemos considerar o rol de entidades familiares expostas na Magna Carta, em seu artigo 226, como taxativo, o mesmo deve ser analisado pela

ótica de um rol exemplificativo, mesmo que os legisladores e alguns aplicadores ainda considerem o contrário.

Há também posicionamento doutrinário em sentido de este princípio deve ser invocado para impedir a promulgação de leis que visem regulamentar regramentos gerais ou resolver questões doutrinárias e jurisprudenciais clássicas. Este posicionamento não deve ser abraçado pelo o jurista uma vez que os princípios devem analisar a lei, trazendo a interpretação mais favorável a sociedade. Assim, o princípio não deve impedir o legislador de atuar em situação que não contraria preceito constitucional ou que acarrete nulidade formal.

Desta feita, questiona-se a razão pela qual se entende que este princípio não pode impedir a atuação legislativa, mas pode, por exemplo, tornar o artigo 226, da Magna Carta, um rol exemplificativo. A questão quanto ao artigo 226 é válida pois não se analisa apenas pela intervenção mínima do Estado, mas também porque a exclusão de outras formas de entidades familiares do ordenamento jurídico acarreta na violação à indignidade da pessoa humana e ao princípio da afetividade. Além disso, por se tratar de artigo constitucional originário, não é possível o controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, sendo necessário, portanto, a alteração do sentido aplicado nas decisões judiciais até que seja feita uma emenda constitucional para alterar o texto da Magna Carta.

Por fim, analisar que este princípio exclui os casos do direito familiar da apreciação estatal é um erro que não podemos incorrer. O estado não deve ter o condão para ditar qual família é correta ou não, mas não podemos excluir de sua apreciação lesão ou ameaça a direitos e interesses de qualquer membro da relação familiar.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Analizadas as bases das relações familiares, compreendendo sua principiologia e dogmática, faz-se necessário discutir sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro e sua correlação com o direito familiar. Apesar de a responsabilidade civil ser prevista dentro do Direito das Obrigações, o ordenamento jurídico deve ser interpretado pelo viés sistemático devendo sempre haver a análise da possibilidade de uma única ação gerar repercussões em diversas searas do direito.

Neste entendimento, o Código Civil brasileiro, nos arts. 186 a 188 e 927 a 943, estabelece as normas basilares sobre a responsabilidade civil. Nesta temática, a regra geral do tema está inscrita no art. 927, que por sua vez referência aos arts. 186 e 187 que nos trazem a definição dos atos que geram o dever de reparar assim, temos:

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

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

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

Art. 187. 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. (BRASIL, 2002).

Deste modo, o ato ilícito está presente sempre que através de uma ação ou omissão voluntária (com dolo), negligência ou imprudência (com culpa), ou por exercício de direito além dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, se gerar uma violação de direito ou lesão ao seu titular, que pode ser de cunho moral, material ou existencial.

Com base nesta definição, é possível concluir que o Código Civil não busca castigar o causador do dano, como a seara penal faz, mas sim reparar o dano injustamente sofrido pela vítima, uma vez que o seu foco está no dano (GONÇALVES, 2019). Além disso, torna-se cristalino que o código adota a culpa *lato sensu* para o dever de indenizar, fato que será abordado e estudado adiante.

Deste modo, o presente capítulo busca compreender o instituto da responsabilidade civil, a diferença entre a responsabilidade objetiva e subjetiva e, através do princípio da reciprocidade e confiança, a sua aplicação na temática do adultério.

3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL, MATERIAL E EXISTENCIAL

A responsabilidade civil, segundo Pereira (2021, p. 109) “pode ser entendida como a obrigação de reparar o dano, ou ressarcir-lo como consequência da ofensa ou violação do direito.”. Trata-se de uma ofensa à ordem jurídica e está positivada nos arts. 186 a 188 e 927 a 943 do Código Civil.

Assim, como aduzem Gagliano e Pamplona Filho (2021), a responsabilidade civil possui 3 elementos fundamentais necessários para sua caracterização: uma conduta humana, comissiva ou omissiva, ilícita, como regra, ou lícita, exceção; a existência de dano, que é uma violação a direito juridicamente tutelado, patrimonial, moral ou existencial, e o nexo de causalidade, que vincule a conduta humana ao dano existente.

Deste modo, em consonância com o ordenamento e com as jurisprudências, o dano se apresenta, principalmente, em 3 formas: moral, material e o dano existencial. Ressalta-se que todas podem ser aplicadas conjuntamente sem que incorramos em *bis in idem* pois, como dito anteriormente, uma única ação, ou omissão, é capaz de gerar diversos resultados e, por consequência, gera o dever de reparar cada um deles. Assim, para compreendermos as bases do direito obrigacional, analisaremos os conceitos de ato comissivo e omissivo, do dano, do nexo de causalidade.

3.1.1 Da Ação Comissiva Ou Omissiva

O Ato comissivo ou omissivo deve ser entendido como um fato jurídico, em sentido amplo, sendo, portanto, todo acontecimento que seja considerado relevante para o ordenamento jurídico. Assim, os fatos jurídicos, para Gonçalves (2019), se dividem em naturais, que decorrem de casos da própria natureza podendo ser ordinários (nascimento, morte, decurso do tempo) e extraordinários (terremotos, deslizamentos de terra e outros que se enquadrem como caso fortuito e força maior), e em humanos, que são os atos lícitos e ilícitos.

Os atos lícitos são deferidos pela lei com efeitos desejados pelo agente e se dividem em ato jurídico, em sentido estrito, negócio jurídico e ato-fato jurídico, sendo necessária a manifestação da vontade para a sua existência. Já os atos ilícitos são os

praticados com infração à predeterminação legal de não violar direito alheio ou causar-lhes dano e geram a obrigação de indenizar o prejuízo causado (GONÇALVES, 2019).

Assim, compreendido a natureza dos atos, deve-se compreender, através da análise sistêmica dos artigos. 927 a 943 do Código Civil de 2002, que a responsabilidade de reparar o dano pode derivar de ato de agente diverso do reparador. Isto é, por análise dos referidos artigos, percebe-se que o dever de reparar surge em decorrência de atos: próprios, de terceiros que estejam sob a guarda do agente reparado, pelas coisas que lhe incube a posse ou propriedade e pelos animais que se encontrem nos mesmos termos.

Neste sentido, a responsabilidade por ato de terceiros é se expressa na responsabilidade que os pais, curadores e tutores têm pelos danos causados pelos filhos, curatelados e tutelados, os empregadores pelos atos de seus funcionários durante expediente e de educadores e hoteleiros por seus educandos e hóspedes.

Entretanto, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2021), para que ocorra a responsabilização do agente, por ato próprio ou não, é necessário que o agente cometa o ato com culpa *lato sensu*. Assim deve agir voluntariamente, “ação ou omissão voluntária” (BRASIL, 2002), ou causar dano com culpa *stricto sensu*, “negligência ou imprudência” (BRASIL, 2002). Para o nosso ordenamento jurídico, não há necessidade de diferenciar o quão culpado o agente foi, culpa grave, leve e levíssima, para que se gere o dever de indenizar, entretanto cabe a vítima, em regra, comprovar a ação dolosa, voluntária e intencionada, ou culposa, por falta de diligência no cumprimento de um direito.

