



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ MAURO COELHO MAIA GONÇALVES

**RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO CONJUGAL: A
VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE E APLICAÇÃO DA
TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE**

Salvador
2017

JOSÉ MAURO COELHO MAIA GONÇALVES

**RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO CONJUGAL: A
VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE E APLICAÇÃO DA
TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ermiro Ferreira Neto.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO**JOSÉ MAURO COELHO MAIA GONÇALVES****RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO CONJUGAL: A VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE E APLICAÇÃO DA TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

AGRADECIMENTOS

Precipuamente, gostaria de agradecer aos meus pais, José Antônio e Carmem Cleide, bem como ao meu irmão José Victor, haja vista que sempre estiveram presentes nos meus dias com palavras e gestos de apoio, traduzindo-se, portanto, na minha motivação diária para continuar a perseguir os meus objetivos. Agradeço também a minha madrinha Leila Maia, pois foi importante nos momentos mais críticos da execução do presente trabalho.

Agradeço também aos meus amigos, que se mantiveram firmes e compreensivos enquanto eu me ausentava por força das minhas responsabilidades. Além disso, merecem os sinceros agradecimentos todas aquelas pessoas que contribuíram das mais diversas formas, posto que independente do grau de ajuda proporcionado por elas, o mais importante foi a escolha de acreditar no meu sucesso.

Ademais, agradeço ao corpo docente da Faculdade Baiana de Direito e Gestão que são responsáveis pela minha formação profissional, bem como as experiências adquiridas no escritório JAM Gonçalves Consultoria Empresarial e o Fiedra, Britto & Ferreira Neto Advocacia Empresarial. Gostaria de agradecer em especial ao meu orientador Ermiro Ferreira Neto, que me incentivou a ser exigente com o meu trabalho de modo a aprimorá-lo cada vez mais.

“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena
acreditar no sonho que se tem
ou que os seus planos nunca vão dar certo
ou que você nunca vai ser alguém”

Renato Russo

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar responsabilidade nas relações conjugais diante da violação do dever de fidelidade recíproca, previsto no art. 1566, inciso I do Código Civil de 2002. Para tanto, serão analisadas a aplicação da responsabilidade civil no tocante ao cônjuge infiel e ao terceiro que corrobora com aquele para concretizar o ato de infidelidade. De início, o Casamento será examinado dentro do ordenamento jurídico com o intuito de auferir a sua natureza jurídica e de esmiuçar a importância dos deveres conjugais, inclusive o dever de fidelidade recíproca, na perspectiva do contexto da relação conjugal após a Emenda Constitucional número 66 do ano de 2010. Realizar-se-á uma averiguação minuciosa da responsabilidade civil aplicada nas relações familiares e os dissídios doutrinários que envolvem tal questão. Posteriormente, a responsabilização civil terá direcionamento voltado para a violação do dever de fidelidade recíproca, tanto no âmbito doutrinário como no plano das decisões dos tribunais pátrios. Logo em seguida, será abordado a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil em face do terceiro que corrobora com o cônjuge infiel na violação do dever conjugal de fidelidade recíproca. Quanto a esta ideia, o presente trabalho se incumbe de realizar uma aproximação adequada com teoria do terceiro cúmplice, nascida no direito contratual, na busca por sustentação para a responsabilidade civil do terceiro cúmplice de cônjuge infiel em face de dano causado ao cônjuge traído por força da violação do dever já mencionado. Por essa razão, é fundamental delimitar os critérios para a aproximação adequada da doutrina do terceiro cúmplice à situação do terceiro cúmplice de cônjuge infiel, averiguando a possibilidade de responsabilização deste.

Palavras-chave: Casamento, Infidelidade Conjugal, Responsabilidade Civil, Direito de Família, Teoria do Terceiro Cúmplice.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO	9
2. O CASAMENTO	13
2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO CASAMENTO	15
2.2 PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO	18
2.3 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO	22
2.3.1 Teoria Contratualista	23
2.3.2 Teoria Institucionalista	29
2.3.3 Teoria Mista	30
2.4 DEVERES CONJUGAIS	31
2.4.1 Vida em Comum no Domicílio Conjugal	34
2.4.2 Mútua Assistência	35
2.4.3 Sustento, Guarda e Educação dos Filhos	37
2.4.4 Respeito e Consideração Mútuos	38
2.4.5 Fidelidade Recíproca	39
2.4.6 Deveres conjugais e autonomia privada	41
2.5 VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS	46
3. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	53
3.1 FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	54
3.2 O FATO GERADOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA E O DISSÍDIO DOUTRINÁRIO	59
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA POR INFIDELIDADE CONJUGAL	64
3.3.1 Adultério e a sua configuração como ato Ilícito	67
3.3.2 O dano derivado da infidelidade conjugal	69
3.3.3 O nexó causal	74
3.3.4 A culpa diante da infidelidade conjugal	75
3.4 EVOLUÇÃO DO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A RELAÇÃO COM O DEVER DE FIDELIDADE	77
3.5 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÔNJUGE INFIEL	80

3.6 OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A RESPONSABILIDADE CIVIL DE CÔNJUGE INFIEL	82
3.7 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 5.716/2016	90
4. A TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE NA RELAÇÃO CONJUGAL	95
4.1 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO	95
4.2 DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE E OS SEUS FUNDAMENTOS	104
4.2.1 Fundamentos da Doutrina do Terceiro Cúmplice	108
4.2.1.1 Função Social do Contrato	108
4.2.1.2 Abuso de Direito	112
4.2.1.3 Boa-fé Objetiva	114
4.2.2 Natureza da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice	117
4.2.3 Requisitos específicos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice	119
4.3 INDÍCIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	124
4.4. NATUREZA CONTRATUAL DO CASAMENTO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL	126
5. CONCLUSÃO	141
REFERÊNCIAS	146

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a demonstrar a aplicação da responsabilidade civil na relação matrimonial em face do cônjuge que viola o dever de fidelidade recíproca por meio de adultério, bem como a possibilidade de responsabilização do terceiro que concorre com o cônjuge no cometimento do referido ato.

Em que pese a responsabilidade civil do cônjuge adúltero seja admitida por grande parte da doutrina, existe uma negativa por parte dos Tribunais pátrios superiores em relação à responsabilidade do terceiro que corrobora para a efetivação da violação do dever de fidelidade.

Logo, a presente monografia se debruça a buscar alternativas em face do *tertius* que atua em consonância com o cônjuge na prática de adultério, pois é possível que o cônjuge traído suporte um dano relativo à infidelidade cometida. Para tanto, buscou-se uma aplicação adequada da teoria do terceiro cúmplice, utilizada no âmbito contratual, a fim de construir uma alternativa para que o cônjuge traído tenha um ressarcimento do dano sofrido por força da infidelidade.

Vale ressaltar ainda que este trabalho monográfico canaliza a problemática trazida inicialmente para a figura do casamento, embora reconheça que este não é a única maneira de formação de entidade familiar. Ademais, justifica-se a restrição do tema ao relacionamento conjugal pelo fato de a responsabilidade civil nascer de ato contrário ao dever conjugal de fidelidade recíproca.

Além disso, é necessário aduzir que o estudo feito mediante trabalho monográfico está imbricado na correlação da responsabilidade civil com o dever supradito e na observância dos preenchimentos da responsabilização civil inerentes ao cônjuge infiel e o terceiro.

Entretanto, ao analisar a responsabilidade em face do terceiro diante da problemática já aduzida de início, cumpre esclarecer que há a tentativa de trazer à baila a adaptação de uma teoria formada no plano dos contratos, para desconstruir a negativa desta responsabilidade, o que é feito em decisões dos Tribunais Superiores sob a alegação de que não há norma neste sentido.

Nesta senda, tratando-se de adequação da teoria do terceiro cúmplice para aplicação no âmbito das relações conjugais violadas por meio de adultério a fim de

responsabilização do terceiro, é possível a construção de diversas respostas aptas a demonstrar fundamentações que tornem claras a possibilidade de responsabilização do *tertius* sob a lúme da teoria retromencionada.

O tema proposto no presente trabalho busca uma solução social frente à infidelidade conjugal projetada na forma de adultério, esta que vem sendo cada vez mais recorrente na sociedade e que pode gerar graves danos ao cônjuge traído, haja vista que o casamento é resultado da confluência volitiva de ambos os consortes em construir uma vida comum, sendo clara, portanto, a necessidade de aplicação da responsabilidade civil como forma de defender o intuito do casamento e reeducar aqueles que insistem na prática do adultério.

Além de se preocupar com a situação social corriqueira da infidelidade conjugal, deve-se destacar que a problemática apresentada como cerne do presente trabalho tem a finalidade social de proteger os fins dos quais a unidade familiar se incumbe, pois aplicar a responsabilidade civil em face do cônjuge traidor e do terceiro que corrobora para tanto seria uma forma de inibir futuras práticas semelhantes, o que implicaria em uma preservação da entidade familiar formada pelo casamento.

No ângulo da ciência jurídica, a temática deste trabalho tem importância, por tratar de uma solução frente à responsabilização do cônjuge infiel devido à violação do dever de fidelidade recíproca, de modo a demonstrar os vieses doutrinários que se debruçam sobre o assunto, assim como os julgamentos divergentes dos tribunais diante de tal temática. Cabe salientar ainda que deve ser considerada a análise jurídica da responsabilização de terceiro que participa da infidelidade, já que se trata de caso pouco explorado pela jurisprudência pátria e pela doutrina nacional, ou seja, defronta-se com tema que ocupa área cinzenta do direito, o que implica em atender a fim social do direito, buscando novas interpretações acerca do assunto. Além disso, procura-se dar evidência às razões pelas quais a doutrina do terceiro cúmplice se mostra presente no ordenamento brasileiro, ainda que não seja mencionada explicitamente, uma vez que os fundamentos da referida teoria são utilizados com o fim de solucionar diversas situações julgadas pelos tribunais pátrios.

Neste diapasão, o capítulo que encabeça o presente trabalho tem o condão de demonstrar a evolução do casamento desde a antiguidade até o contexto brasileiro posterior à Constituição Federal de 1988. Após realizar essa trilha histórica para o estabelecimento das bases jurídicas do casamento, fez-se uma análise das teorias que determinam a natureza jurídica da relação matrimonial, das quais depreendeu-se aquela que mais se enquadra ao

contexto posterior à Emenda Constitucional número 66 de 2010. O referido capítulo ainda se preocupa em tangenciar a questão dos deveres conjugais dispostos no artigo 1516 do Código Civil de 2002, destrinchando cada um dos referidos deveres de modo a demonstrar a sua importância e as modificações neles sofridas em face dos influxos sociais contemporâneos. Em seguida, os deveres matrimoniais são emparelhados à autonomia privada dos cônjuges, demonstrando que estes podem escolher como o seu relacionamento conjugal vai se encaminhar, mas nem por isso os deveres matrimoniais devem ser menosprezados. Finalizando o capítulo inicial, foi posta em evidência a forma de violação de cada dever conjugal e as suas consequências, dando uma ênfase maior no dever de fidelidade, que é um dos pontos principais do presente trabalho.

No capítulo posterior, houve uma preocupação em estabelecer a aplicação da responsabilidade civil no direito de família, combatendo os pontos dissonantes na doutrina civilista e utilizando como sustentáculo as decisões dos tribunais pátrios, com o fito de demonstrar a necessidade de aplicação da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares. Em seguida, atentou-se em destacar a aplicação da responsabilidade civil em face da infidelidade conjugal, de modo que todos os elementos atinentes ao instituto jurídico da responsabilidade foram alvo de exame esmerado. Quanto à questão da responsabilidade civil em face da infidelidade conjugal, é importante dizer que o estudo se restringiu à figura do cônjuge infiel através de elementos doutrinários, projetos de lei formulados nesse sentido e casos levados ao Superior Tribunal de Justiça envolvendo a temática mencionada.

O capítulo que encerrou a fundamentação jurídica deste trabalho tratou da responsabilidade do terceiro em face da violação do dever de fidelidade conjugal por meio do adultério. Para tanto, fez-se necessária uma aproximação adequada da figura alheia à relação conjugal com a teoria do terceiro cúmplice, esta que é oriunda do direito dos contratos. Nessa tentativa de adequar a teoria do terceiro cúmplice à figura do amante, fez-se obrigatória a atenção quanto ao estabelecimento das bases principiológicas da referida teoria, aos seus fundamentos, à espécie de responsabilidade do terceiro que interfere em relação contratual e aos requisitos específicos para a sua aplicação. Após esmiuçar a teoria do terceiro cúmplice no âmbito dos contratos, por oportuno, foi examinada a aplicação dos elementos que consubstanciam a tal teoria nos julgamentos dos Tribunais Superiores, com o intuito de comprovar a presença da doutrina no direito pátrio, possibilitando a sua adequação aos outros ramos do direito civil além do direito contratual.

Encerrando o último capítulo, atinge-se o fim do presente trabalho, que se dispõe a buscar uma adequação da teoria do terceiro cúmplice, a fim de se observar a responsabilização de figura que está alheia à relação conjugal, mas mesmo assim intercede nessa relação com intuito de promover a quebra do dever de fidelidade recíproca, em conluio com o cônjuge traidor.

Contextualizando os capítulos mencionados até então, o fim último do trabalho aqui disposto é a conjectura de elementos que demonstrem a possibilidade de responsabilidade civil na reação conjugal perante o dever de fidelidade recíproca, quanto à figura do cônjuge infiel e do terceiro que corrobora para quebra do referido dever, sendo que o último terá a sua responsabilidade observada mediante adequação da teoria do terceiro cúmplice no âmbito dos contratos para o direito de família, no sentido avaliar se existe ou não o surgimento de pretensão indenizatória favorecendo o cônjuge traído.

2. CASAMENTO

O casamento se traduz na mais relevante entre todas as instituições de direito privado, pois se trata de uma das bases da família, de grande valia no âmbito social, restando inequívoca a importância dos contornos que tomou como instituto jurídico no âmbito do ordenamento pátrio.¹

A figura jurídica do casamento, por se consubstanciar em um conceito jurídico, tem a característica de variar conforme o contexto social no qual esteja inserida, ou seja, evolui de acordo com o período histórico, demonstrando assim a influência da temporalidade na sua formação.²

Devido à importância do matrimônio, já retratada inicialmente, fez-se necessária a busca pela delimitação de um conceito do termo, implicando posicionamentos de diversos doutrinadores relacionados ao certame do direito de família.