3.1.2 Do Dano

Sendo o cerne da reparação civil, o dano deve ser comprovado cabalmente para que haja o dever de reparar. Assim, Gonçalves (2019, p.23), em análise ao art. 186, aduz que “ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”.

Desta forma, compreendida sua importância, Gagliano e Pamplona Filho (2021) aduzem que o dano é uma lesão a interesse juridicamente tutelado. Além disso, temos que “neste conceito, que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles

representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p. 82).

Há de se consignar que, ao contrário do direito penal onde temos os delitos e os danos claramente tipificados, e garantia constitucional que proíbe a condenação por crime não tipificado em lei, o direito civil permite a condenação em reparação civil em casos por analogia e usos e costumes, desde que não contrarie o regramento geral positivado no ordenamento. Neste sentido, a doutrina tradicional classifica o dano em dano patrimonial e moral, ou extrapatrimonial, entretanto, derivando de julgados e inovações no campo doutrinário, temos outras classificações de dano como o dano existencial, estético e biológico.

Sob esta ótica, o dano material, ou patrimonial, é citado no artigo 186, entretanto, sua definição se apresenta apenas no art. 402, ambos do Código Civil de 2002. Por esta definição, ele afeta a esfera financeira da pessoa se dividindo em dano emergente, que é o valor efetivamente prejudicado, e lucro cessante, o que deixou de razoavelmente ganhar. É a espécie de dano de comprovação mais simples por se tratar de conceito legalmente previsto e de objeto materialmente analisável.

Já quanto aos danos extrapatrimoniais, que se subdividem em danos morais, estéticos, biológicos e existenciais, estão resguardados no art.5, X, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Assim, como denota Bebbber (2009), os danos extrapatrimoniais não se encontram aglutinados em uma sequência no nosso ordenamento, sendo necessário buscar sua fundamentação em artigos esparsos pelo código e depreender sua existência através da análise das permissões e proibições presentes. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, (2021, p. 90), temos:

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade), havendo quem entenda, como o culto PAULO LUIZ NETTO LÔBO, que “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade”.

Desta forma, denota-se que o dano extrapatrimonial compreende uma gama de tutelas jurídicas violáveis pelo ato ilícito, entretanto, como demonstrado no trecho supracitado, não há pacificação doutrinária sobre sua extensão. Nota-se que há um consenso quanto a existência e limitação do dano moral, mas há grande debate em relação a outras formas de dano o que, para Gagliano e Pamplona Filho (2021), abre espaços para a criação e discussão de diversos danos e reparações, que seria potencialmente uma torre de babel de novas modalidades.

Sob esta divisão, o dano moral, segundo Gonçalves (2019), se configura pela existência de danos a personalidade, como a honra, a dignidade, a imagem, o bom nome e outros bens extrapatrimoniais ligados a imagem social do indivíduo. Assim, este dano costuma ter como reflexo a tristeza, o vexame e a humilhação pública. Doutrinariamente, há consenso em que o rol de danos existentes em nosso ordenamento jurídico é apenas exemplificativo devendo, o julgador, se guiar pelos princípios e regramentos gerais existentes para dirimir o dano extrapatrimonial dos meros incômodos e aborrecimentos do cotidiano.

O dano estético deriva de entendimento jurisprudencial e foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (STJ, 2009, *online*). Esta espécie de dano consiste na lesão à saúde ou a integridade física que resulte em constrangimento ou debilidades, aparentes ou não, como cicatrizes, sequelas, deformidades ou outros problemas que causem mal estar ou insatisfação pessoal.

Por fim, o dano existencial, para Gagliano e Pamplona Filho (2019), consiste na violação a um projeto pessoal, que cause o esgotamento do sentido existencial para o indivíduo como perdas de relações sociais, familiares ou afetivas, que gera impedimentos ao sujeito de se comportar ou agir de acordo com seus sentimentos. Deve-se ressaltar que não há previsão legal específica para o mesmo, sendo sua conceituação derivada de uma decisão jurisprudencial.

Para Soares (2009), existem 4 elementos que caracterizariam o dano existencial: o não poder mais fazer, em razão de conduta alheia, ação do seu cotidiano; ter que fazer diferente, onde a vítima deve passar por um processo de readaptação ou reabilitação para que possa seguir com sua vida; ter que fazer o que não precisava antes, onde o lesado deverá incorporar obrigatoriamente outras atividades a sua rotina; e, por fim, ter que realizar atos de sua rotina com auxílio de terceiro, permanente ou por período temporário.

3.1.3 Do Nexo De Causalidade

O nexo de causalidade é o vínculo existente entre o dano e a ação causadora, sua existência e conceituação é importante pois, caso não se o faça, poderíamos encontrar como causa para todo e qualquer ato o nascimento da própria vítima ou a criação do universo. Assim, as teorias quanto ao nexo buscam reduzir ao máximo as possibilidades entre o dano e o causador do ato uma vez que, como dito anteriormente, o ordenamento jurídico busca reparar o dano através da responsabilização do seu causador. Assim, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2021), temos como teorias principais a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), da causalidade adequada e da causalidade direta ou imediata.

A primeira teoria é adotada pelo Código Penal, em seu art. 13, onde temos que todos os atos anteriores essenciais ao dano são considerados como causadores dele. Em outras palavras, se um ato é removido do plano de existência e o dano deixa de existir, este ato é causador do dano e o seu agente atuante possuiria o dever de indenizar a vítima. Assim, Gonçalves (2019, p. 140) nos exemplifica “por exemplo, [...] o nascimento de uma pessoa não pode, absolutamente, ser tido como causa do acidente de que foi vítima, embora possa ser havido como condição *sine qua non* do evento”. Sua principal crítica se aloja no fato de que a condição *sine qua non* pode ser produzida por diversos atos ou fatos anteriores, o que dificulta a identificação do real responsável pelo prejuízo.

Já quanto a segunda teoria, é necessário que, além da existência anterior presente na primeira teoria, seja feito um juízo de probabilidade entre a causa e o efeito gerado. Neste sentido, seria necessário que o julgador analisasse se a causa possui aptidão efetiva para causar o resultado. Assim, Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 147 e 148), demonstram a principal diferença desta teoria:

Nessa linha, se o agente saca a arma e dispara o projétil, matando o seu desafeto, seria considerado causa, não apenas o disparo, mas também a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora pela indústria etc., o que envolveria, absurdamente, um número ilimitado de agentes na situação de ilicitude¹⁸⁹. Já a última, considera como causa do dano apenas pelo antecedente fático que, ligado pela necessidade ao resultado danoso, determina o último como consequência sua, direta ou imediata.

Na hipótese do disparo por arma de fogo, mencionado acima, a compra da arma e a sua fabricação não seriam “causas adequadas” para a efetivação do evento morte.