No Brasil, inúmeros conceitos brilhantes foram trazidos, cada um influenciado pelo contexto social de sua época. Acompanhado pelo posicionamento jurídico de muitos juristas, temos o entendimento clássico do ínclito doutrinador Clóvis Beviláqua:

O contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.³

Obviamente, o conceito clássico trazido à baila por Clóvis Beviláqua está adequado ao seu contexto social, contudo merece algumas pontuações. Isso por que o atual contexto em que se insere a sociedade brasileira o casamento, admite a eliminação da condição da diversidade de sexo para o acontecimento do casamento civil.⁴

Ademais, é necessário lembrar que a ideia de procriação sustentada no posicionamento supradito de Clóvis Beviláqua não poderia continuar a prosperar, tendo em conta que o casamento é a comunhão de vida entre pessoas, independentemente do fim

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 51

² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19 *et seq.*

³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/03clovis/Direito%20de%20Família.pdf>> Acesso em 21/04/2017.

⁴ Para maiores discussões acerca deste tema, ver teor do julgamento da decisão do Relator Ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal acerca da ADIn 4277/DF, juntamente com decisão do Relator Ministro Luís Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça em face do Recurso Especial 1.183.378/RS, ambas no sentido de eliminar a condição da diversidade de sexo para que houvesse o casamento civil também chamado de casamento homoafetivo.

reprodutivo. A Constituição Federal da República garante um livre planejamento familiar, sem afetar a estrutura jurídica do matrimônio, uma vez que o próprio Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o procedimento adotivo por pessoas não casadas, demonstrando a ausência de liame entre a reprodução e o casamento.⁵

Em paralelo a isso, não é razoável pregar a indissolubilidade do casamento, trazida à baila no entendimento de Clóvis Beviláqua, pois a comunhão pessoal é uma relação abastecida pelo vínculo afetivo entre os consortes, e, não mais havendo afeto que justifique a manutenção da sociedade conjugal, chega-se ao reconhecimento da dissolução do vínculo como uma forma de preservar a integridade física e psíquica dos participantes.⁶

A liberdade para criação de todas as espécies de entidade familiar, inclusive a relação matrimonial, está alicerçada no princípio da liberdade, que diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar.⁷

Assim como o conceito proposto por Clovis Beviláqua, também merece destaque, considerando-se as mesmas ressalvas feitas anteriormente, a definição acerca do matrimônio trazida pelo Código Civil Português⁸ de 1966, no seu art. 1577, pois é esta legislação se preocupada demasiadamente com o vínculo matrimonial, entendendo a união conjugal como contrato.

Em consequência dos conceitos trazidos a debate e das pontuações feitas até aqui, urge a ideia do casamento como uma forma de comunhão de vidas por vontade das partes, alicerçadas pelo afeto, pela integração dos consortes por meio de uma plena integração física e psíquica.⁹

Não alongando a discussão conceitual acerca do casamento, em virtude da diversidade de posicionamentos nesta seara, é imperioso seguir a linha de entendimento trilhada até aqui, percebendo que as definições da união conjugal apresentadas adotam um viés contratualista em relação ao matrimônio.

Sendo assim, para dirimir os aspectos contratuais mencionados anteriormente acerca do matrimônio, o curso do presente capítulo tem o condão de realizar uma regressão

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Famílias**. V.6, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144 *et seq*

⁶ *Id.* **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p.47 *et seq*

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69 *et seq*

⁸ PORTUGAL. **Código Civil Português**. Disponível em: <
<https://www.igac.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> > Acesso em 29 de abr. de 2017.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Famílias**. V.6, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 147

histórica do instituto jurídico em destaque, a fim de promover a construção da natureza jurídica do casamento no contexto das civilizações antigas até o período posterior a implementação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Além da natureza jurídica do casamento mediante a perspectiva histórica, o presente capítulo tem o condão de demonstrar a análise das teorias acerca da natureza jurídica do casamento como um todo, demonstrando a doutrina que melhor se aproxima da relação conjugal, o que implica em discussão esmerada nos deveres específicos da relação conjugal e os reflexos da sua violação frente à autonomia privada efetivada pela Emenda Constitucional 66 de 2010.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CASAMENTO

O casamento traz no seu bojo a assinatura de diversas épocas históricas, contudo é primordial realizar uma menção à ideia de família na concepção do direito privado pregado em Roma, pois tal conceito tem sua importância pautada na ligação direta com o papel que a própria família possuía na sociedade, significando, portanto, um sistema de regras através do qual se mantinha como unidade produtiva.¹⁰

No concernente à ideia de família no direito romano, existia a formação de um parentesco jurídico, responsável por englobar todos aqueles submetidos ao poder de um mesmo *pater familias*, transmitido somente pela linha paterna, já que apenas os homens poderiam figurar como *pater familias*.¹¹ O pátrio poder sempre esteve presente na História do direito romano, submetendo a família ao poder do seu representante paterno, que comanda seus representados, como gerente de fundo patrimonial da unidade produtiva familiar.¹²

Como já foi dito, a instituição familiar em Roma era encarada como unidade produtiva gerenciada pela figura do *pater familias*, pois concretizava algumas funções típicas de pessoa jurídica, ponto que justifica o parco desenvolvimento do mencionado instituto.¹³

Além disso, cumpre esclarecer que o direito romano continha regras acerca do matrimônio, essas que eram incumbidas de determinar a forma de união e separação patrimonial, assim como o modo de acréscimo das unidades familiares em face dos regimes

¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47.

¹¹ CASTRO, Flávia Lages. **História do direito: Geral e Brasil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.98.

¹² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 9.

¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47

dotais e regime de poder entre homem e mulher, resultando, portanto, em verdadeiras sociedades caracterizadas pela união dos consortes em detrimento do *affectio*, que não repousa no sentimento romântico atual, mas sim em algo similar ao *affectio* dos sócios em uma sociedade.¹⁴

Não se pode deixar de mencionar que, em terras romanas, o casamento se dava de duas formas: O *cum manu* e o *sine manu*. O *cum manu* se traduzia em uma forma de constituir o poder do marido sobre a mulher, fato que ocorria mediante *confreatio* (tipo de ritual religioso, ao qual os nubentes se sujeitavam), *coemptio* (venda formal da nubente pelo seu *pater familis*) ou o *usus* (aquisição do poder absoluto sobre a mulher por força da posse prolongada). Já o *sine manu*, também era uma forma de constituir o matrimônio, mas, diferentemente do *cum manu*, o poder marital sobre a mulher não se apresentava de forma absoluta, haja vista que esta continuava submetida ao seu *pater familis*.¹⁵

Nesta esteira, insta declarar que o casamento em Roma era caracterizado por ser ato privado, não se sujeitando ao poder público; tratava-se, portanto, de ato informal e tinha suas justas núpcias como condição para o nascimento de cidadãos legítimos.¹⁶

Em paralelo, é imperioso aduzir que o matrimônio, no direito romano, concretizava-se com um ato consensual contínuo de convivência; portanto, uma *res facti* e não uma *res iuris*, devendo ser entendido como uma avença constante para que os cônjuges se mantenham em comunhão.¹⁷

Após a união, os consortes precisavam demonstrar que estavam satisfeitos com o novel estado social, ou seja, era de suma importância a confirmação do seu casamento, concretizado por meio do *affectio maritalis* e o *honor matrimonii*, sendo o primeiro definido pelo afeto que um cônjuge imprime ao outro, e o segundo pelos atos extrínsecos ao casamento, oferecendo uma satisfação à sociedade.¹⁸

A dissolução do vínculo matrimonial, respeitando a vontade que essencialmente delineava a união conjugal, dependia da vontade dos consortes. Quando movida por consentimento mútuo, a dissolução ocorria ao passo que a concordância se perdia, podendo acontecer não só pela vontade das duas partes (dissenso), mas também pela vontade de apenas

¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

¹⁵ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 159 *et seq*

¹⁶ VYENE, Paul. **História da vida privada: Do Império Romano ao ano mil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, Coleção dirigida por Phillippe Airès e George Duby. p.45.

¹⁷ MARKY, Thomas. *Op. cit.*, 1995, p. 160.

¹⁸ TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 3 ed. Fortaleza: FA7, 2007, p. 182 *et seq*

uma delas (repúdio), resultado da concepção liberal e individualista que os romanos tinham do casamento.¹⁹

A figura do divórcio, na época Pós-clássica em Roma, sofreu modificações devido à influência do dogma cristão da indissolubilidade do matrimônio; contudo, não houve o seu esquecimento, apenas continuou existindo no ordenamento romano dificultado por leis imperiais, que o condicionaram a causas determinadas e acrescentaram punições para o divórcio sem justificativa.²⁰

Em suma, analisando a figura do casamento no direito romano, é possível dizer que bastava a vontade inicial dos nubentes, sem qualquer formalidade, para sua ocorrência, o que desembocava na perpetuação do matrimônio até que um dos cônjuges buscase o seu rompimento, por vontade unilateral ou de ambos, não necessitando de justificativa para tanto. Daí o sentido da expressão *affectio maritalis*, cujo significado se entrelaçava com a intenção continuada dos cônjuges de se manterem na união, tendo o casamento o tempo relacionado com a duração da sua(s) vontade(s).²¹

À medida que o Império Romano era dissolvido e a Igreja Católica ascendia na sociedade, a Europa tinha o cristianismo como traço comum dos seus povos, oriundo da mescla entre as regras religiosas e profanas. Neste trilho, surge, na Idade Média, a ideia de que o casamento é um sacramento, ou seja, é outorgado por vontade divina, caracterizado, portanto, pela indissolubilidade. A incidência cultural e social deixada como legado pela Igreja Católica, pregando a indissolubilidade do casamento, produziu efeitos no Brasil até o surgimento da lei do divórcio, dispositivo esse que será tratado no presente trabalho em tópico posterior.²²

No ano de 1861, surgiu lei com o objetivo de regulamentar a realização de casamentos civis por pessoas que tivessem religião diferente da do Estado.²³ A posteriori, fizeram-se diversas tentativas de secularizar o matrimônio, mas somente com a proclamação da República houve a separação do poder temporal e espiritual, o que implicou na perda do caráter confessional concentrado no matrimônio através do Decreto 181, de 24 de janeiro de

¹⁹ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 160.

²⁰ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 317 *et seq*

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 2 v.6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.288.

²² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.13 *et seq*.

²³BRASIL. **Decreto nº1144** – **De 11 de setembro de 1861**<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 5 de maio de 2017

1890.²⁴ Em decorrência disso, o casamento no Brasil passou a figurar no âmbito religioso e no âmbito civil.

Os fatos expostos até aqui evidenciam o percurso histórico do casamento e a sua influência diante do ordenamento pátrio, demonstrando como o seu significado jurídico foi se desenhando ao longo do fluxo temporal e como as bases para a construção da natureza jurídica do casamento se desenvolveram.

2.2 PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DO CASAMENTO

O texto da Constituição Federal de 1988 possui diversas acepções que exprimem a organização interna de seres e entidades no instante da sua observação, por uma perspectiva extensiva, implicando no fato de que cada Estado tem sua própria Constituição. A Constituição do Estado, também chamada de lei fundamental, traduz-se na organização dos seus elementos essenciais, além de fundar-se na norma jurídica, expressa ou costumeira, responsável por regular a forma do Estado, a forma do seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder que possui, o estabelecimento de seus órgãos, os limites da sua conduta, bem como os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.²⁵

Diante do breve entendimento acerca da figura da Constituição, considerando a sua importância no âmbito legal e as informações trazidas à discussão no que diz respeito ao casamento como uma das espécies de formação da família, é preciso que seja analisada a passagem constitucional pela qual o referido instituto jurídico de direito privado traçou sua evolução no ordenamento brasileiro.

A Constituição de 1824, criada no Brasil imperial, versava sobre os cidadãos brasileiros, seus direitos e garantias, mas nada de especial acerca da família, muito menos do casamento, preocupando-se apenas com a família imperial e sua sucessão no poder. O casamento religioso católico, único consagrado pela Constituição de 1824, era regulado pelas normas do Concílio Tridentino e pela Constituição do Arcebispado da Bahia.²⁶

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito de Família**. v.2. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16 *et seq.*

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014, p. 39 *et seq.*

²⁶ COSTA, Dilvanir José da Costa. A Família nas Constituições. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 2006, n. 48, Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/89>> Acesso em 15/05/2017

Desde logo, exurgiram conflitos na sociedade brasileira, pois existiam indivíduos pertencentes a outras religiões que não a católica os quais pleiteavam pelo reconhecimento do matrimônio entre aqueles que não pregavam o catolicismo. Com o intuito de amenizar os conflitos, foi promulgada a lei 1.144 de 1861, já mencionada neste trabalho, a qual ampliava a possibilidade de casamentos, desde que os nubentes a celebrarem o matrimônio fossem cristãos, surgindo assim os efeitos civis em face da união conjugal religiosa.²⁷

Logo depois da proclamação da República em 1889, foi montado um governo provisório, tendo Rui Barbosa como norteador, optando por manter as diretrizes fixadas em relação ao casamento. Embora os efeitos civis do matrimônio já existam desde 1861, o casamento civil se legitima por força do Decreto nº 181 de 1890, dispositivo citado em tópico anterior deste trabalho. O reflexo disso se deu na Constituição dos Estados Unidos do Brasil no ano de 1891, na qual apenas o casamento civil era reconhecido pela república.²⁸

A Constituição de 1891 reflete uma intenção de retirar do poder da Igreja católica o ato jurídico do casamento, mas não foi responsável por nenhuma grande mudança na seara do direito de família.²⁹

Seguindo a linha temporal traçada, insta trazer a debate o Código Civil de 1916, também chamado pelos doutrinadores de Código Beviláqua. A codificação supra trouxe o casamento como circunstância para construção de uma família legítima, dando margem à ilegitimidade da família originada fora da seara matrimonial, essa que não era digna de merecimento da proteção do ordenamento jurídico relativo ao direito das famílias. Além disso, o código mencionado anteriormente busca qualificar o casamento com a natureza da indissolubilidade, demonstrando a influência canônica existente na época.³⁰

No ano de 1934, começou a vigência de uma nova Constituição, essa que se incumbiu de dar uma nova roupagem ao casamento, afirmando sua indissolubilidade e trazendo inovações de modo a consagrar o direito social. Pela primeira vez na história do ordenamento brasileiro, foi designado um capítulo da lei maior para atender o direito de família, demonstrando que aquele ramo da ciência jurídica era importante para o Estado.

²⁷ CASTANHO, Maria Amélia Belomo. A Família nas Constituições Brasileiras. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná**, Jacarezinho (PR), n.17, jun./dez. 2012, p. 187

²⁸ *Ibidem*, p. 188

²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 141

Posteriormente, vem a de 1937, que praticamente reiterou a indissolubilidade da família, mas não apresentou nenhum fator inovador em relação à Constituição anterior.³¹

A Constituição de 18 de setembro de 1946 trouxe pontos importantes, como a afirmação da indissolubilidade matrimonial, a importância do casamento civil, o casamento religioso equivalente ao civil se observadas as exigências da lei e, por fim, o casamento religioso celebrado sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, a requerimento do casal, mediante habilitação civil após a cerimônia religiosa.

A Constituição de 1967 praticamente repetiu os dispositivos constantes no bojo da Constituição anterior, principalmente em relação à indissolubilidade do casamento.³²

O ideal de indissolubilidade elencado no bojo das Constituições anteriores, elemento que caracterizava a relação conjugal, sofreu uma mudança em relação à perspectiva do sistema jurídico brasileiro quando o Estado adotou a lei 6.515/1977³³ (lei de divórcio), pois a partir deste momento os cônjuges adquiriram o direito de dissolver o vínculo matrimonial através da vontade.

Como demonstrado no presente trabalho monográfico, o divórcio era permitido em Roma bilateralmente ou unilateralmente. Nesta linha, não assiste razão no sustento da indissolubilidade do casamento no Brasil até o ano de 1977, considerando o matrimônio de duas pessoas que não querem e não têm condição de conviver em comunhão.

A lei do divórcio traz no seu corpo a regulamentação dos casos de dissolução da sociedade conjugal e do próprio vínculo matrimonial, seus efeitos, bem como os procedimentos utilizados na separação judicial e no divórcio.³⁴

Com o advento da Norma pátria de 1988, a perspectiva da concepção de tutela no direito de família foi ampliada, isso porque houve a maximização do conceito de família, dotando-o de caráter plúrimo. Ou seja, o casamento não seria mais o único meio para formação da família, pois surgem outras formas de constituí-la, como por exemplo a união estável, a família monoparental, a família homoafetiva e outros.³⁵

Neste diapasão, o ínclito doutrinador Cristiano Chaves de Farias aduz que “O casamento perdeu a exclusividade, mas não a proteção”, demonstrando em seguida, com

³¹ COSTA, Dilvanir José da Costa. A Família nas Constituições. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 2006, n. 48, p. 70 *et seq*

³² *Ibidem*, p. 71

³³ BRASIL. **Lei 6.515/1977 (lei do divórcio)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em 24 mar. 2017

³⁴ SANTOS, Ulderico Pires dos. **A Lei do divórcio Interpretada**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 2

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 141

fulcro no *caput* do art. 226 da Constituição Federal da República de 1988, que se iniciou a preocupação com a proteção estatal de qualquer núcleo familiar, tendo sido este constituído do modo que fosse.³⁶

Além da pluralidade de entidades familiares, o texto constitucional de 1988 contemplou a igualdade entre os consortes no tocante aos direitos e obrigações, rompendo com a ideia de família patriarcal, em razão da posição que a mulher conquistou no cenário social, juntamente com as novas formas de relacionamento entre os indivíduos.³⁷

A Constituição Federal da República de 1988 teve o condão de submeter toda a normatividade infraconstitucional do casamento aos entendimentos da nova tábua axiomática proposta pelo legislador, privilegiando valores como o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, solidariedade social e liberdade, na tentativa de prestigiar o garantismo humanitário e social do matrimônio. Essas questões tornaram o casamento um meio através do qual as pessoas desenvolvem a personalidade ao mesmo passo que almejam a felicidade, ou seja, o casamento não mais é protegido por ser o casamento, mas sim em razão do ser humano.³⁸

Devido ao compilado de consideráveis modificações no direito de família em face do texto constitucional de 1988, o Código Civil de 2002 foi encarado como uma lei responsável por dar seguimento às mudanças realizadas, tornando-se a esperança de muitos. Ocorre que o Código Civil de 2002 prestou-se a reafirmar os pontos elencados na Constituição Federal de 1988, sem realizar a regulamentação das entidades familiares recém-chegadas ao contexto social, não atendendo as expectativas depositadas nas suas disposições. Sendo assim, o Código Civil de 2002 mostrou-se inadequado para a realidade social da época em que entrou em vigor.³⁹

No ano de 2010, há a criação da Emenda Constitucional 66⁴⁰, que, seguindo a concepção traçada pela lei do divórcio, facilita a dissolução do casamento de acordo com a vontade das partes, eliminando a exigências de prazos prévios para a obtenção deste direito, o

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 141

³⁷ TAVARES, Ana Carla Tavares Oliveira; Cavalcanti, Luciana da Costa. **Revista do Ministério Público de Alagoas**. n.10, jan./jun., 2003, p. 14 *et seq*

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2015, p. 142

³⁹ TAVARES, Ana Carla Tavares Oliveira; Cavalcanti, Luciana da Costa. *Op. cit.*, 2003, p. 39

⁴⁰ BRASIL. **Emenda constitucional 66/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acesso em 24 de mar. de 2017.

que demonstra a diminuição do Estado na vida íntima do casal e privilegia a presença da autonomia da vontade na formação do casamento.⁴¹

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Superados os aspectos históricos inerentes ao casamento e uma breve perspectiva constitucional em face do referido instituto jurídico de direito civil, urge a necessidade de discussão acerca da natureza jurídica do casamento, tema que configura uma área cinzenta no direito de família, comportando diversas acepções diante do matrimônio.

O Código Civil traz, no seu âmago, a preocupação com a família formada através do casamento, haja vista que, no seu livro encarregado de reger o direito de família, utiliza 110 artigos para tratar do tema. Ao passo que esta legislação infraconstitucional traduz a importância da união conjugal, ausenta-se no conceito de família e do próprio casamento, limita-se a estabelecer requisitos para celebração, elenca direitos e deveres dos cônjuges, disciplina regime de bens e, por fim, regulamenta questões patrimoniais decorrentes da dissolução conjugal.⁴²

A escolha do legislador por não abordar um conceito de casamento na lei 10.406/2002 vai na contramão de algumas legislações espalhadas pelo mundo, o que implica na origem de diversas definições conceituais, a exemplo das definições abordadas no capítulo inicial deste trabalho, reanimando as discussões relativas à natureza jurídica do referido instituto.⁴³

Assim como o Código Civil atual, a Constituição Federal de 1988 não se posiciona a respeito da natureza jurídica do casamento, contudo, a *grund norm* preza pela prioridade da constituição da família, embora não reconheça a exclusividade, já que menciona a entidade familiar, aceitando diversas maneiras de se formar uma família.⁴⁴

Nesta esteira, considerando as normas do ordenamento jurídico brasileiro, é defendida a existência de três correntes doutrinárias que, historicamente, se preocupam em

⁴¹ MONTEIRO, Renata Oliva. **A Emenda constitucional n. 66/2010 e a responsabilidade civil nas relações conjugais**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Tomasevicius Filho. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.146

⁴³ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.48 *et seq*

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p 88 *et seq*

definir a natureza jurídica do casamento: teoria contratualista, teoria institucionalista e teoria mista.

2.3.1 Natureza Jurídica Contratualista

A corrente contratualista enxerga fortes características contratuais no casamento, uma vez que existe a presença do elemento volitivo na formação do matrimônio, durante a sua continuidade ou no exercício de escolha dos cônjuges – como, por exemplo, na escolha do regime de bens. A natureza contratual do referido instituto jurídico não é descaracterizada pelo seu caráter solene; pois, apesar de possuir pressupostos mais rigorosos que outras formas contratuais, bem como o evidente interesse estatal, não deixa de ter natureza contratual.⁴⁵

Vale ressaltar que a concepção contratualista do casamento se originou no direito canônico, filiou-se ao racionalismo jusnaturalista do século XVIII, invadiu o código Francês em 1804, seduziu a Escola Exegética do século XIX e sobreviveu na doutrina civilista do séc. XX, disputando, inclusive com alguma vantagem, no que se relacionava as outras concepções.⁴⁶

Uma crítica levantada contra a aceção contratual do casamento é a equiparação do instituto com outros contratos. Isso ocorre porque o vocábulo “contrato”, no Brasil, reflete um negócio jurídico patrimonial, e o casamento tem características que transcendem a esfera econômica.⁴⁷

C. Massimo Bianca⁴⁸ argumenta que o contrato se caracteriza também pela sua patrimonialidade, mas que, quando a avença, tem o condão de regular, extinguir ou constituir uma relação jurídica não patrimonial: isola-se da condição de contrato, retornando ao âmbito dos negócios jurídicos. Segue o seu raciocínio, evidenciando que o contrato é a principal figura do negócio jurídico, este que foi definido pela doutrina pandectista como ato de vontade imediatamente ligado a constituir ou extinguir uma relação jurídica. O autor mencionado ainda alega que fatores não econômicos podem influenciar a formação de um contrato, como, por exemplo, motivações de caráter pessoal.

⁴⁵ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50 *et seq.*

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p 85 *et seq.*

⁴⁷ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Op. cit.*, p.50 *et seq.*

⁴⁸ BIANCA, C. Massimo *apud* BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense p.51 *et seq*

O pensamento trazido no parágrafo anterior se presta a solucionar um problema classificatório envolvendo o contrato e o negócio jurídico, haja vista que aquele, no entendimento doutrinário, constitui expressão adequada para incluir qualquer pacto produtor de efeitos jurídicos, mesmo não contendo natureza obrigacional, pois tais pactos não deixam de gerar consequências contratuais, quer sejam de natureza real, sucessória e familiar, principalmente. Como exemplo de pactos familiares com consequências contratuais, tem-se o casamento, ainda que com a discordância de uma parte da doutrina.⁴⁹

Esclarecido o equívoco classificatório, é mister destacar que o negócio jurídico, no decorrer da história, foi alvo do prevaecimento da noção de autonomia diante do seu conceito, traduzindo-se na generalização da sua aplicação em atos de conteúdo heterogêneo, na qual a característica da liberdade é costumeira. Desta maneira, atos como o casamento, por exemplo, passaram a ser vistos como negociais.⁵⁰

Ou seja, não se pode ignorar o caráter econômico que rege a seara contratual; pois, ainda que a figura jurídica sofra as influências das leis cunhadas no âmbito patrimonial, é oportuno destacar que a relação contratual se comporta como um fenômeno jurídico distinto da posterior operação econômica, não sendo, portanto, uma simples resultante das leis patrimoniais.⁵¹

O casamento se encaixa no conceito de negócio jurídico, haja vista que este é o fato jurídico caracterizado por possuir como cerne do suporte fático a manifestação ou declaração consciente de vontade, na qual os sujeitos escolhem a categoria jurídica e estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas no tocante ao seu início, permanência e intensidade.⁵²

Marcos Bernardes de Mello⁵³ entende que “a adoção e o casamento são exemplos de negócios extrapatrimoniais”, todavia não exclui o caráter patrimonial do matrimônio, sendo possível interpretar as suas alegações considerando que o casamento tangencia simultaneamente aspectos pessoais e patrimoniais na relação conjugal, bem como possui uma preferência do casamento pela natureza jurídica contratual, corroborando com os pontos expostos até aqui.

⁴⁹ ABREU FILHO, José. **Negócio Jurídico e Sua Teoria Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75

⁵⁰ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.12.

⁵¹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.52 *et seq.*

⁵² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.225

⁵³ *Ibidem*, p. 250 *et seq.*

Vale observar que o casamento, na perspectiva contratual, está embasado na declaração expressa de vontade entre as partes envolvidas em sua formação, sendo que essas vontades devem estar correlacionadas e em concordância, formando o contrato.⁵⁴

Como já mencionado no presente trabalho, o contrato é um fenômeno jurídico distinto da ulterior operação econômica, devendo levar em consideração o elemento volitivo presente no negócio jurídico para atribuir a natureza jurídica contratual ao casamento.

Diante da relevância do elemento volitivo na relação conjugal, Caio Mário da Silva Pereira⁵⁵ corrobora com o entendimento do parágrafo anterior, abordando o casamento da seguinte forma:

como um “contrato especial”, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou “contrato de Direito de Família” em razão das relações criadas.

Seguindo o curso do entendimento construído, importa aduzir que a natureza contratual do casamento não é controvertida pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece ao padrão fixado previamente e ao ritual específico da celebração, haja vista que algumas figuras contratuais são dotadas de formalidades. Além disso, não seria possível a negativa da natureza contratual em face da participação direta da figura estatal no ato constitutivo, tendo em vista que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em outros contratos de direito comum.⁵⁶

Ainda sobre o elemento volitivo que circunda a relação conjugal, é preciso mencionar que não é o juiz que estabelece o casamento entre os consortes, haja vista que a união se dá no momento em que os cônjuges manifestam as suas vontades de forma correlacionada, implicando, portanto, na caracterização do pronunciamento do juiz celebrante como um ato de efeito declaratório e não constitutivo.⁵⁷

A fim de ilustrar a semelhança dos negócios jurídicos com a figura jurídica do casamento, faz-se pertinente a realização de breves comentários relativos à semelhança com os institutos mencionados no decorrer do presente trabalho, já que é notória a semelhança quanto ao instituto da prova e às existências de traços do negócio jurídico no tangente à alteração do regime de bens no âmbito matrimonial.