Assim, esta teoria se demonstra mais racional que a anterior, entretanto, esta recebe diversas análises críticas que derivam do fato que a análise probabilística deve ser feita pelo juiz retirando, por consequência, o nexos causal do âmbito objetivo para o campo subjetivo na apreciação judicial.

Já a última, que é adotada pelo ordenamento civilista brasileiro, considera como causa do dano apenas o antecedente fático que, ligado pela necessidade ao resultado danoso, determina o último como consequência sua, direta ou imediata.

Nas teorias anteriores, nota-se que não há diferenciação no tratamento para múltiplos atos que, possivelmente, sejam a causa do dano assim independe se foram atos sucessivos ou simultâneos, ambas receberão aplicação análoga. Para esta teoria, existem dois tratamentos distintos: quando se tratar de atos simultâneos necessários para a produção do resultado, como múltiplos agentes causando o ato, todos são responsáveis pela reparação e quando se tratar de atos sucessivos o ato superveniente, que causar o efeito danoso, rompe com o nexos causal entre os anteriores e o dano, ainda que subsista a possibilidade de responsabilizar os outros atos pelo dano que causaram. Esta teoria torna-se mais clara com o seguinte exemplo:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p. 150)

Assim, esta teoria demonstra elementos objetivos e suficientes para a união entre o ato e o dano causado reduzindo, assim, a possibilidade de discussão quanto ao nexos e, conseqüentemente, protelando a responsabilização e a reparação judicial.

3.2 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Após compreendermos os elementos fundamentais da teoria da responsabilidade civil, devemos compreender a distinção entre quando a responsabilidade ocorrerá objetivamente ou subjetivamente, isto é, quando ocorrerá a análise da culpa do agente para a ocorrência do dano pois, como observamos no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, existem possibilidades de responsabilização pelo dano independente da culpa do autor.

3.2.1 A Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade objetiva, inscrita no parágrafo único do artigo 927 do CC/02, é a responsabilidade que independe da culpa do agente e, em regra, ocorre em razão da teoria do risco da atividade ou por caracterização legal. Dentro do ordenamento civil familiar, não encontramos casos de responsabilidade civil objetiva entre os integrantes da família pois não encontramos nesta seara a previsão legal e não há riscos envolvidos no cotidiano familiar comum. A compreensão da caracterização legal é clara quando observamos o art. 932 do Código Civil, que possui um rol exemplificativo de responsabilidades objetivas, entretanto, quanto à teoria do risco da atividade, Gonçalves (2019, p. 21) aduz:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Assim, a teoria do risco está presente sempre que uma pessoa, em decorrência da busca de proveito pessoal, gera a possibilidade de danos a coletividade, independente da licitude da atividade, e, desta maneira, é responsável por indenizar os danos decorrentes deste risco. Insta tomar conhecimento que, ainda que se trate de responsabilidade objetiva, a lei ou o magistrado irá determinar quando esta responsabilização afastará a culpa concorrente que possa vir a existir.

3.2.2 A Responsabilidade Civil Subjetiva

Em outra vertente, temos a responsabilidade subjetiva, que depende da comprovação da culpa do agente. Esta é, em nosso ordenamento, a regra para a procedência da responsabilização civil. Sob esta ótica, Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 776 e 777) definem a culpa como “o elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente, notadamente de cuidado.”. Deste modo, percebe-se que a culpa é caracterizada pela mera ação, ou omissão, voluntária que gere um dano previsto, ou que se podia prever,

não sendo necessário comprovar a intenção ou a vontade de causar o dano, posto que havendo esta vontade estaríamos diante do dolo.

Anteriormente, analisamos que o nível da culpa para o dano não era analisado para a cominação da reparação, entretanto a constatação do nível da culpa é fator necessário na análise da equiparação entre o dano sofrido e o ato causado. Tal entendimento deriva do art. 944 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” (BRASIL, 2002).

Assim, a culpa, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2021), se divide em três níveis: a grave, onde o agente atua como se quisesse prejudicar a vítima ainda que não haja dolo, a leve, onde o agente atua com a falta da diligência esperada de um homem médio, e a levíssima, que ocorre devido à fato incomum ao padrão social médio, mas que um homem especialmente cuidadoso e atento conseguiria evitar.

Compreendido tal posicionamento, cabe distinguirmos a imprudência, a negligência e a imperícia. A primeira, segundo Gonçalves (2019), consiste na conduta positiva, da qual o agente deveria abster-se, ou em uma ação precipitada. Já a negligência consiste no oposto, sendo a conduta negativa daquele que deveria tomar as precauções necessárias, mas não o faz. Por fim, a imperícia é relativa ao desconhecimento técnico para o exercício da função ou atividade onde o autor age por desconhecimento total ou por crer possuir o conhecimento necessário para tal ato.

Outro tópico importante para a análise da responsabilidade subjetiva é a existência da culpa contratual e extracontratual. Sabemos que os contratos fazem lei entre as partes, por interpretação do sistema legal, e o seu inadimplemento pode gerar danos e prejuízos.

Neste sentido, segundo Gonçalves (2019), estaríamos diante da responsabilidade contratual quando a reparação de danos ocorre em decorrência do descumprimento do contrato, que pode se dividir entre a mora contratual e a cláusula penal, o que acarreta na reparação com fundamento nos artigos 389 e 408 do Código Civil. Já quando a reparação for genérica, com base nos arts. 186 e 927 do Código Civil, estaríamos diante da reparação extracontratual.

No caso da primeira, para Gagliano e Pamplona Filho (2021), por derivar da natureza contratual, basta que se comprove o dano e a mora da parte como nexos causais pois a culpa é presumida, uma vez que todo inadimplemento é presumido

culposo, restando ao devedor comprovar a existência de uma excludente de responsabilidade afim de elidir a ação.

Quanto a Cláusula Penal, esta se constitui como prestação aditiva para caso de descumprimento da obrigação principal, de cláusula especial ou mora. Quando esta cláusula está presente no contrato, não há necessidade de comprovação do dano apenas do descumprimento.

Já a culpa extracontratual, por ser genérica, depende da análise e comprovação de todos os elementos da responsabilidade civil, o ato ilícito, o nexo causal e o dano. Com fulcro no ordenamento processual, caberá a quem alegar o dano comprovar sua existência dentro do processo.

3.3 DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE E DA CONFIANÇA

Compreendida a base da responsabilidade civil, cabe analisar os princípios do direito familiar que podem acarretar na fundamentação para uma reparação civil no âmbito familiar. Deste modo, devemos analisar, novamente, o princípio da reciprocidade nas relações familiares e da confiança mútua. Entretanto, antes da análise destes institutos, se faz necessário conhecer os meios lícitos de pôr a termo as relações familiares.

Sob esta temática, o Código Civil destina os arts. 1.571 a 1.582 para elencar as formas pelas quais o casamento e a união estável podem ser extintos. Assim, segundo o art. 1.571, a sociedade conjugal se encerra “I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.” (BRASIL, 2002).

Neste sentido, a separação judicial é definida pelos arts. 1.575 e 1.576 como a separação de corpos e tem como finalidade pôr termo aos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca, ao regime de bens e, conseqüentemente, sua partilha. Já o divórcio, por análise do §1º do art. 1.571, é definido como a dissolução da união conjugal.

Sabemos que, com a Emenda Constitucional 66/2010, aboliu-se o extenso processo de conversão da separação judicial em divórcio, tornando-a um instituto obsoleto. Com isso, a discussão quanto a culpa como requisito para a concessão da separação judicial não consentida, presente no art. 1.572, perdeu sua importância para as ações de dissolução do vínculo conjugal.

Entretanto, como visto anteriormente e de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2019), nota-se que a culpa não foi totalmente excluída do ordenamento jurídico familiar pois, ainda que a mesma não seja requisito para a proposição da dissolução da união conjugal, ela ainda é tema discutido na busca de eventual reparação civil por danos morais, materiais e existenciais.

Além disso, as relações de filiação, relação entre o genitor e a prole, e do poder familiar, o poder-dever que os pais têm sobre os filhos de cuidado e criação, se encerram com: a morte dos pais ou dos filhos, por análise dos arts. 6º e 1635, I, do Código Civil e pela extinção do poder familiar por sentença judicial, art. 1635, V, do Código Civil. Ainda que o poder familiar não seja, de fato, um elo afetivo do direito familiar, os requisitos para a sentença de extinção são pautados em atos lesivos ao bem estar da criança e ao seu direito ao desenvolvimento sadio da infância assim, se entende que caso esta sentença seja proferida há a comprovação da inexistência do *animus familiae* e, por consequência, o fim das relações familiares.

3.3.1 O Princípio Da Reciprocidade

O princípio da reciprocidade, analisado anteriormente, compreende a união de princípios que norteiam as responsabilidades e deveres que os pais e a sociedade devem ter para com seus filhos, enquanto incapazes, e, no sentido inverso, quando os pais alcançam a senilidade, sendo possível até mesmo que o grau de parentesco direto seja relativizado para que a proteção alcance também os avós e irmãos.

Entretanto, não são apenas estes os bens tutelados para a reciprocidade no direito familiar-obrigacional. O princípio da reciprocidade também se apresenta nos vínculos conjugais, uma vez que o Código Civil dispõe que os cônjuges possuem direitos e deveres recíprocos uns para com os outros, que pode gerar o dever de indenizar em caso de descumprimento. Assim, analisaremos algumas das responsabilidades civis do direito familiar com notória expressão no direito recente: o abandono afetivo, o rompimento de relacionamento e da perda de uma chance.

A reparação por abandono afetivo se enquadra na caracterização dos danos extrapatrimoniais, visto que é possível a existência de abandono afetivo sem que ocorra o abandono material, e se enquadraria em um dano moral, existencial e psicológico. Esta reparação se baseia na existência de violação ao princípio da afetividade e do convívio parental responsável sendo, desta forma, uma discussão

axiológica. É possível a requisição em ambas as vias de filhos contra os pais, correspondente ao período de menor idade, e dos pais, idosos, contra os filhos.

Esta responsabilidade possui um *leading case* onde o filho requisitou reparação contra seu pai pela falta de afeto durante a sua menor idade após a separação dos pais e o nascimento de uma irmã, fruto de novo relacionamento. Na primeira instância a ação não logrou procedência, mas, em fase recursal, teve sua sentença reformada e foi reconhecido o dever de reparação civil pelo abandono afetivo. Do recurso, o caso alcançou a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, mas não foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal pois o Recurso Extraordinário não foi conhecido sob alegação de inexistência de violação direta à norma constitucional.

É importante ressaltar que, mesmo com decisão já proferida anteriormente, ainda encontramos pelo sistema judiciário diversas ações que buscam a reparação pelo abandono afetivo e as mais variadas decisões, de procedência total ou parcial e de improcedência. Trata-se de tema que necessita de amadurecimento doutrinário e maiores discussões para que se encontre um veredito que unifique as decisões da temática, seja ele jurisprudencial ou legal.

O segundo caso a ser analisado, de rompimento de relacionamento afetivo, é constantemente analisado e questionado pela sociedade por abranger desde as relações de namoro ao casamento e por haver a possibilidade de dor psicológica, uma vez que as relações afetivas, em regra, não são formadas com data de término definida. É nítido haver a confusão entre a dor psicológica e o dano reparável pois, ainda que o dano extrapatrimonial de caráter exclusivamente afetivo e psicológico possa gerar o dever de indenizar, devemos lembrar que o dano só existe pela derivação de um ato ilícito.

Assim, Gagliano e Pamplona Filho (2019) aduzem que, o dano extrapatrimonial por rompimento de relacionamento é dano de reparação impossível pois ninguém é obrigado a se manter em um relacionamento que não mais lhe satisfaz, uma vez que o ordenamento jurídico permite expressamente a dissolução das uniões afetivas pela declaração de vontade de apenas um dos cônjuges.

Além disso, o art. 188 do Código Civil veda a reparação civil pelo estrito cumprimento de um direito, *in verbis*: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;” (BRASIL, 2002). Deste modo, não vemos como possível a reparação civil pautada

meramente no rompimento de relacionamento sendo, portanto, necessário que ocorra algum ato associado e que este cause algum dano para outrem.

Quanto a última, a perda de uma chance, trata-se de uma tese que tem sido abraçada pela doutrina e pelos tribunais. Para esta tese, ocorre um dano, e conseqüente dever de reparar, sempre que a vítima perde a chance verossímil de obter um benefício ou evitar um prejuízo. Esta teoria se pauta nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, ambos resguardados na Magna Carta de 1988, e não há um *leading case* nos tribunais superiores para um posicionamento definitivo. Assim, teoriza-se sua aplicação no direito familiar em casos como o aborto não consensual, a ocultação de gravidez, e da prole posteriormente, do genitor ou a quem possivelmente seja (FARIAS E ROSENVALD, 2017).

3.3.2 O Princípio Da Confiança

O princípio da confiança, também chamado de boa-fé objetiva das relações familiares, está fundado na retidão, na lealdade e na consideração dos interesses da outra parte, principalmente no compartilhamento de informações a respeito do objeto ou conteúdo de relações jurídicas (PEREIRA, 2021). Assim, este princípio se traduz como o dever de honestidade e resulta de um comportamento ético esperado.

A boa-fé objetiva surge, inicialmente, com a seara contratual do direito. Entretanto, com a constitucionalização de direitos e princípios, a boa-fé objetiva transpassa o ordenamento contratualista e ascende para reger diversas outras matérias, como o direito de famílias.

Sob esta égide, a boa-fé deve ser analisada sempre que se tratar de deveres relativos ao ordenamento familiar e nas ações da seara. Segundo o art. 187 do código civil, temos que “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.” (BRASIL, 2002). Sob este aspecto, depreende-se que há o dever de indenizar pelos atos cometidos de má-fé. Neste aspecto, devemos compreender a diferença entre a boa-fé subjetiva e objetiva para que se torne cristalina a sua aplicação no direito familiar.