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 421 *et seq*

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 86 *et seq*

⁵⁶ *ibidem*, *loc. cit.*

⁵⁷ *ibidem*, *loc. cit.*

Neste diapasão, em atenção ao conteúdo normativo disposto no art. 1543 do Código Civil atual, a prova da relação conjugal deverá ser feita, comumente, através da certidão negativa de casamento, expedida pelo cartório competente, em razão da solidez probante inerente ao documento.⁵⁸

Verifica-se que, no parágrafo único do dispositivo em debate, há a previsão acerca da admissibilidade de outros meios probatórios permitidos em lei, cabíveis no caso de ausência justificada da certidão negativa de casamento.⁵⁹

As situações que justificam a utilização de outros meios probatórios legalmente aceitos não se traduzem em uma eventual perda da certidão por parte do interessado, mas sim em hipóteses de o registro não ter sido lavrado em cartório ou na possibilidade de perecimento do documento através de inundações, incêndios, negligência do serventuário da Justiça, dentre outros exemplos.⁶⁰

Dentre os inúmeros meios de prova, admite-se a posse do estado de casado, meio de prova indireta que se constitui em uma situação de fato, na qual repousa a nítida aparência do matrimônio nos planos da existência e da validade. Ou seja, existe uma presunção de ocorrência do matrimônio em detrimento do estado de fato vivido pelos consortes, cabendo o alerta da relatividade da presunção debatida, implicando na necessidade de fortalecimento probatório por intermédio de cartas, correspondências, vídeos, fotos etc.⁶¹

Levando-se em consideração a prova no plano dos negócios jurídicos, prevista no art. 212, incisos I ao IV, há a possibilidade de provar o ato mediante confissão, documento, testemunha ou presunção. Realizando um paralelismo do art. 212 do Código Civil com os artigos do mesmo diploma responsáveis por reger a prova do casamento, nos casos de posse do estado de casado, é possível notar uma tentativa do legislador de dotar o matrimônio com os mesmos meios de provas relativos aos negócios jurídicos, inclusive quanto à presunção, principalmente aquela que segue pelo julgamento favorável da união conjugal no caso de dúvida, consoante ao art. 1547 do Código Civil.⁶²

Na correlação entre o elemento probatório da presunção no casamento e no negócio jurídico, depreende-se o princípio da boa-fé objetiva e da função social do

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.153

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.189

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, 2015, p.153

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Op. Cit.*, p.193

⁶² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.59

matrimônio, ambos contidos na seara dos princípios processuais, previstos respectivamente no art. 422 e 421 do Código Civil de 2002.⁶³

Vale ressaltar ainda que a intenção do legislador também se estendeu à atribuição da segurança jurídica ao instituto do casamento, haja vista que a união entre os consortes deve ser preservada.⁶⁴

Encerrado o debate acerca da semelhança probatória entre os negócios jurídicos e o casamento, é mister trazer ao âmago das discussões propostas neste trabalho a questão dos regimes de bens, esses que se traduzem no conjunto de regras que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges, seja em relação ao seu vínculo, seja em seu contato com terceiros, na constância do casamento. Cabe salientar que os regimes citados têm o condão de controlar o domínio e a administração, de ambos ou de cada um, acerca dos bens anteriores e aqueles adquiridos no decorrer do casamento.⁶⁵

No Brasil, existem quatro regimes à disposição da escolha do dos cônjuges: comunhão parcial, comunhão universal, separação e participação final nos aquestos. Claramente, não seria razoável esmiuçar os tipos de regimes, já que esse não é o intuito do presente subtópico, mas, a título de ilustração do olhar que o ordenamento pátrio impõe acerca destes regimes e da sua relação com os negócios jurídicos, é preciso realizar comentários céleres.⁶⁶

O Código disciplinador das relações civis, em seu art. 1639, permite a escolha do regime de bens por parte dos consortes, desde que a definição ocorra anteriormente ao casamento. O último artigo mencionado dispõe, no seu §2º, que o regime escolhido pode ser alterado em momento posterior ao casamento, mediante autorização judicial com análise dos motivos que ensejaram tal decisão e ressalvados os direitos de terceiros, se for do desejo de ambos os cônjuges.⁶⁷

O conteúdo trazido no bojo do Código Civil de 2002 referente à alteração do regime de bens do casamento na sua constância é fruto da Súmula 377 do STF e do Recurso Especial nº 821807 – a primeira trata da possibilidade de alteração do regime para comunhão parcial de bens nos casamentos realizados com a imposição da separação obrigatória como

⁶³ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.59

⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.189

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.6. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 445

⁶⁶ *Ibidem*, p. 445

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 de maio de 2017.

regime legal, enquanto o segundo é um Recurso Especial, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, responsável por concluir pela possibilidade de alteração do regime de bens adotado quando da realização do matrimônio para a comunhão parcial, caso seja da vontade dos consortes, ante a cessação da causa suspensiva, consistente na exigência da realização do matrimônio no regime imposto pela legislação pátria vigente na época.⁶⁸

Além disso, é notório que os regimes patrimoniais que circundam o casamento estão contidos na seara dos direitos disponíveis, e, por isso, os nubentes podem selecionar as cláusulas de sua preferência ou permanecer com as dispostas no comando do regime legal, se não for o caso de cabimento do regime legal obrigatório.⁶⁹

Diante da legislação apresentada em relação à alteração do regime de bens na constância do casamento, é possível o entendimento de que o legislador foi tendencioso ao dar ao matrimônio formas contratuais comuns a qualquer outro negócio jurídico que apresentasse, posteriormente, a incidência de uma novação ou ainda qualquer outro tipo de modificação das condições convencionadas previamente.⁷⁰

A intervenção do poder judiciário no procedimento, prevista no sistema brasileiro de alteração do regime de bens no curso do casamento, está presente como elemento de proteção a terceiros, e não como um impedimento inerente à realização da vontade do casal. Isso porque o estado contratual que cerca o matrimônio tem sua caracterização baseada na alteração do regime de bens na constância do casamento, afastando o princípio da imutabilidade, presente no Código Civil de 1916, uma vez que, nessa época, o casamento tinha como característica principal a dissolução extremamente dificultada, pela separação e divórcio.⁷¹

Não é possível o esquecimento da lei do divórcio em relação à alteração do regime de bens durante o casamento, pois a referida lei, já trazida à debate no presente trabalho, marcou o fim da era institucional do casamento, posto que a dissolução deste só se dava pela morte, pela sua anulação ou declaração de nulidade. Nesta esteira, o fim do casamento como instituição foi sacramentado com o advento da Constituição Federal da

⁶⁸ SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. O Direito Adquirido e a Possibilidade de Alteração do Regime de Bens no Código Civil de 1916 e 2002. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, Ano XI, Nº 247, abr. 2007, p. 60

⁶⁹ HAMILTON, Maria das Graças. **Alteração Judicial do Regime de Bens Entre os Cônjuges, Ato Jurídico Perfeito e Segurança Jurídica**. 2011. Monografia. Faculdade de Direito; Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, p. 14 *et seq*

⁷⁰ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.62

⁷¹ *Ibidem*, p.63

República, na qual o casamento e a união estável se tornaram figuras equiparadas e protegidas pelo Estado.⁷²

2.3.2 Natureza Jurídica Institucional

De outro giro, temos a concepção institucionalista que defende o casamento como uma “instituição social”, pois reflete uma situação jurídica, da qual já existem regras jurídicas pré-estabelecidas pelo legislador, com o fito de determinar um padrão organizacional diante da união dos consortes.⁷³

Os autores que defendem a institucionalidade da natureza jurídica do casamento alegam que, no âmbito social, a família seria um organismo de ordem natural com o intuito de garantir a continuidade da espécie humana, tal como o modo de existência conveniente às suas aspirações, implicando na união conjugal como o conjunto de normas imperativas incumbentes de conferir à família uma organização social moral, na qual estão presentes as aspirações atuais e a natureza do homem.⁷⁴

Em atenção ao conceito trazido anteriormente, cabe o acréscimo de que a concepção institucionalista do matrimônio é lastreada na mudança de estado dos nubentes, passando de solteiros para casados, e os efeitos desencadeados pela mudança mencionada perante a sociedade. Além disso, a corrente discutida entende que não existe liberdade para alteração da maioria das normas pertinentes ao casamento, já que os dispositivos reguladores são moldados no interesse público.⁷⁵

Vale destacar ainda que a corrente institucionalista dotava as normas pertinentes ao matrimônio com uma carga de interesse público, não permitindo a liberdade dos cônjuges no concernente à alteração das normas inerentes ao casamento.

Em contrapartida, o presente trabalho já trouxe o entendimento justificado da possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento (com exceção dos casos de impedimentos dispostos no bojo do Código Civil atual), bem como trouxe a ideia de que a natureza contratual do casamento, oposta pela natureza institucional, não é obstruída pela exigência formal e específica no que tange à celebração da união conjugal. Paralelo a isso, ainda cabe elucidar a impossibilidade de desconsiderar a natureza contratual do

⁷² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.62

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 85

⁷⁴ *Ibidem*, p. 85

⁷⁵ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.55

casamento em face da participação direta da figura estatal no ato constitutivo, questão também já discutida no bojo do trabalho.

Ilustrando a acepção institucionalista do casamento, Arnold Wald expõe:

É evidente que a densidade do vínculo existente no casamento e a sujeição a normas de ordem pública, que inspiram todo o direito de família, descaracterizam o casamento como contrato. Não é contrato na sua formação, pois cria deveres legais que não têm caráter obrigacional. É, assim, uma verdadeira instituição, à qual não se aplicam as normas gerais referentes ao direito das obrigações.⁷⁶

A questão dos deveres legais de caráter obrigacional dos cônjuges em face do casamento, mencionada por Arnold Wald na explanação em destaque, será discutida em tópico posterior, muito em função da sua importância para a construção do entendimento a que se deve este trabalho.

Os autores que defendem a corrente institucionalista normalmente tendem a descartar a acepção contratual do casamento, afirmando que são institutos diferentes em diversos momentos do curso contratual e, por isso, não devem ser comparados.

2.3.3 Natureza Jurídica Mista

Diante da controvérsia acerca da natureza jurídica do casamento, na tentativa de solucionar os conflitos entre contratualistas e institucionalistas, surge uma terceira corrente doutrinária, a mista ou eclética. Essa doutrina considera o casamento ato complexo, isto é, ao mesmo tempo contrato e instituição.

A teoria que apregoa a natureza mista do casamento considera-o como ato complexo, por entendê-lo como o resultado de duas questões, ao passo que, de um lado, o casamento se assemelha a um contrato; e, de outro, há o reconhecimento de que a vontade não é suficiente para a existência válida do casamento, sendo necessária a manifestação do Estado com o fito de atestar o cumprimento de um conjunto de requisitos, na presença de uma autoridade com poderes preordenados.⁷⁷

Aqueles que levantam a bandeira da teoria mista buscam demonstrar que o casamento é contrato em sua formação e instituição no que tange a sua existência e finalidade.⁷⁸

⁷⁶ WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de família**. v.5. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 91 *et seq.*

⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.135 *et seq.*

⁷⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.57.

Em paralelo a isso, insta asseverar que os defensores da teoria mista não só apregoam o casamento como um ato de natureza especial, mas também como um ato sem feição patrimonial direto. Isso por que a formação do vínculo matrimonial depende da livre vontade das partes e, considerando que nem todos os negócios jurídicos têm feição patrimonial, seria possível elencar o casamento como ato de natureza especial.⁷⁹

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por exemplo, corroboram com o entendimento da natureza mista do casamento, alegando que consiste em um “Contrato especial de direito de família”, pois seu núcleo existencial está pautado no consentimento, como ocorre em qualquer contrato.⁸⁰

Na mesma toada, deve-se mencionar Sílvio Sálvio Venosa, esse que entende que “o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”, juntando-se aos doutrinadores que contemplam a natureza mista do casamento.⁸¹

Após dirimir as três correntes, analisando o contexto atual, nota-se que o casamento, em face da liberdade contratual que os nubentes possuem, principalmente em relação a sua dissolução pela separação e divórcio, possui características que o aproximam mais de um contrato do que de uma instituição.⁸²

Além disso, como já observado até então, dentro do aspecto de liberdade contratual, os nubentes poderiam escolher entre as opções do casamento ou da união estável, o que remete a característica marcante do princípio da autonomia da vontade, presente na teoria geral dos contratos, individualizado na liberdade de contratar.⁸³

2.4 DEVERES CONJUGAIS

Após a compreensão de que o casamento possui fortes características contratuais, desde o Império Romano até o momento histórico atual, insta salientar que a realização de um matrimônio válido acarreta uma série de efeitos jurídicos amplos à união conjugal, trazendo deveres isonômicos para ambos os cônjuges que pretendem dividir suas vidas.⁸⁴

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.136.

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. v. 6. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p.115.

⁸¹ VENOSA, Sílvio Sálvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas. 2015, p. 28

⁸² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.58.

⁸³ *Ibidem*, p.58

⁸⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109

Os deveres, também chamados de deveres conjugais, suscitados no parágrafo anterior, correspondem às atribuições comuns e recíprocas dos cônjuges, essas que consistem em um dos fatores responsáveis pela busca da igualdade entre os consortes, estabelecendo em conjunto a paridade do regime de bens e suas divisões isonômicas.⁸⁵

Essa concepção igualitária nem sempre ocorreu; pois, nos ditames do Código Civil de 1916, no art. 233, o homem era reconhecido como provedor da família, restando para a mulher a assunção obrigatória do sobrenome do esposo e a condição de companheira moral da família, restando indiscutível a inferioridade na qual a mulher se encontrava. A condição de subalterna vivida pela esposa teve esmorecimento, justificado na evolução das leis relativas ao casamento – muitas delas, inclusive, já tratadas neste trabalho, a exemplo do Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988 –, que implicaram na concessão de deveres recíprocos entre os cônjuges perante o surgimento de uma união conjugal juridicamente eficaz.⁸⁶

Hodiernamente, é totalmente cabido trazer à baila que os efeitos do casamento ocorrem em diversos pontos do ato, sempre dotados de reciprocidade, como, por exemplo, o acréscimo do nome por parte dos cônjuges a título de possibilidade, em face da vontade de ambos, corroborando com o conteúdo disposto no art. 1.565, §1º do Código Civil atual.⁸⁷

Tal como a questão do nome, outro exemplo importante decorrente do casamento é o planejamento familiar, o qual se concretiza em liberdade pelos consortes, de modo que não podem sofrer coerção por parte de instituições privadas ou públicas, apresentando o lastro legal proporcionado pelo art. 1513 do Código Civil de 2002, que versa pelo princípio da liberdade ou não intervenção no casamento. A ideia de liberdade relativa ao planejamento familiar está de acordo com o art. 1511 do presente Código Civil, pois o referido dispositivo está fundamentado na noção igualitária da entidade familiar materializada no casamento, sendo, portanto, um reflexo de igualdade entre os consortes.⁸⁸

Abarcados pelo Código Civil, os deveres conjugais decorrentes do casamento, incluídos nos efeitos jurídicos deste, apresentam-se como normas de cunho ético e de caráter cogente, não podendo ser alteradas pela disponibilidade das partes, remanescendo aos cônjuges a submissão diante das normas citadas anteriormente, no curso do casamento.⁸⁹

⁸⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 177.

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109 *et seq*

⁸⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.139 *et seq*.

⁸⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 178.