A boa-fé subjetiva, no entendimento de Pereira (2021), não ultrapassa o plano psicológico do agente, pois representa o que o conceito de bem significa para aquela pessoa. Assim, esta boa-fé se faz presente quando a pessoa tem plena confiança de

estar agindo corretamente e no pleno exercício de um direito, mas não o está, e, por possuir crença tão forte, não compreende que está, na verdade, cometendo um ato ilícito. Além disso, sua constatação, no plano concreto, apresenta elevado grau de complexidade e, deste modo, a lei irá definir quando esta poderá suprir o ato ilícito e gerar efeitos no plano fático, como é o caso do casamento putativo.

Já a boa-fé objetiva, conforme Pereira (2021), está relacionada ao plano das ações e omissões que o agente comete no cotidiano ou dentro de um processo. Como dito anteriormente, a boa-fé consiste em agir como o homem médio agiria de acordo com o padrão ético objetivo de honestidade, diligência e confiança, recíprocos entre os indivíduos. Desta forma, por consistir em um padrão ético objetivo, trata-se de um poder-dever onde a sua comprovação se dá pela comprovação de ato contrário ao padrão esperado do homem médio.

Neste sentido, percebemos a boa-fé objetiva nos deveres anexos ou adjacentes das condutas. Com foco no direito familiar, podemos notar a existência dela quando, ao constituir nova relação afetiva, os nubentes tem o poder-dever de informar sobre possíveis situações que levem a um casamento nulo ou anulável, ou quando, de um pedido procedente de pensão alimentícia, o cônjuge não informa ao juízo e a outra parte que constituiu nova relação afetiva ou que possui meios estáveis de arcar com o próprio sustento, buscando receber a pensão por mais tempo que o devido. Nestes moldes, percebemos que a boa-fé objetiva não possui efeito de correção de hipossuficiência, mas sim como uma escala de controle dos atos da autonomia privada.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DO ADULTÉRIO

Finda a análise quanto a responsabilidade civil, e compreendendo as bases do direito de família, cabe analisar um tema polêmico quando unimos ambas as matérias, seja por decisões que caminham em ambos sentidos ou por posicionamentos diversos na doutrina, o adultério e a possibilidade de responsabilização civil do cônjuge adúltero. Nesta temática, devemos compreender, primeiramente, o que seria o adultério e sua evolução, e a alegada decadência de importância.

Assim, o adultério, que hoje se apresenta como um termo em desuso visto que seu sentido se restringia apenas à infidelidade sexual, é conceituado como a falta para com o dever de fidelidade recíproca, que será analisado logo adiante. Entretanto, não seria toda e qualquer falta à fidelidade que configuraria o adultério, para Gonçalves (2021, p. 85), é necessária “[...] a presença de dois elementos essenciais: um, puramente material: a cópula; outro, consciente e intencional: a vontade de faltar ao dever de fidelidade. Faltando um desses elementos não haverá adultério.”. Neste sentido, é possível notar que podem haver outros dois tipos de condutas: onde há apenas o elemento carnal ou onde há apenas o elemento volitivo da conduta.

Quando tratamos dos casos onde há apenas o elemento carnal, que compreende o coito e os mais diversos atos libidinosos, trata-se de um fato atípico que não pode ser considerado adultério ou mesmo falta ao dever de fidelidade. São casos onde o cônjuge não possui controle sob o próprio corpo, por sofrer violência física, grave ameaça moral ou por emprego de substâncias psicotrópicas. São, comumente, casos onde há a ocorrência de um crime e o cônjuge é a vítima dele, como o estupro, a coação, a embriaguez involuntária e sonambulismo, por exemplo.

Já nos casos onde há apenas o elemento volitivo, temos a presença da infidelidade. Nas palavras de Pereira (2021, p. 237) “A infidelidade conjugal não se caracteriza apenas pelo contato sexual com terceiro fora da relação. A infidelidade vincula-se muito mais à deslealdade do que propriamente a uma traição sexual.”. Sob este aspecto, encontraríamos a infidelidade nos flertes, nos encontros virtuais, na troca de fotos íntimas e no *sexting*, troca de mensagens com conteúdo sexual para satisfação da lascívia. Há de se destacar que, mesmo que nem toda infidelidade seja um adultério, e falta do dever de fidelidade recíproca, a infidelidade pode se caracterizar por outro dever conjugal: o respeito e consideração mútuos.

Assim, compreendida a base do adultério, muito se discute sobre a sua perda de sentido dentro do ordenamento, bem como de todos os deveres do casamento. O adultério é tipificado no artigo 1.573, I, do Código Civil, que o elenca como uma das provas da impossibilidade da vida comum, uma das possibilidades para propositura de separação judicial.

Ocorre que, segundo Tartuce (2019), o instituto do adultério já vinha suportando desgastes desde 2005, quando o crime de adultério foi abolido do Código Penal, e com a Emenda Constitucional 66 de 2010, onde a separação judicial deixa de existir para nosso ordenamento. Portanto, o adultério perde sua função positivada em nosso ordenamento. Neste sentido, Pereira (2021, p. 235 e 236) corrobora ao afirmar que:

A traição afetiva e sexual constitui muito mais uma categoria de regra moral e religiosa do que propriamente jurídica. Isto porque a sanção correspondente à sua infração perdeu sentido, especialmente após a Emenda Constitucional nº 66/2010 que eliminou do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, em que se podia ficar buscando o culpado pelo fim do casamento³⁴. Em 2005, o adultério deixou de ser crime, com as alterações promovidas pela Lei 11.106/2005 no Código Penal.

Entretanto, como será estudado adiante, mesmo que o adultério tenha perdido a relevância que o direito clássico lhe conferia, os doutrinadores ainda divergem quanto a influência atual do adultério no nosso ordenamento, onde há corrente doutrinária que defende sua existência para caracterizar a reparação civil e outra, oposta, que o considera um instituto em constante declínio e desuso.

Desta feita, insta que analisemos a fidelidade enquanto dever do casamento, as consequências previstas no código para o cônjuge infiel e a possibilidade de reparação civil no adultério para que obtenhamos a compreensão quanto ao assunto.

4.1 A FIDELIDADE ENQUANTO DEVER PRIMORDIAL DO CASAMENTO

Em conjunto com o dever de fidelidade o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.566, o rol taxativo onde “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.” (BRASIL, 2002). Entretanto, nosso ordenamento prevê outros deveres, ou faculdades, aos cônjuges, mas, por não estarem no rol do artigo 1.566, não são incluídos nas causas para propositura de separação judicial, no *caput* do artigo 1.572 do Código Civil.