Ainda sobre os deveres matrimoniais recíprocos, é mister salientar que são dispensados diante da situação de separação de fato ou com o divórcio, pois este delinea termo final ao casamento e, por conseguinte, também aos deveres recíprocos que permeiam a relação conjugal, uma vez que suas obrigações são substituídas pelos compromissos acordados em sede de divórcio judicial ou extrajudicial, ou ainda ordenada em sentença proveniente de divórcio litigioso. Tais deveres são construídos com base na ética, não podendo haver derrogação pelas vontades consorciais, que devem se curvar diante dessas normas cogentes de conduta conjugal.⁹⁰

O Código Civil de 2002, por meio do seu art. 1566, I a V, elege como deveres oriundos da relação conjugal: a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência entre os consortes, respeito e consideração mútuos e, por fim, sustento, guarda e educação dos filhos. O mesmo diploma normativo, em seu art. 1724, preconiza que as relações pessoais entre os consortes serão regidas pelos deveres de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos.⁹¹

Existem questionamentos doutrinários acerca da qualidade do rol trazido no bojo do art. 1566, sustentando a possibilidade de desdobramento dos incisos que compõem tal dispositivo, na tentativa de interpretá-los de maneira a alcançar outros deveres conjugais, não instituídos por lei, colocando-o como um rol de caráter exemplificativo, diferentemente de outra banda da doutrina, que possui predileção pela taxatividade do rol de direitos conjugais recíprocos.⁹²

Arnaldo Rizzardo, em atenção aos deveres conjugais dispostos no Código Civil de 1916, já dizia que “em torno desta ordem, gravitam uma série de considerações e mesmo outros deveres”. Exemplificando o pensamento de Arnaldo Rizzardo, podem ser citados como alguns dos deveres que promovem a estabilidade: o bom funcionamento da família, o amor entre os seus membros, a confiança e o entendimento.⁹³

Mais tarde, com a vigência do Código Civil de 2002, Caio Mário da Silva Pereira se mostra atento para o que ele mesmo denomina como deveres implícitos ao texto legal,

⁹⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 178.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 de maio de 2017.

⁹² GODINHO, Tânia Mara Lapa. **Deveres conjugais: Efeitos Jurídicos na Ocorrência de Ruptura da Sociedade Conjugal**. Salvador: Romanegra, 2009, p. 41 *et seq.*

⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. v. 1, Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 178 *et seq.*

porque, embora existam deveres conjugais legais e explícitos, ocorrem outros deveres conjugais que podem ser extraídos da apreciação das espécies em ações de separação.⁹⁴

Em que pesem as breves discussões acerca dos deveres recíprocos oriundos do casamento válido e apto a provocar efeitos jurídicos, é preciso adentrar individualmente na esfera exclusiva dos deveres propostos no art. 1566 do Código Civil vigente, pois os respectivos deveres são de suma importância para o resultado do presente trabalho monográfico.

2.4.1 Vida em Comum no Domicílio Conjugal

Precipualemente, importa o esclarecimento de que este subtópico não se inicia pelo art. 1566, I do Código Civil, pois o dever de fidelidade conjugal será tratado a posteriori, em face do direcionamento a que se presta o presente trabalho.

Seguindo esta linha, é preciso considerar o casamento como um ato sugestivo à coabitação, pois a comunidade de existência é elemento imprescindível para a relação conjugal. No que se refere à coabitação, é imperioso destacar que essa não tem seu significado pautado na moradia dos cônjuges sob o mesmo teto, mas sim no *debitum conjugale*, expressão latina entendida como a situação em que se coloca o cônjuge descumpridor do dever da prática do ato sexual com o seu consorte.⁹⁵

A vida moderna tem implicado em um afrouxamento do dever de coabitação entre os cônjuges, haja vista que o mercado de trabalho tem exigido uma maior qualidade na ordem profissional, surgindo relacionamentos conjugais ausentes de coabitação por escolha do casal, cujo arranjo conjugal foi traçado no estabelecimento de lares separados e, a partir disso, o casal mantém encontros habituais, tornando a relação estável.⁹⁶

Juntamente com a modernização do vínculo conjugal, Camilo de Lelis Colani Barbosa⁹⁷ ilustra o seguinte entendimento:

A existência de relações sexuais e, principalmente, a obrigação dos cônjuges de manterem convívio sexual não é da essência do matrimônio, antes, pelo contrário, há matrimônios que se constituem já com o pressuposto da impossibilidade de relações íntimas.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 200

⁹⁵ OLIVEIRA, Dalva Trindade de Sousa. **Débito Conjugal Como Inadimplemento dos Deveres e Obrigações do Casamento**. Rio de Janeiro: Usina de Letras, 2014, p. 59 *et seq.*

⁹⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 184.

⁹⁷ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.129

Em consonância ao entendimento exposto no parágrafo anterior, urgem, como alguns dos exemplos: os casamentos entre pessoas de idade avançada, dos quais não se exige o *debitum conjugale*; os casamentos em que qualquer dos consortes possua uma enfermidade grave, impedindo a coabitação física, mas mesmo assim permanecendo casados; bem como os casamentos em que um dos consortes está ausente fisicamente por conta da sua profissão, caso em que a comunhão de vida é predominantemente espiritual.⁹⁸

Nesta senda, em atenção ao abrandamento sofrido pelo dever conjugal discutido neste item, cabe informar que não é válida a preferência do marido no momento de fixar a residência familiar, tendo em vista que o Código Civil, em paralelo com a autonomia conquistada pelas mulheres no âmbito profissional, prega a igualdade de gêneros, o que implica na decisão em conjunto quanto ao domicílio do casal, prezando sempre pelo desenvolvimento da entidade familiar.⁹⁹

Diante das informações trazidas acerca do vínculo conjugal, é notória a presença de elementos da autonomia da vontade de ambos os consortes, pois eles decidem como regular a sua vida em comum da melhor forma, ainda que sem o *debitum conjugale*. Essa liberdade inerente aos consortes demonstra a proximidade da figura jurídica do casamento às figuras contratuais, uma vez que ambas são pautadas na autonomia da vontade.

Em relação aos reflexos oriundos da violação do dever conjugal, discutidos neste momento do trabalho monográfico, cumpre esclarecer que serão tratados posteriormente, em tópico apartado, juntamente com a violação dos outros deveres conjugais já mencionados.

2.4.2 Mútua Assistência

Constante no art. 1566, III do Código Civil, o referido dever obriga os cônjuges a praticarem mútuo auxílio diante da relação conjugal, abarcando todos os níveis intersubjetivos inerentes ao relacionamento. Trata-se, portanto, de um dever que tem seu cumprimento de modo imperceptível, isso porque consiste em um conjunto de gestos, atenções, cuidados na área de saúde e na doença e serviços, suscitados pelos episódios comuns do cotidiano.¹⁰⁰

Tal dever, sim, compõe essência do matrimônio, é condição sem a qual não há harmonia entre as pessoas casadas, consolidando-se não só no aporte material no mundo

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 196

⁹⁹ *Ibidem*, p. 197

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. v.6. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.194 *et seq*

fático – por exemplo, no pagamento de despesas de moradia, alimentação, lazer –, como também na presença física e moral, no fato de conversar, trocar ideias acerca de objetivos que se assemelham.¹⁰¹

Em relação ao aporte material, ainda que terminado o casamento por meio de divórcio ou separação de fato, é importante aduzir que ele está condicionado à demonstração da dependência alimentar do cônjuge, sendo considerados fatores próprios para mensurar o *quantum* alimentar e o nível econômico na constância do casamento, levando-se em conta a realidade financeira de ambos os cônjuges.¹⁰²

Diante do dever que intitula o item discutido, é possível observar, na raiz de todos os sentimentos citados, a *affectio maritalis*, que, advinda do direito romano, forma a identidade fisiopsíquica dos consortes componentes da relação conjugal, e que o direito canônico enaltece como “uma só carne ou um só corpo”, enquanto o direito contemporâneo enaltece apresentando o matrimônio na sua configuração de elemento moral e econômico.¹⁰³

Interessa dizer que a explicação relativa ao ininterrupto dever de assistência material diante da separação de fato está pautada no fato de os recursos financeiros do casal objetivarem o atendimento das requisições de subsistência que sempre existiram no curso da relação conjugal, salvo se o consorte não necessitar do auxílio alimentar, dado que, do contrário, nem o divórcio põe termo final ao dever alimentar.¹⁰⁴

O dever de mútua assistência na relação conjugal, principalmente em relação à continuidade do aporte material ao fim do vínculo matrimonial, pode ser relacionado com a boa-fé objetiva e seus deveres anexos, ínsitos a qualquer negócio jurídico, incluindo o casamento, ainda que não exista previsão no momento de convergência de vontades para firmar o ato negocial. Como exemplos de ilustração do que foi afirmado, o Código Civil traz os artigos 113, 187 e 422, esses que também são aplicados no âmbito do casamento; pois, como já foi demonstrado, a união conjugal se aproxima da realidade inerente aos negócios jurídicos.¹⁰⁵

¹⁰¹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.130

¹⁰² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 198

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. *Op. Cit.*, 187.

¹⁰⁵ FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Boa-fé objetiva e Constitucionalização do Direito Privado. Os Deveres Anexos e a Violação Positiva do Contrato. Conceitos Parcelares da Boa-fé Objetiva. **Argumenta: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo (SP) n.87, jan./fev. 2014, p. 53 *et seq.*

2.4.3 Sustento, Guarda e Educação dos Filhos

O dever conjugal trazido no título do presente subtópico está disposto no art. 1566, IV do Diploma civil, tratando-se de um dispositivo reproduzido do Código Civil de 1916. O Código Civil de 1916 trajava a premissa de que todo matrimônio deveria redundar na existência da prole, mas, como já esgrimido neste trabalho, o casamento não precisa ter como fim a reprodução, fato que não pode ser abordado de forma similar à obrigação decorrente do pátrio poder.¹⁰⁶

Ao transportar um dispositivo do diploma civil antigo para o presente, o legislador opta por uma aparente redundância, mas é possível o entendimento, uma vez que, ao outorgar dupla proteção à prole, ocorre ratificação da atribuição moral e jurídica dos cuidados derivados da filiação.¹⁰⁷

Em relação à figura do sustento, é devido o auxílio material por parte dos progenitores enquanto os seus filhos são menores e incapazes, embora o desencargo alimentar não aconteça se a prole estiver estudando ou cursando nível superior.¹⁰⁸

Quanto a isso, necessita-se aduzir que os alimentos não são devidos somente até a maioridade civil, atingida aos dezoito anos completos. Vai além dessa idade quando o filho é estudante de curso superior ou de formação profissional e não trabalha, em conformidade com a súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça, editada nesse sentido. A súmula também atinge aquele filho que, mesmo tendo concluído o curso superior, ainda esteja cursando uma pós-graduação para completar sua qualificação profissional, ou no caso de enfermidade que careça de tratamento extremamente oneroso.¹⁰⁹

No que diz respeito ao dever de guarda, para fins dos deveres em comuna dos cônjuges, é cabido o entendimento de amplo direito-dever presente no âmbito familiar. O referido dever é disposto no texto da Constituição Federal, no seu art. 227, como prioridade absoluta da criança, juntamente com o dever de manutenção do filho, sob vigilância e esteio, com oposição relativa a terceiros, deveres esses inerentes ao poder familiar, disposto no art. 1630 do Código Civil.¹¹⁰

¹⁰⁶ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.130

¹⁰⁷ *Ibidem*, loc.cit. et seq

¹⁰⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 188.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 188.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.146.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem pactuando com os esclarecimentos feitos no parágrafo anterior acerca da guarda, de modo a determinar, no seu art. 33, que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança.¹¹¹

Quanto ao dever de educação, em acréscimo ao que já foi pontuado, é imprescindível compreender que consiste ele, dentro do âmbito jurídico, no recorte universalista próprio de uma condição de cidadão da qual decorre a compreensão de uma democracia civil, social e política. Uma das características de tal dever é ser como um pilar que sustenta a cidadania, objetivando a reunião das três etapas que constituem a educação: a educação infantil, o ensino fundamental, o ensino médio e até o ensino superior, conforme foi possível observar nas discussões anteriores.

Nesta senda, a educação é implementada na órbita da família, tendo força na convivência humana, nos espaços sociais, políticos e, principalmente, na escola. Essa amplitude de conceitos relacionados à educação como um dever imputado aos pais em face da legislação pátria, corresponde a formação total da pessoa, o que na Grécia antiga se entendia por *paideia*.¹¹²

2.4.4 Respeito e Consideração Mútuos

O dever conjugal que norteia este subtópico está disposto no art.1566, V do Código Civil, apresentando-se como uma novidade trazida no texto do Diploma Civil atual, não havendo, portanto, correspondência com nenhum outro dispositivo do Código Civil de 1916.¹¹³

Estão incluídos no dever conjugal ora discutido, além da consideração social compatível com o ambiente e com a educação dos cônjuges, o dever negativo de expor um ao outro a vexames e descrédito. Seguindo esta linha de raciocínio, é possível inscrever a “infidelidade moral”, assim denominada por Caio Mário da Silva Pereira, por entender que se trata de uma infidelidade que não atinge a concretização das relações sexuais, mas que, ainda assim, não perde a importância de apreciação perante a justiça nos processos de separação.¹¹⁴

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 8.069**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 04 jul. 2017

¹¹² LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p.147.

¹¹³ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.131

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 200

O dever de respeito e consideração mútuos tem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, não se tratando apenas de um dever conjugal, mas, anterior a isso, de um princípio ético, de presença obrigatória em todas relações pessoais, inclusive no casamento, esse que possui sua pauta de conduta particular, em razão das condições de cada entidade familiar caracterizada pelo vínculo conjugal. Vale frisar que o respeito submetido à figura da dignidade humana pode ser concebido como a condição mínima para uma convivência social, associado aos ideais de decência e pudor.¹¹⁵

2.4.5 Fidelidade Recíproca

O dever de fidelidade recíproca está presente no art. 1566, I do Código Civil vigente, podendo ser definido como o mais contundente dos deveres conjugais, em razão de seu significado decorrer da jurisprudência e da doutrina, ainda que esteja expressamente determinado no texto legal do diploma cível.¹¹⁶

Nesta esteira, é mister salientar que o dever moral e jurídico de fidelidade mútua transcorre do caráter monogâmico do casamento, em conjunto com os interesses superiores da sociedade, já que representa um dos pilares da vida conjugal e da família matrimonial.¹¹⁷

Baseado no fato de que a família ocidental segue, por tradição, o princípio da monogamia, a lei enuncia o preceito com o fim originário de estabelecer a fidelidade como princípio ético, sem obstar o caráter cogente da norma. Isso porque, diante de sua infração, é possível, para o cônjuge traído, fundamentar um procedimento de separação judicial litigiosa, com base na injúria grave ou justa causa, previstas, respectivamente, no art. 1573, I e no art. 1573, III do Código Civil.¹¹⁸

Quanto à separação judicial, cumpre esclarecer que, com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, esmiuçada em tópico anterior, houve uma preferência entre os consortes pela utilização do divórcio, uma vez que sua utilização implica no total desfazimento do vínculo conjugal, trazendo aos divorciados vantagens de cunho jurídico, psicológico e econômico, evitando, assim, a duplicidade dos procedimentos exigida antes do advento de tal Emenda Constitucional. No âmbito constitucional, seguindo o entendimento de

¹¹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 190.