Sob esta ótica, a título informativo, podemos compreender onde se posicionam os deveres do casamento de acordo com a natureza jurídica do casamento. Como visto anteriormente, são três as teorias para a natureza jurídica do matrimônio: a vertente contratual, a vertente institucional e a vertente mista. Para a primeira, por ser um negócio jurídico, os deveres estariam inclusos no plano de eficácia do negócio jurídico, pois seriam condições para trazer o casamento a termo. Para a segunda, uma vez que o casamento é uma instituição onde os cônjuges possuem autonomia reformativa quase nula, as obrigações matrimoniais são parte integrante da instituição. Já para a última, que considera o casamento um negócio jurídico complexo e próprio do direito de família, os deveres seriam, também, parte do plano de eficácia do negócio jurídico. Desta feita, abordaremos os deveres do matrimônio e, em sequência, analisaremos o dever de fidelidade.

4.1.1 Deveres Do Matrimônio

Assim, após esta breve análise sobre os deveres do casamento, o primeiro dever que analisaremos é a vida comum, no domicílio conjugal, que decorre da união de corpo e espírito. O texto legal diz menos do que busca, já que toma emprestada a grafia do direito canônico, cabendo a doutrina dirimir sua extensão e função (VENOSA, 2017). Desta feita, encontramos fragmentações em embates doutrinários nos mais diversos sentidos quanto ao tema e, portanto, mencionaremos apenas dois casos de maior expressão: a coabitação no mesmo lar e o débito conjugal.

Para Pereira (2021) e Tartuce (2019), o dever de coabitação se encontra cada vez mais abalado pelas alterações nas dinâmicas familiares e de emprego que a sociedade vem enfrentado. Assim, o dever de coabitação requer ser analisado no caso concreto, primeiramente, sob a ótica da boa-fé, onde não ensejará abandono do lar a inexistência de coabitação justificada por motivos de relevância para o sustento conjugal. Quanto ao débito conjugal, traduzido como a obrigação de satisfação sexual entre os cônjuges, os autores discordam de sua existência como dever do matrimônio pois fere a dignidade da pessoa humana, ao forçar os cônjuges a terem relações sexuais menos quando demonstram desânimo para o ato.

Já para Venosa (2017), o dever de coabitação é imperativo, sendo raras as exceções onde sua mitigação é aceita pela jurisprudência atual. O autor avalia que o dever de coabitação compreende não apenas a habitação física, devendo haver

também a afetividade e a espiritualidade. O débito conjugal, satisfação dos impulsos sexuais dos cônjuges, é parte integrante do dever de coabitação e gera um direito de personalidade sobre o corpo do cônjuge, para justificar o débito como dever.

Conclui-se que os primeiros doutrinadores analisam o ordenamento jurídico familiar com vistas aos princípios constitucionalmente resguardados e aos novos moldes da família: o afeto como soberano. Já a segunda corrente busca analisar e interpretar o direito familiar partindo de conceitos historicamente consagrados, mantendo dogmas e posicionamentos que recuam no tempo muito além do antigo código civil, de 1916.

Quanto ao segundo dever matrimonial em análise, temos a mútua assistência, que abrange os aspectos morais e materiais. Para Farias e Rosenvald (2017), este princípio se expressa como a prestação daquilo que o outro precisa para viver, diz respeito a atenção e cuidado dedicados à pessoa do consorte. Assim, este princípio se demonstra como uma derivação do princípio da solidariedade familiar, estudado anteriormente.

No que tange ao sustento, guarda e educação dos filhos, este dever está ligado a paternidade responsável, devendo ir além de uma obrigação decorrente do matrimônio. Urge frisar que, segundo Dias (2021), este dever, por força do caput, é individual de cada cônjuge sendo, portanto, obrigação de ambos arcarem conjuntamente para as despesas de sua prole. A autora ainda afirma que, no caso de falta com este dever, quem deve arcar com o prejuízo não é o outro cônjuge, mas sim os avós, por força do artigo 1.696 do Código Civil.

Por fim, o respeito e consideração mútuos são inovadores no ordenamento jurídico. Este dever, como aduz Venosa (2017), surge com a Lei da União Estável, Lei nº 9.276/96, e ainda não possui alcance claro visto que, a igualdade entre os cônjuges e entre a prole, é princípio constitucionalmente resguardado, ao mesmo modo que também se resguardam a igualdade entre gêneros e a igualdade entre todos perante a lei, assim, este dever se apresenta como uma reprodução indireta de princípios constitucionais. É imperioso ressaltar que, como visto anteriormente e melhor explorado no próximo tópico, este dever tem sido utilizado como subsidiário ao dever de fidelidade e, portanto, não é incomum encontra-los recebendo tratamento igualitário na doutrina.

4.1.2 O Dever De Fidelidade Como Primordial

As discussões quanto a fidelidade e seus reflexos caminham pela história do direito extremamente atrelada à própria evolução da sua sociedade. Para Pereira (2021, p. 235), a fidelidade “[...] não é apenas afetiva e sexual, mas também econômica e financeira, e que está contida no conceito de lealdade. A traição afetiva e sexual constitui muito mais uma categoria de regra moral e religiosa do que propriamente jurídica.”. Neste sentido, o autor aduz que a infidelidade pode se expressar em outros sentidos além do sentido afetivo-sexual.

Já Venosa (2017, p.157) conceitua a fidelidade como “corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo.” Assim, a fidelidade é, para o autor, consequência da estrutura institucional do casamento e possui fundamentos no princípio da monogamia, que analisaremos brevemente.

Sob esta ótica, a doutrina possui consenso no sentido de que a negação ao dever de fidelidade se restringe ao adultério, conjunção carnal, e as outras formas de infidelidade são relegadas ao dever de respeito e consideração mútuos.

Entretanto, os doutrinadores diferem quanto a função prática do dever de fidelidade após a Emenda Constitucional 66 de 2010 pois, com a noção de culpa sendo afastada e a separação judicial inexistindo no ordenamento, a discussão quanto ao dever de fidelidade perde seu sentido básico. Neste sentido, Pereira (2021), aduz o dever de fidelidade possui apenas caráter estruturante, por não haver interesse, ou legitimidade, do Estado em regulamentar esta esfera da privacidade cabendo aos cônjuges, através de cláusulas inscritas no pacto antenupcial.

Sob este pensamento, Tartuce (2019) difere desta corrente pois a fidelidade não está prevista apenas como motivador da separação judicial, pela expressão de sua contradição, ela é um dever do matrimônio e não mera faculdade matrimonial. Desta forma, a culpa ainda pode ser discutida nas ações de divórcio por tratar-se de uma falta a dever legalmente imposto gerando, a possibilidade de indenizar.

Compreendido o diapasão existente, nota-se a menção a existência de um princípio da monogamia ou fidelidade. Este princípio é defendido por Pereira (2021, p. 236) ao exprimir que “Monogamia e infidelidade andam juntas e são dois lados da mesma moeda. A infidelidade tem tanto a ver com o drama de contar a verdade como

com o drama da sexualidade.”. Assim, insta que analisemos tal fato em nosso ordenamento principiológico.