¹¹⁶ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.131

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 145

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 195

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, é coerente afirmar que “desapareceu do nosso sistema constitucional o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma nova recepção.”¹¹⁹

O dever conjugal discutido no presente subtópico é norma dotada de caráter moral e educativo, mas que também é dotado de influência jurídica em todo sentido, haja vista que possui obrigatoriedade e é revestida de sanção.¹²⁰

Silvio Sálvio Venosa acredita que “a quebra do dever de fidelidade é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa”, podendo depreender de tal conceito que infidelidade seria o ato sexual com terceiro.¹²¹ De outro giro, Maria Helena Diniz, acredita que “consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro”.¹²² Embora apenas os dois autores tenham sido citados, existem diversos conceitos acerca do dever de fidelidade recíproca entre os consortes.

Cabe, contudo, a consideração de que a realidade social vigente costuma influenciar os conceitos jurídicos, de modo que a fidelidade conjugal não pode prender-se à conjunção carnal com terceiro. Outras formas de relações sexuais surgem, inclusive no âmbito virtual, ampliando as possibilidades de quebra do dever de fidelidade. Relações sexuais no âmbito virtual consistem no uso da comunicação via internet ou similares, nas quais seria possível o contato íntimo entre as pessoas sem efetivo contato físico, o que causaria ofensas similares às relações tidas por tradicionais.¹²³

Importa suscitar que a infidelidade virtual é uma conduta desonrosa do cônjuge infiel em detrimento do seu consorte, obviamente, no caso de violação da honra deste, constituindo-se em infidelidade moral.¹²⁴

No que se refere à questão do adultério, é necessário lembrar que o art. 240 do Código Penal, responsável por tipificar a figura do adultério como conduta criminosa, foi desconsiderado fato criminoso em face das modificações introduzidas pela lei nº 11.106/2005.¹²⁵

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60

¹²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 195

¹²¹ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.6. 15 ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 157

¹²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p145 *et seq.*

¹²³ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.128

¹²⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 180 *et seq*

¹²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 194

Em atenção à ideia de igualdade entre os consortes, pregada no texto constitucional, não seria correto desenhar uma diagnose diferencial da dor de ser traído, uma vez que a fidelidade recíproca é exigida das duas partes que compõem a união conjugal. A sociedade mudou bastante, ainda que a infidelidade masculina seja mais frequente, homens e mulheres se encontram em pé de igualdade, estando sujeitos a desvios e tropeços de condutas na relação a dois, configurando-se arriscado o estabelecimento de uma escala de gravidade.¹²⁶

De todo modo, vale alertar a intensa dificuldade de comprovação lícita da conduta que tem como fim o adultério ou a infidelidade virtual, posto que a Constituição Federal propõe a uma camada intransponível relativa à proteção da vida privada de cada indivíduo, tutelando juridicamente os aspectos mais íntimos, as informações mais profundas, as quais não dizem respeito a ninguém, nem mesmo ao seu consorte.¹²⁷

Após oxigenar os conceitos acerca da fidelidade, parece adequado definir o dever de fidelidade recíproca como o aspecto referente aos atos concretos que violam a monogamia, somados ao aspecto da vontade dirigida para quebra da relação, o que, respectivamente, traduzem-se em aspecto objetivo e aspecto subjetivo.¹²⁸

Seguindo a linha das questões expostas, soa estranhamente a imposição do Estado diante do dever de fidelidade, uma vez que, de acordo com o princípio da intervenção mínima no direito de família, a sua atuação deve se reduzir ao mínimo, para eficiência das relações. Além disso, é mister salientar que, no momento em que os cônjuges assumem o vínculo conjugal, estão assumindo também os deveres que cercam a avença, sendo assim, cabe a eles a vigência destes deveres, caso contrário, aquele que se sinta lesado em virtude da conduta do outro poderá provocar a justiça para reaver o seu prejuízo ou desfazer o vínculo.¹²⁹

2.4.6 Deveres Conjugais e Autonomia Privada

Após a exposição dos deveres conjugais presentes no art. 1566 do Código Civil, é devido trazer a debate os argumentos que têm influenciado para a relativização de tais deveres, como a questão do divórcio em face do princípio da intervenção mínima no direito

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 286 *et seq*

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 246

¹²⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.128

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 288

de família e, por consequência, a valorização da autonomia da vontade que se mostra cada vez mais presente na relação conjugal.

O princípio da intervenção mínima do Estado no direito de família, vincula-se à ideia de autonomia privada, uma vez que a Constituição Federal de 1988 propõe uma ênfase na dignidade da pessoa humana, retirando o caráter patrimonial entranhado nas relações de direito civil e compreendendo a dignidade como cerne do Sujeito, o que, conseqüentemente, atingiu a seara das relações familiares.¹³⁰

Basicamente, a intervenção mínima do Estado no direito de família prega uma evolução da entidade familiar, não havendo mais uma hierarquização na sua estrutura, o que implica em uma nova roupagem às relações presentes no âmbito familiar, a qual restringe as ingerências advindas do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros, ainda que reste mantida a função de tutelar a família, possibilitando a garantia acerca das manifestações de vontade e manutenção do núcleo afetivo entre os componentes da família.¹³¹

Essa mudança de paradigma, pautada na valorização da dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade, foi relevante para a fundamentação da Emenda Constitucional nº66/2010, que afastou o Estado da intimidade do casal, reconhecendo a autonomia deste para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou motivações presentes em lei.¹³²

Antes mesmo de a referida Emenda Constitucional entrar em vigor, Cristiano Chaves de Farias já ilustrava o seguinte pensamento acerca do assunto:

Como cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a dignidade do homem, não há dúvidas de que, se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna.¹³³

A Emenda Constitucional nº66/2010, trata da valorização do elemento volitivo na relação conjugal por força da necessidade social moderna, uma vez que as relações familiares são caracterizadas pela dinâmica do sentimento afetivo, não sendo diferente nas relações conjugais.

Além do elemento “vontade”, a tão discutida Emenda ratifica a dignidade da pessoa humana ao promover a valorização da liberdade, uma vez que os meios para o

¹³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 150 *et seq*

¹³¹ *Ibidem*, *loc. cit. et seq*

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45

¹³³FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 55

exercício do divórcio se tornaram mais eficazes e menos burocráticos, podendo ser concretizado pela via extrajudicial nos casos previstos em lei, como prevê o Novo Código de Processo Civil, no art. 733, reproduzindo o teor do art. 1214-A do Código de Processo Civil de 1973.¹³⁴

Os efeitos jurídicos da Emenda Constitucional discutida no presente subtópico tem como principal ponto de destaque a edição do art. 226, §6º da Constituição Federal da República, essa que passou a admitir o divórcio como a única espécie de desfazimento hábil do matrimônio, constituindo-se em uma medida de natureza potestativa, cuja concretização se desvincula da observância de qualquer requisito de natureza objetiva ou subjetiva.¹³⁵

Além disso, importa esclarecer que o novo entendimento constitucional acerca do divórcio vai de encontro a alguns dispositivos que tratam da separação judicial e da separação de fato, as quais constituíam antigos requisitos para o acontecimento do divórcio. Com a não recepção da norma constitucional posterior frente aos dispositivos que tratam da separação, juntamente com a tentativa de desburocratização do ato que daria fim ao vínculo conjugal, entendeu-se que a separação de direito perdeu o sentido.¹³⁶

Ocorre que a não recepção da separação de direito, constituída em lei ordinária, reflete um caso de inconstitucionalidade superveniente, uma vez que há um desrespeito à norma constitucional atual. Entretanto, não seria razoável considerar divorciados aqueles que já estariam separados ao tempo da promulgação da Emenda Constitucional, uma vez que já existiria uma situação jurídica perfeitamente consolidada, em consonância com as regras vigentes, ao tempo de sua constituição, com o intuito de vedar o problema da insegurança jurídica.¹³⁷

No contexto da Emenda Constitucional nº66/2010, no qual está inserida a valorização da autonomia das partes em face dos princípios da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima do Estado, restam afetados os deveres conjugais, uma vez que a violação desses, naturalmente, perdeu força diante do divórcio, o qual não mais deve ser visto como uma punição à violação de um determinado dever emergente da relação conjugal, mas

¹³⁴ GODINHO, Tânia Mara Lapa. **Deveres conjugais: Efeitos Jurídicos na Ocorrência de Ruptura da Sociedade Conjugal**. Salvador: Romanegra, 2009, p. 116 *et seq*

¹³⁵ LEITE, Glauber Salomão. A Emenda do Divórcio: O Fim da Separação de Direito?. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 171-193.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 171-193.

¹³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Relexões. **Argumenta: Revista Síntese, Direito de Família**, São Paulo (SP), n.61, ago./set. 2010, p. 92 *et seq*.

sim como um direito potestativo que cada cônjuge possui para finalizar o vínculo matrimonial, caso seja condizente com a sua vontade.

Ou seja, o fim da união conjugal é derivado da vontade de um dos cônjuges de encerrar aquele vínculo, que não mais o agrada, uma vez que o sentimento que deveria reger aquela relação já não existe mais. Logicamente, a violação de qualquer dos deveres conjugais previstos no art. 1566 do Código Civil pode dar ensejo ao divórcio, contudo é de extrema importância observar que a vontade de não estar vinculado àquela relação conjugal é o gatilho propulsor para o fim da vinculação entre os consortes, ato que se materializa no mundo jurídico por meio do divórcio.

Tais questões desencadearam uma incidência do comportamento social em relação aos deveres conjugais e à violação desses, haja vista que o controle da ordem pública sob o matrimônio se mostra em declínio, assim como as sanções clássicas, o que acontece muito em face da valorização dos princípios da intervenção mínima do Estado e da dignidade da pessoa humana, os quais implicam na autonomia dos consortes no concernente aos deveres constantes no vínculo matrimonial.¹³⁸

O dever conjugal de vida em comum no domicílio conjugal é um exemplo dos influxos sociais proporcionados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela autonomia da vontade entre as partes, uma vez que a ideia de *debitum conjugale* foi relativizada, com o fito de proteger as garantias individuais de cada consorte. Como já ilustrado no presente trabalho, restou inequívoca a ideia de que o dever de vida em comum no domicílio conjugal não depende do dever de débito conjugal, mas sim da existência da formação de uma unidade de projetos em comum, como sonhos, perspectivas presentes e futuras, formação de prole e outros.¹³⁹

O dever conjugal de fidelidade recíproca entre os consortes, também já ilustrado anteriormente neste trabalho, assim como o dever de vida em comum no domicílio, também acabou sofrendo as repercussões oriundas da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, da ideia de autonomia privada nas unidades familiares e do princípio da intervenção mínima do Estado. O referido dever conjugal encontra-se mitigado nos casos de relação poliamorosa, a qual merece, portanto, ser discutida nos parágrafos a seguir.¹⁴⁰

¹³⁸. A Emenda do Divórcio: O Fim da Separação de Direito?. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 171-193.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 249 *et seq*

¹⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461

A “relação de poliamor”, denominada assim por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, é um exemplo de que os consortes regem à intimidade atinente ao vínculo conjugal, de maneira que o Estado não deve intervir.¹⁴¹

O poliamor é uma teoria do ramo psicológico que vem tendo importância para o mundo jurídico, consiste na coexistência de relações afetivas, emocionais, íntimas e possivelmente sexuais entre duas ou mais pessoas, que formam uma única unidade familiar, na qual todos os partícipes estão cientes e aceitam uns aos outros, fazendo jus à autonomia privada, configurando uma relação familiar múltipla e aberta. Apesar de não ter sido reconhecida pelo Estado, o poliamor constitui um tipo especial de unidade familiar e, por isso, deve ser abarcado pela Constituição Federal de 1988, que, no seu texto normativo, opta por albergar novos vínculos afetivos.¹⁴²

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões colegiadas, têm se mantido firmes frente ao dever conjugal de fidelidade recíproca, não reconhecendo o poliamor como um exemplo de unidade familiar.¹⁴³ Por outro lado, os Tribunais de Justiça têm proferido decisões judiciais cujo entendimento tem se dado no sentido de reconhecer a união dúplice e o pagamento de alimentos em face da companheira. Sendo assim, é de extrema importância o voto do Desembargador Rui Portanova frente da Apelação nº 70022775605, proposta no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois houve a constatação de reconhecimento de união estável entre a Autora e o Réu no curso do casamento deste, o que implicou na configuração de obrigação alimentar devido a duplicidade de uniões.¹⁴⁴

O Relator da Apelação supracitada se vale da tese dos efeitos familiares à relação conjugal, na qual sustenta a ideia de relacionamentos simultâneos constituindo uniões estáveis, e não o concubinato, em atenção à valorização do afeto.¹⁴⁵ Embora se trate de uma nova forma de configuração da entidade familiar, o poliamor é tema novo ao direito civil,

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 288

¹⁴² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. Os Efeitos do Poliamorismo no Direito Contemporâneo: Uma análise à luz da Dignidade da Pessoa Humana. **Argumenta: Revista Síntese, Direito de Família**, São Paulo (SP), n.93, dez./jan. 2016, p. 9 *et seq*

¹⁴³ MOREIRA, Thacio Fortunato. Poliamorismo nos Tribunais. **Argumenta: Revista Síntese, Direito de Família**, São Paulo (SP), n.93, dez./jan. 2016, p. 28 *et seq*

¹⁴⁴ RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70022775605. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Julgado em 19 out. 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70022775605.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 6 jun. 2016.

¹⁴⁵ MOREIRA, Thacio Fortunato. Poliamorismo nos Tribunais. **Argumenta: Revista Síntese, Direito de Família**, São Paulo (SP), n.93, dez./jan. 2016, p. 28 *et seq*

ainda não disposto na legislação pátria e, portanto, é necessário tempo para sedimentar a referida teoria.

Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona Filho alertam que o “conceito tradicional do dever de fidelidade tem sido flexibilizado quando há mútuo conhecimento e aceitação”.¹⁴⁶ Diante disso, cabe informar que a flexibilização do dever de fidelidade é casuística e, neste caso, depende do conhecimento e aceite de todos os partícipes envolvidos na relação de poliamor. Portanto, o dever de fidelidade segue como um dever presente nas relações conjugais, corroborando com as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Em paralelo, é notória a presença da autonomia privada na unidade familiar pautada no poliamor, pois as partes envolvidas devem ter consentimento mútuo e aceitação, demonstrando mais uma vez o caráter negocial presente do matrimônio, porque, até em situação especial como o poliamorismo, a concorrência de vontades dos partícipes de determinada relação permite firmar acordos que norteiam a gestão do matrimônio sem violar deveres conjugais.

Ainda que relativizados ou mitigados, a existência dos deveres conjugais tem sua importância atrelada ao ordenamento jurídico, pois são deveres que gravitam em torno de valores e vínculos subjetivos típicos da construção familiar, além de serem norteados pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, que, juntos, resultam nos compromissos e responsabilidades da vida a dois, adequando-se às diferenças individualizadas de cada consorte, restando justificada a formação da vida conjugal.¹⁴⁷ Ou seja, não obstante o cenário atual no qual estão mergulhadas as unidades familiares matrimonializadas, os deveres jurídicos ainda merecem tutela do ordenamento jurídico.

2.5 VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Os deveres conjugais dispostos no art. 1566 do Código Civil são normas de comportamento matrimonial e de recíproca observação, são como comandos normativos cogentes do casamento, sendo assim, uma vez violado qualquer desses deveres, que não

¹⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 464

¹⁴⁷ GODINHO, Tânia Mara Lapa. **Deveres conjugais: Efeitos Jurídicos na Ocorrência de Ruptura da Sociedade Conjugal**. Salvador: Romanegra, 2009, p.130 *et seq*

admitem dispensa por vontade dos cônjuges, implicará, na faculdade de o consorte atingido pela quebra do dever matrimonial promover a dissolução do seu casamento.¹⁴⁸

A jornada em busca de um culpado para o fim do vínculo afetivo presente no matrimônio originou-se no âmbito religioso, com o fito de dificultar o fim dos relacionamentos familiares, pretendendo valorizar a indissolubilidade do vínculo entre os consortes e a sua prole.¹⁴⁹

A lei do divórcio de 1977, prezava pela prova da violação culposa dos deveres matrimoniais, tornando insuportável a convivência entre os consortes, uma vez que, no entendimento da derogada legislação, deveria sempre ocorrer a existência de um culpado pela destruição da sociedade conjugal.¹⁵⁰

O trajeto do direito processual brasileiro nos mostra que perquirir a culpa do cônjuge violador do dever conjugal através de longos embates jurídicos foi se tornando desinteressante para o direito; pois, após a Emenda Constitucional n.66 de 2010, o objetivo do divórcio se resume à finalização formal do vínculo conjugal em detrimento da vontade de um dos consortes ou de ambos perante o juízo, visando o fim da comunhão plena de vida e da ausência definitiva de interesses comuns.¹⁵¹

Maria Berenice Dias posiciona-se em face da culpa no fim do vínculo conjugal, aduzindo que “com o fim da separação, toda teoria da culpa esvaiu-se, e não mais é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento”.¹⁵² Assim, é cabida a interpretação de que ocorre uma impossibilidade de impor penas relativas ao fim do casamento no cenário póstumo à Emenda Constitucional de 2010, uma vez que apenas a vontade de um ou de ambos os consortes basta para o desfazimento do vínculo conjugal.

No momento em que ocorre a tentativa de qualificar um dos cônjuges como culpado pelo fracasso da relação conjugal, são criados mais impedimentos, haja vista que o cônjuge inocente deve expor fatos aptos a demonstrar a culpa do outro, ampliando o

¹⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 179

¹⁴⁹ BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília.

¹⁵⁰ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 179

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 179

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual e Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204 *et seq.*

sofrimento e as feridas, e, sendo o afeto um valor, é subjetivo, o que torna o rompimento do vínculo de um casal subjetivo, restando dificultada a imputação da culpa.¹⁵³

A Emenda Constitucional nº66 de 2010 tornou a imputação da culpa no âmbito conjugal despicienda em relação aos reflexos na discussão do nome de casado, bem como diante dos reflexos na discussão sobre alimentos entre ex-cônjuges.

Anteriormente à Emenda do divórcio, o cônjuge culpado em ação de separação judicial perdia o direito de usar o sobrenome do cônjuge inocente que requeresse expressamente, desde que tal pedido não acarretasse em prejuízo para identificação ou manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida. Considerando que a culpa pelo fim do relacionamento não mais se justifica, somada à valorização da dignidade da pessoa humana, o entendimento acerca do reflexo da culpa no nome de casado é descabido, pois não assiste razão em dar prosseguimento ao comando do art. 1578 do diploma cível, já que o nome faz parte dos direitos da personalidade e esses merecem proteção por constituírem parte do patrimônio pessoal do indivíduo.¹⁵⁴

De outra banda, o art. 1694 do Código Civil tem o condão de determinar o pedido de alimentos entre os companheiros ou ex-cônjuges, levando em conta as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada. Seu parágrafo segundo versa que “os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.¹⁵⁵ O art. 1704 da Codificação Cível demonstra que, se o cônjuge for culpado pelo fim do relacionamento, somente fará jus aos alimentos se não existirem outros parentes que possam prestá-los ou quando não há condições para exercer atividade laboral, também devendo ser averiguada a exata fixação de valores para sua sobrevivência, excluindo os alimentos destinados a manter o padrão de vida anterior.¹⁵⁶

Nesta linha de raciocínio, é preciso analisar, à luz da nova perspectiva trazida pela Emenda Constitucional nº66 de 2010, a combinação dos artigos supracitados que se relacionam com os alimentos.

¹⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade Vista Pelos Tribunais**. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001, p. 41 *et seq.*

¹⁵⁴ MONTEIRO, Renata Olivia. **A Emenda Constitucional nº.66/2010 e a Responsabilidade Civil nas Relações Conjugais**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Eduardo Tomasevicius Filho. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

¹⁵⁵ BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 32 *et seq.*

¹⁵⁶ *Ibidem, loc. cit. Et seq.*

A nova perspectiva da Emenda do divórcio, em conjunto com a igualdade entre os cônjuges, o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia das partes, é responsável pela não atribuição dos efeitos da culpa nos casos de fixação de alimentos, isso porque os institutos da separação judicial perderam a efetividade após o reconhecimento do divórcio como único meio para efetuar o rompimento do vínculo conjugal. Ou seja, a fixação de alimentos deverá respeitar o binômio necessidade e possibilidade.¹⁵⁷

Antes de prosseguir tratando do descarte da culpa frente ao pedido de divórcio, importa destacar que a violação de cada dever conjugal determinado no art.1566 do Código Civil possui uma determinada consequência, e todas elas serão analisadas nos parágrafos seguintes de maneira breve, atendendo aos anseios do presente trabalho monográfico.

Em relação à violação do dever de constituir vida em comum no domicílio conjugal, pode-se dizer que o seu rompimento ocorrerá com o abandono imotivado do lar por parte de um dos consortes (processo também chamado de deserção), após recusa injustificada à satisfação do débito conjugal, gerando fundamento para a separação judicial na pendência de alimentos provisionais pelo cônjuge abandonante. Caso o cônjuge abandonante seja o marido, caberá a prestação de alimentos, podendo esta se configurar em comportamento injurioso ao outro cônjuge. Dentre as consequências oriundas de deserção, estão excepcionados os casos especiais relativos a esse dever, já contemplados em subtópico anterior.¹⁵⁸

Ainda em relação ao dever de constituir vida em comum no domicílio conjugal, a escolha para fixar residência onde os cônjuges deverão viver e trabalhar é inerente a ambos os consortes, mas, se um dos cônjuges se muda, por capricho ou hostilidade, para lugar inóspito, insalubre ou desconfortável, pode qualquer dos cônjuges prejudicados recusar-se a acompanhar o outro, sem quebrar o dever legal.¹⁵⁹

No que se relaciona com o dever de mútua assistência, é imperioso destacar que o descumprimento da assistência material por parte de um dos cônjuges leva a conversão da referida assistência no dever de alimentos, dentro dos parâmetros da legislação cível.¹⁶⁰

¹⁵⁷ MONTEIRO, Renata Olivia. **A Emenda Constitucional nº.66/2010 e a Responsabilidade Civil nas Relações Conjugais**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Eduardo Tomasevicius Filho. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p.100 *et seq*

¹⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 196 *et seq*

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 197

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.146.

Em relação ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos, é possível a configuração de diversas consequências frente a sua violação em face dos filhos, como por exemplo: a condenação para pagamento de alimentos; a substituição da guarda ou até mesmo a perda do poder familiar; e ainda a responsabilidade civil por danos morais em virtude da violação aos direitos da personalidade que se consolidam durante o tempo de formação da criança e do adolescente.¹⁶¹

Considerando que o dever conjugal de respeito mútuo está pautado na dignidade da pessoa humana e que se baseia em um mínimo de convenções morais que não admitem violação pela ação desrespeitosa de outro cônjuge, a sua violação desencadeia a impossibilidade de continuidade da comunhão de vida, não devendo qualquer juiz insistir em pesquisar a culpa para mensurar a dignidade do cônjuge que denuncia a derrocada do seu vínculo matrimonial. Claramente, se o desrespeito por parte de um dos cônjuges atingisse a esfera da honra subjetiva do seu consorte, caberia pleitear em juízo uma possibilidade de reparação, assunto esse que será tratado no próximo capítulo de maneira detalhada.¹⁶²

O dever conjugal de fidelidade recíproca teria a possibilidade de ruptura através de diversas formas, desde que constasse a presença de um terceiro elemento não autorizado na esfera de convivência conjugal, em espúria relação afetiva ou relação sexual com um dos cônjuges. Carícias, afagos, conversas íntimas, todos seriam exemplos de invasão à esfera de exclusividade de afeto de ambos os cônjuges, restando caracterizada a infidelidade.¹⁶³

Deste modo, a violação ao dever de fidelidade recíproca pode ter conteúdo físico ou moral e moral ou imaterial, pois a lei não a restringe ao ato sexual com uma pessoa alheia ao vínculo matrimonial. Nesta senda, o descumprimento deste dever poderá ser de ordem material, caracterizando-se pela consumação da relação sexual fora do casamento; e imaterial, se tratando da prática de atos do cônjuge com terceiros as quais, apesar de não atingirem a cópula carnal, visam a esse propósito.¹⁶⁴

Muitas vezes não há o contato físico ou a prática sexual direta, como por exemplo nos casos de sexo virtual, telessexo, mensagens via celulares ou e-mails. Nestes casos, é inegável a existência de intenção em cometer o ato, bem como a perda de interesse no cônjuge

¹⁶¹ *Ibidem*, p.147.

¹⁶² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191

¹⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 288 *et seq*

¹⁶⁴ LEITE, Glauber Salomão. A Emenda do Divórcio: O Fim da Separação de Direito?. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 171 *et seq*

e o desrespeito pela busca da satisfação, que não mais se encontra no vínculo matrimonial. Em que pese inexistir infidelidade diante dos atos anteriormente descritos, entende-se que há uma fragmentação do dever de lealdade, causando uma violação da integridade psíquica do outro consorte.¹⁶⁵

De fato, para que o divórcio seja suscitado entre os cônjuges, não é preciso imputação da culpa, haja vista que a vontade é o elemento vital para desencadear tal procedimento, independentemente de qual o dever tenha sido violado por um dos cônjuges. Embora tal questão seja de pleno acerto no âmbito cível, não é possível afastar a caracterização de dano no momento em que um dos cônjuges impõe violação ao direito do outro, desrespeitando os fundamentos da relação conjugal.

Nesta linha de raciocínio, é preciso entender que o dano oriundo das relações conjugais consiste em comportamentos abusivos e desrespeitosos por parte de um dos cônjuges, atingindo a esfera da integridade física ou psíquica daquele que completa a união conjugal, suprimindo suas necessidades inerentes à dignidade humana. A discussão da culpa na seara da responsabilidade civil não tem o condão de restituir a culpa como causa do pedido de divórcio, ideal sedimentado pela Emenda Constitucional nº66 de 2010, mas sim a culpa pelo descumprimento doloso dos deveres conjugais, de maneira intencionada a causar ao outro consorte dor, sofrimento e humilhação.¹⁶⁶

Consonante com os argumentos expostos, é mister salientar que, diante da violação de um dever conjugal de maneira dolosa, causando grave dano ao cônjuge ofendido, apesar de não constituir elemento vital para o pedido de divórcio, torna possível a determinação do cônjuge culpado. Tal fato traz consigo consequências profundas, como o dever de reparação em face da obrigação do cônjuge responsável pela violação de deveres matrimoniais, implicando na sua responsabilização pelos danos causados ao cônjuge inocente.¹⁶⁷

A responsabilização do cônjuge culpado não poderá se dar no âmbito do pedido de divórcio, uma vez que o ato desconstitutivo do vínculo matrimonial depende unicamente do elemento volitivo de apenas uma das partes, independentemente de motivo. Preenchidos

¹⁶⁵ LEITE, Glauber Salomão. A Emenda do Divórcio: O Fim da Separação de Direito?. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 171-193.

¹⁶⁶ FERRAZ, Carolina Valença Análise da Culpa Pelo Fim do Casamento no Contexto da Nova Sistemática do Divórcio In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 221 *et seq*

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 222 *et seq*.

os pressupostos da responsabilização, o cônjuge ofendido exercerá o seu direito por meio da propositura de uma ação de reparação civil, por força da inequívoca possibilidade de percepção do dano nas causas dolosas que geram o término das relações matrimoniais, já que o fim do casamento por força da violação da dignidade, honra, intimidade, integridade física ou psíquica de um dos consortes merece discussão na esfera da responsabilidade civil.¹⁶⁸

Diante do entendimento suplantado pela Emenda Constitucional nº66 de 2010 em relação à irrelevância da culpa para o fim do vínculo matrimonial, no que se refere ao dever conjugal de fidelidade recíproca, ponto fundamental do presente trabalho, é imperioso dizer que, além do referido dever se submeter às ideias trazidas no decorrer do capítulo, também se encontra como um dos deveres conjugais que, se violados em virtude de conduta dolosa de um dos cônjuges, tem capacidade de ensejar a responsabilização civil do ofensor, bastando o preenchimento os requisitos que antecedem o dever de reparação.

A responsabilização civil no direito de família por força da infidelidade conjugal, mencionada genericamente neste tópico, será esmiuçada no capítulo que está por vir, uma vez que o objetivo do primeiro capítulo deste trabalho monográfico já foi atingido, com a análise histórica e constitucional do casamento aliada ao exame da sua natureza jurídica. Constatou-se que a união conjugal é uma figura bem próxima dos negócios jurídicos, uma vez que possui direitos e deveres para ambas as partes envolvidas (os consortes), contemplando, inclusive, a presença da autonomia da vontade no vínculo conjugal.