Para Pereira (2021) a monogamia constitui princípio constitucional não expresso, como a proibição ao incesto, e não absoluto, que pode ser suprimido em relação a outros princípios. Assim, a monogamia é uma norma moral ou moralizante e que, como princípio, possui a função de organizar as relações jurídicas da família. Ou seja, a monogamia é um modelo de organização da família conjugal. Assim, para o autor, a negação da monogamia se exprime pela relação extraconjugal, legalmente denominada de concubinato por força do artigo 1.727 do Código Civil, paralela ao matrimônio ou união estável.

Já para Gagliano e Pamplona Filho (2019), a monogamia não seria um princípio do direito familiar pois, por mais que a fidelidade seja um valor juridicamente tutelado, a monogamia não pode ser um princípio por entrar em conflito com o princípio da mínima intervenção estatal. Nestes termos, o Estado não tem condão para obrigar a todos os casais a observância da fidelidade recíproca e, inclusive, não deve intervir tão intimamente na sociedade dizendo quando alguém deve ser perdoado pela infidelidade praticada ou quando tal conduta deve ser aceita.

Entremeando esta dualidade, denota-se a necessidade de amadurecimento da temática nas doutrinas pois, como observamos pela diversidade de posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e políticos, há uma confusão de conceitos e nomenclaturas quanto a monogamia, como princípio, e a poligamia, ou poliamor.

4.2 CONSEQUÊNCIAS PREVISTAS PELO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE ADULTERINO

Assim, compreendido os institutos dos deveres familiares e do adultério, deve-se analisar as consequências que o adultério possui pela expressão direta do ordenamento jurídico. Ressalta-se que nosso códex não destina uma sequência de artigos para tratar da temática, sendo possível encontrar menções diretas e indiretas à temática por todo o ordenamento.

Inicialmente, a principal consequência para o adultério é a possibilidade de fim da relação conjugal. Sabemos que o divórcio não requer análise de culpa e é um direito potestativo dos cônjuges, não sendo preciso a anuência ou prova de

necessidade para a sua concessão, mas percebe-se, na sociedade atual, que a traição, comumente, possui reflexos que impossibilitam a manutenção da relação.

Outro efeito do adultério é a perda do direito de uso do nome. Por análise do art.1.565, §1º, do Código Civil, pelo casamento os cônjuges adquirem o direito de acrescentar ao seu nome o sobrenome do outro. Quando ocorre o divórcio consensual ou sem causa, os cônjuges divorciados podem optar por manter seus nomes de casados, pois se entende que o nome se torna direito de personalidade. Entretanto, com fulcro nos arts. 1.572, §2º, e 1.578 do Código Civil, nota-se que o cônjuge que der causa ao divórcio poderá perder, por sentença, o direito de usar o nome do outro como uma das punições pela traição.

O terceiro efeito que encontramos no ordenamento civil, é a anulação de doações feitas pelo cônjuge adúltero ao cúmplice, por base no art. 550 do Código Civil, em até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal. Este efeito pode, ainda, ensejar em reparação por danos materiais em ação própria pois, como se depreende do art. 1.568, é dever dos cônjuges concorrer para o sustento da família e educação dos filhos, independente do regime patrimonial adotado. Assim, é possível a existência de dano material caso o casamento tenha ocorrido com a opção diversa a separação de bens, já que o cônjuge estaria ferindo com a boa-fé objetiva ao desviar finanças do lar para motivação escusa.

Por fim, o último efeito com notável relevância, está inserido na obrigação alimentar. Na constância do divórcio, considerando a vulnerabilidade social resultante pela separação de rendimentos, o ex-cônjuge pode requerer em juízo que seja concedida, as custas do outro, prestação alimentar, por força do art. 1.694 do Código Civil, necessária à manutenção de sua condição social e que, inclusive, atenda às necessidades educacionais.

Esta prestação alimentar deve ocorrer sempre que, segundo art. 1.695 do Código Civil, quem pede não puder arcar com sua manutenção e quem se reclamam puder fornecê-los sem prejuízo ao próprio sustento. Assim, deve manter este auxílio alimentar até que o cônjuge vulnerável possua condições de prover rendimentos suficientes para si (PEREIRA, 2021).

Com análise do art. 1.699 do Código Civil, é dever dos ex-cônjuges, sempre que sobrevier alteração na situação financeira, informar ao juízo cabível para que se reavalie a necessidade e, por consequência, alteração da prestação. A não

informação de alteração ou informação com dados incorretos, como visto anteriormente, fere a boa-fé objetiva, que pode ensejar em uma reparação civil.

Entretanto, com base em Tartuce (2019), caso o cônjuge dê causa a dissolução da sociedade conjugal, como no adultério, o cônjuge adúltero apenas poderá requerer os alimentos indispensáveis a sua subsistência como forma de punição pelo descumprimento ao dever conjugal e para não punir o cônjuge ofendido.

Ainda sob esta ótica, devemos ressaltar que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em decisão monocrática no Agravo em Recurso Especial Nº 1.269.166/SP, reconheceu na infidelidade virtual ofensa à dignidade do cônjuge traído e, por esta causa, havendo a dissolução da sociedade conjugal, o cônjuge adúltero não poderá pleitear a prestação de alimentos pois, para o tribunal, este incidiria na cláusula presente no art. 1.708, parágrafo único, do Código Civil de 2002, onde temos a causa de fim da obrigação de alimentar, *in verbis*: “Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.” (BRASIL, 2002).

Assim, com essa decisão, a jurisprudência quanto a matéria passa por uma grande revolução que deverá apresentar maiores reflexos em casos futuros. Deve-se destacar que se trata apenas de uma decisão monocrática, ainda não analisada pelo plenário, e, portanto, não possui condão de gerar a vinculação dentro das outras decisões no tribunal. Mas, esta mudança de entendimento, demonstra uma alteração no juízo da temática e pode significar em alterações importantes para a temática da responsabilização civil nos casos de adultério.

4.3 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ADULTÉRIO

Assim, por última análise, devemos observar quanto a possibilidade de indenização por adultério. Destarte, consigna-se que, por omissão legislativa, a doutrina e a jurisprudência se dividem na temática.

Deste modo, iniciamos a análise da temática com vistas ao Projeto de Lei nº 5716/2016, onde se propõe a inclusão de artigo no ordenamento civilista que tipifica as condutas de evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca como dano moral. Caso este projeto, que se encontra em posse da Coordenação de Comissões Permanentes (CCP) da Câmara dos Deputados Federais, venha a ser aprovado e

ingresse o ordenamento pátrio, teríamos findado as discussões quanto a possibilidade de indenização, restando analisar a possibilidade de outros danos ocorrerem visto que o projeto não evidencia exclusividade expressa.

Em contramão, encontramos na doutrina posicionamentos que negam a legalidade da propositura de projetos com este teor pelo Estado por, supostamente, afrontar o princípio da Mínima Intervenção do Estado já que o mesmo estaria regulando as relações íntimas dos cônjuges. Em que pese tal argumento, entende-se que o mesmo é vazio de sentido pois, ainda que tal projeto se torne lei, isto não gera o dever de indenizar, por si só, sendo necessário que o cônjuge traído inicie uma lide para pleitear tal reparação.

Devemos recordar que, tal projeto, apenas remove da análise onexo causal, ao criar uma responsabilidade objetiva pelo descumprimento de dever legalmente imposto. Assim, além da faculdade em realizar o pedido pela indenização, a vítima ainda teria que comprovar a existência do ato de infidelidade para que, só então, tenha o provimento do pedido de reparação. Além disso, sabe-se que o ordenamento jurídico existe para proteger o ser humano que age de acordo com o ordenamento sendo, portanto, impossível alegar proteção legal para cometer que causem dano a outrem.

Sob outro viés, a doutrina se divide entre a possibilidade de sua caracterização sendo três as correntes quanto ao tema: o cabimento pleno, o cabimento restrito e o descabimento da reparação civil em decorrência do adultério.

Para os adeptos da primeira teoria, como Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos e Inácio de Carvalho Neto, uma vez que o dever de fidelidade é expresso no código civil, a mera quebra deste dever já deve ser considerado um ato ilícito ensejador do dever de reparar (FARIAS E ROSENVALD, 2017). Esta teoria tem, constantemente, perdido forças dentro da sistemática jurídica brasileira uma vez que são constantes as decisões dos tribunais consignando requisitos ou condutas, por parte de ambos os cônjuges, para sua caracterização.

Já os defensores a segunda corrente, encontram domicílio nas doutrinas de Pereira (2021) e Tartuce (2019). Para eles, o adultério é fator de potencial dano reparável, havendo *Fumus boni iuris* na sua alegação, devendo haver a comprovação dos elementos caracterizadores da reparação, ato ilícito, dano e nexo causal. Esta tese é adotada pelos mais diversos tribunais do Brasil, a exemplo temos o Acórdão

70023479264, do TJ/RS, em 2008 que condicionou a existência da reparação a comprovação do dano e do nexo causal.

Quanto a última tese, que se encontra em progressivo desuso, defende que não há possibilidade de aplicação da reparação civil nas questões de família com base e no princípio da mínima intervenção do Estado e argumentam, segundo Pereira (2021), que tal reparação significaria na monetização do afeto. Diversas são as críticas a esta teoria como a análise da dignidade da pessoa humana, do descumprimento de deveres no código civil e, como máxima expressão, o dever de reparação ao dano moral presente na Magna Carta.

Com estas análises em mente, a segunda teoria se apresenta com o maior grau de sobriedade e maturidade jurídica. Ora, sabemos que o princípio da afetividade e da mínima intervenção estatal permitem que os cônjuges, mediante pacto antenupcial ou mero acordo verbal, discutam e resolvam questões relativas à sua intimidade sem que, necessariamente, ocorra a intervenção estatal. Desta feita, seria um erro generalizar, doutrinariamente, que a mera traição, ainda que não motivadora do divórcio ou não realmente comprovada, seja suficiente para responsabilizar.

Por fim, seriam características probatórias do dever de responsabilizar o vexame e humilhação públicos, o dano moral, o abalo psíquico comprovado, o dano material, a transmissão de doenças venéreas como dano existencial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finda a análise do tema, é possível notar a complexidade que o ordenamento familiar possui, uma vez que seus conceitos e casuísticas evoluem com o desenvolvimento da sociedade em que está inserido.

Assim, após analisar o histórico e a principiologia do casamento, percebeu-se que, em diversas doutrinas, os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da vedação ao retrocesso são fundamentais para a compreensão do ordenamento familiar em sua plenitude.

Ainda sob esta temática, a existência do princípio da fidelidade ou monogamia pôde ser analisado dentro da discussão quanto aos deveres matrimoniais. Em que pese sua relevância para embasar ações e sustentações sobre a temática, faz-se necessário o amadurecimento da temática e das discussões doutrinárias para que tal tema possua maior relevância.

Além disso, percebeu-se que, por omissão legislativa definindo o que seriam os danos passíveis de responsabilização civil, o dano é uma das áreas onde o ativismo jurídico ocorre livremente tendo, assim, diversas categorias de danos sendo reconhecidas pelos magistrados com base apenas no convencimento pessoal. Entretanto, o mesmo não pode ser observado quanto ao nexo causal, uma vez que nosso código adota, claramente, apenas uma teoria.

Por fim, observou-se que a infidelidade, como abordado, é pratica recorrente na humanidade e devido a este fator, no ordenamento brasileiro, o adultério foi abolido da esfera criminal, por análise de seu menor potencial lesivo. Entretanto, engana-se aquele que crê que o adultério foi abolido de todo o ordenamento, visto que o mesmo continua a gerar repercussões no campo civil, como gerar ação de divórcio e responsabilidade civil.

Entretanto, devido a lacuna presente na temática, nota-se grande discrepância entre decisões e posicionamentos doutrinários. Assim, tem-se como teoria majoritária que para a existência do dano indenizável é necessária a comprovação de danos além do mero descumprimento do dever de fidelidade conjugal. Consigna-se que tal posicionamento é passível de mudança uma vez que tramita no congresso o Projeto de Lei nº 5.716/2016, onde fixa o dever de indenizar pelo cometimento de atos contrários ao dever de fidelidade.

Sob esta temática, reconhecemos o argumento utilizado pelos doutrinadores, como analisado anteriormente, para negar a possibilidade legal da inserção de leis com escopo similar ao do projeto supracitado. Entretanto, concluiu-se que a existência da lei não fere a dignidade do ofensor pois, como é sabido, a lei não pode ser invocada para proteger aquele que causar danos a outrem.

Assim, a presente pesquisa obtém como resultados a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pelo adultério por duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais. Para a primeira, a indenização deve lograr êxito sempre que a infidelidade ocorrer, por quebra de dever legalmente garantido, onde nota-se a gravitação do Projeto de Lei nº 5.716/2016 para esta vertente.

Quanto a segunda, a responsabilidade civil deve ser aplicada nos casos de adultério somente pelo fato de o adultério ser ato ilícito, mas pela existência de dano diretamente relacionado ao fato. Observou-se que esta teoria possui predominância nos tribunais e possui grande recepção doutrinária.

Há de se consignar, também, a possibilidade de responsabilização por cláusula penal no matrimônio, inclusa dentro do pacto antenupcial. Esta cláusula, conhecida como cláusula de fidelidade, ainda que apresente a repetição do dever legalmente imposto, insere na relação matrimonial a segurança jurídica presente na dogmática obrigacional.

Desta feita, tornou-se clara a possibilidade de indenização em decorrência do adultério, sendo necessária a unificação de posicionamentos pelos magistrados e doutrinadores afim de alcançar a segurança jurídica para a temática. Além disso, deve-se analisar a temática sempre visando a primazia do afeto nas relações familiares, visto este ser o princípio norteador do ordenamento familiar atual.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Luciano Silva. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA. In: ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (org.). **10 anos do Código Civil**: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: Emerj, 2013. p. 205. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/seriemagistrado13.html>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais**: estético, biológico e existencial: breves considerações. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387**. Brasília. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos De Metodologia Científica**. 9. ed.-São Paulo: Atlas, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.