¹⁶⁸FERRAZ, Carolina Valença Análise da Culpa Pelo Fim do Casamento no Contexto da Nova Sistemática do Divórcio *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 223 *et seq.*

3. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Consoante aos argumentos edificados no capítulo anterior, insta asseverar que as perspectivas do direito de família nos tempos modernos estão marcadas pelo advento da Constituição Federal de 1988, que elevou o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo o indivíduo como viga mestra da ordem jurídica, o que, conseqüentemente, fomentou o princípio da supremacia da pessoa, fundamento indenizatório para a reparação de toda ofensa à pessoa.

Em paralelo, tem-se cada vez mais a autonomia da vontade norteando as relações afetivas, principalmente as relações conjugais, de modo a aproximar o casamento da figura do negócio jurídico, suscitando a possibilidade de indenização do dano nas referidas relações afetivas.¹⁶⁹

O dever de reparar um eventual dano surge todas as vezes que um determinado sujeito sofre um prejuízo qualquer, uma ofensa física ou moral, um desrespeito a seus direitos, uma violação ao *quantum* avençado, sendo que tudo isso será alvo do instituto da responsabilidade civil para o ressarcimento daquele que foi prejudicado de alguma forma.¹⁷⁰

Sérgio Cavalieri Filho inteligentemente aduz que “a responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todos os rios do direito: Público e Privado, material e processual”, complementa o seu raciocínio entendendo que a responsabilidade “é uma abóbada que enfeixa todas as áreas jurídicas, uma vez que tudo acaba em responsabilidade”.¹⁷¹ Diante do entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, é possível depreender a responsabilidade civil como um instituto em trânsito por todas os ramos do direito, inclusive no direito de família que regula as relações afetivas, desde que estejam preenchidos os requisitos inerentes à responsabilização.

A vista disto, é válida a análise da necessidade de aplicação da responsabilidade civil no direito família em aspecto generalizado, juntamente com posterior exame da responsabilidade civil mediante a infidelidade conjugal, a fim de se observar o cabimento da responsabilização do cônjuge infiel ao praticar adultério.

¹⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hassen (coord.) **Direitos Fundamentais no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 360 *et seq*

¹⁷⁰ STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 132 *et seq*

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. **Argumenta: Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro (RJ), v.6, n.24, 2003, p. 33 *et seq*

3.1 FUNDAMENTOS DA APLIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

O alicerce para utilização da responsabilidade civil no âmbito das relações afetivas é a sua evolução ao longo da história: anteriormente os seus efeitos apenas eram considerados no âmbito patrimonial; no presente momento, seus reflexos alcançam também o âmbito extrapatrimonial. A inclusão do dano extrapatrimonial como requisito da responsabilização no âmbito cível é fruto da divisão da responsabilidade em subjetiva e objetiva, mediante a amplificação da teoria dos riscos, o que possibilitou a verificação e a aplicação dos princípios que regem a responsabilidade civil nas relações oriundas do afeto ou que concebem a afetividade como fundamento.¹⁷²

Em forte acordo com as questões abordadas até aqui, Vilma Maria Inocência Carli se posicionou da seguinte forma:

Na verdade, no Direito da família moderna, fica evidente a possibilidade de reparação civil em uma relação familiar, porque a influência dos valores e garantias constitucionais que incidem e identificam a responsabilidade civil são inovações no ordenamento jurídico. Como o reflexo de um processo de constitucionalização das relações familiares e privadas, serão compreendidos os institutos da responsabilidade civil com o conteúdo determinado pelo acolhimento das garantias constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana e a solidariedade no grupo social e familiar.¹⁷³

O universo do direito de família vem enfrentando um verdadeiro cenário de polêmicas envolvendo a responsabilização civil, uma vez que a jurisprudência que complementa o ordenamento pátrio, apesar de tentar acompanhar as modernizações sociais, tem o costumeiro hábito de restringir o pleito indenizatório às relações afetivas em face dos danos oriundos do rompimento. Acontece que a figura da relação conjugal sofreu influência do princípio da dignidade humana, da autonomia da vontade das partes e da intervenção mínima do Estado, levando o vínculo conjugal ao patamar de ato negocial, o que culminou na exposição da sociedade a novos tipos de conflitos, estes que não devem passar incólumes pelo filtro da responsabilidade civil.¹⁷⁴

¹⁷²BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 21 *et seq*

¹⁷³CARLI, Vilma Maria Inocência. Paradigmas Contemporâneos da Responsabilidade Civil no Direito de Família. **Argumenta: Revista Prática Jurídica**, Brasília: Consulex, ano 8, n.90, set. 2009, p. 18 *et seq*

¹⁷⁴SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 100 *et seq*.

Surge como argumento contrário à utilização da responsabilidade civil no âmbito das relações afetivas a especialidade dos dispositivos que regem o direito de família, mas é preciso levar em consideração que o referido ordenamento está submetido à Constituição Federal e às normas supranacionais. Como exemplo da submissão do direito de família à Constituição Federal e as normas supranacionais, ocorrem a defesa de valores como o princípio do *neminem laedere*, (Valor depreendido do artigo 422¹⁷⁵ do Código Civil), o respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III¹⁷⁶ da Constituição Federal) à sua integridade física, moral e psíquico, estes que são oriundos dos direitos da personalidade previstos do artigo 11 ao 21¹⁷⁷ do Código Civil de 2002.¹⁷⁸

A Ausência de legislação específica acerca do assunto tratado em parágrafo anterior não pode significar empecilho para incidência das normas de responsabilidade civil, já que sustentar uma norma expressa vai de encontro ao sistema jurídico brasileiro e à própria Constituição Federal, que prevê a responsabilização por todo e qualquer tipo de dano material ou moral causado a outrem.¹⁷⁹

Consonante à submissão dos dispositivos que regem o direito de família à Constituição Federal de 1988, é imprescindível explanar o entendimento de José de Castro Bigi, que, desde 1992, afirma ser “gritantemente clara” a intenção do legislador em garantir o socorro da justiça civil para o indivíduo casado que, em decorrência da conduta do seu consorte, sofre violação em sua intimidade, na sua vida privada, na sua honra e na sua imagem.¹⁸⁰

Cabe lembrar que o ordenamento brasileiro, em matéria de dano ressarcível, possui caráter atípico ou aberto, ou seja, o legislador optou pela previsão de cláusulas gerais, não se restringindo aos interesses cuja violação originaria um dano ressarcível, seja patrimonial ou moral.¹⁸¹

¹⁷⁵BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 10 jul. 2017.

¹⁷⁶*Ibidem*

¹⁷⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 03 out. 2017

¹⁷⁸BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 27 *et seq*

¹⁷⁹*Ibidem*, p. 27 *et seq*

¹⁸⁰BIGI, José Carlos. Dano moral em separação e divórcio. **Argumenta: Revista dos Tribunais**, São Paulo (SP), ano 81, v. 679, 1992, p. 48 *et seq*.

¹⁸¹SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 100 *et seq*.

Seguindo o raciocínio, considerando as cláusulas gerais para enquadramento do dano ressarcível, não poderia ser obstada a incidência da responsabilização civil nas relações conjugais ou afetivas, desde que fossem preenchidos os requisitos atinentes à responsabilidade.

Controvertendo a ideia de aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, também é suscitada como óbice a ideia de o direito de Família não encontrar economicidade nas relações afetivas. Tal entendimento acaba esmorecido, pois a teoria de que a economicidade não é o único elemento para a validade das obrigações tem ganhado espaço no âmbito doutrinário. Consubstanciada na possibilidade de proteção em relação a alguns deveres de conteúdo não patrimonial estipulados entre as partes, essa teoria busca a função disciplinadora da vida social atribuída ao direito, a qual não se restringe aos valores de pura expressão econômica.¹⁸²

O jurista português José Antunes Varela posicionou-se de forma positiva em relação à tutela dos deveres não patrimoniais na relação avançada, alegando que, para tanto, “a prestação (estipulada) corresponda a um interesse real do credor”, complementando o raciocínio ao aduzir que “o interesse do credor seja digno de proteção legal”.¹⁸³

Considerando a importância dos deveres não patrimoniais, é preciso lembrar que a relação conjugal está contida na órbita dos negócios jurídicos, que são obrigações, o que implica dizer que os deveres jurídicos cunhados no vínculo matrimonial – não obstante a incidência dos reflexos sociais que deram margem para sua relativização, em face das consequências geradas pela Emenda Constitucional nº66/2010 – merecem ampla tutela jurídica quanto à possível responsabilização daquele que tenha violado dever jurídico oriundo da manifesta vontade do seu cônjuge de efetivar o casamento, pois esse é o seu interesse real e merece digna proteção legal, já que os indivíduos que compõem a família devem ser protegidos pelo Estado.

Logo, é possível fomentar o entendimento de que a aplicação da Responsabilidade Civil no plano do direito de família se dá, por força dos valores traçados no bojo da Constituição Federal e normas supranacionais, como fora visto em momento anterior.

No entanto, a referida aplicação diante das relações conjugais não se justifica apenas pela influência constitucional em conjunto com as normas supranacionais, mas também pela semelhança da relação com um negócio jurídico, de maneira a conferir natureza

¹⁸²VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. V. 1. 9 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 108 *et seq*

¹⁸³*Ibidem*, p. 110 *et seq*

contratual a referida relação, ou seja, o descumprimento de um dever conjugal poderia gerar incidência do regime da responsabilidade civil, desde que ocorra o preenchimento dos seus pressupostos.

Em relação ao tratamento dado pelos tribunais acerca da responsabilidade civil originada das relações familiares, apresenta-se como caso marcante da questão o Recurso Especial 757.411/MG, o qual se refere ao pedido de danos morais em face do abandono afetivo. Tal pleito foi levado ao judiciário mineiro, encontrando acolhimento Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sob a justificativa de que, embora o pai pagasse regularmente a pensão alimentícia fixada em vinte por cento dos seus rendimentos, o genitor se ausentou de eventos importantes da vida do filho, adotando uma postura de frieza e indiferença. Diante da decisão, o pai optou por interpor recurso, este que, por decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, reformou a sentença e, posteriormente, foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal para buscar uma última decisão acerca do assunto.¹⁸⁴

Não teve o mesmo fim o Recurso Especial 1159242/SP, que – apesar de se tratar de um caso de abandono afetivo e material de um pai em relação a um filho, após o reconhecimento judicial da paternidade com pedido negado em primeira instância –, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o abandono afetivo, fixando a condenação em R\$: 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) em face de recurso interposto pela parte autora. A decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça após escolha da via recursal por parte do pai, mas as razões expostas pelo Tribunal tiveram o condão de manter a condenação do progenitor, ainda que na importância de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).¹⁸⁵

Outro entendimento jurisprudencial que demonstra a incidência dos princípios da responsabilidade civil no âmbito das relações afetivas, nesse caso atrelado à relação conjugal, é o que partiu do evento em que foi postulada a indenização dos danos morais por infidelidade conjugal e violação do dever moral de lealdade e sinceridade por parte da mulher; uma vez que, em concomitância ao cometimento da infidelidade conjugal, esta privou o marido da

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 757.411/MG. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR) Relator: Fernando Gonçalves. DJ 29 nov. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF> Acesso em 10 ago. 2016.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 1.115.242/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS. Recorrido: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA Relator: Nancy Andrighi. DJ 29 nov. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF> Acesso em 20 ago. 2016.

verdadeira paternidade biológica de seus filhos, já que o pai, na realidade, seria o coautor da traição. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu o pedido da indenização por danos morais pela violação do dever de lealdade e sinceridade, e negou o pedido por infidelidade conjugal, por entender que houve perdão tácito do ex-marido, já que este se prestou a pagar alimentos na ação de separação em curso. O ex-marido interpôs o Recurso Especial 742137/RJ ao Superior Tribunal de Justiça, que admitiu o cabimento da indenização do dano moral por infidelidade conjugal, não a aplicando ao caso por entender que ocorrera perdão tácito.¹⁸⁶

As decisões do Superior Tribunal de Justiça trazidas no presente capítulo são apenas exemplos demonstrativos da responsabilidade civil direcionada às relações componentes do direito de família, uma vez que no cenário jurídico moderno a sua aplicação se mostra certa e incontroversa.¹⁸⁷

Em que pese o entendimento das decisões retromencionadas sejam no sentido de aplicar a responsabilidade civil nas relações familiares, deve ser aduzido que a violação dos deveres embutidos no direito de família por si só não atraem automaticamente o dever de indenizar, haja vista que para a configuração da responsabilidade civil, ainda que no âmbito das relações familiares, também é de suma importância o perfazimento dos pressupostos comuns para concretização do dever de indenizar ou compensar o prejuízo.

O posicionamento que pretendia seguir a ideia de inexistência da responsabilidade civil em casos familiares perdeu força, principalmente no que tange ao estudo do dano moral, o qual, além de mais aplicado, teve seu conceito estendido, com amparo de algumas decisões presentes nos tribunais superiores, dentre as quais são exemplos as mencionadas neste capítulo.¹⁸⁸

Embora seja possível visualizar um avanço no entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, é importante perceber que a jurisprudência pátria ainda se mostra muito tímida nesse sentido, com dificuldade para desenvolver novas *fattispecies* de reparação por dano extrapatrimonial, uma vez que a

¹⁸⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 742137/RJ. Recorrente: P C H e OUTRO. Recorrente: M L F DE B E OUTRO. Recorrido: OS MESMOS. Relator (a): Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 29 set. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2468737&num_registro=200500602952&data=20071029&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 14 ago. 2017

¹⁸⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 127 *et seq*

¹⁸⁸BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 35 *et seq*

admissibilidade dos danos à pessoa já existia de maneira tímida no ordenamento desde o Código Civil de 1916, mas só teve o seu assentamento após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em razão do seu art. 5º, incisos V e X.¹⁸⁹

No entendimento de Judith Martins-Costa, a dificuldade de desenvolvimento de novos casos envolvendo a reparação no âmbito familiar tem fundamento e se explica da seguinte forma:

Poucos os acórdãos que buscam no princípio da dignidade da pessoa humana a fonte para a criação de novos casos ou para operar a ponderação de valores quando conflitantes os princípios e as garantias constitucionais, ante os constantes atentados verificados, na ordem prática, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana.¹⁹⁰

Diante da análise dos fundamentos que possibilitam a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, cabe a atenção ao fato gerador que desencadeia a incidência do pleito indenizatório daquele que lesa sujeito com o qual detenha relacionamento familiar de qualquer espécie.

3.2 O FATO GERADOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA E O DISSÍDIO DOUTRINÁRIO

Em relação ao fato gerador da responsabilidade civil diante das relações familiares, ocorre um impasse doutrinário, pois uma parcela acredita que deve ocorrer uma ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares, abrangendo os casos gerais de ilicitude (art.186 e 187 do Código Civil de 2002) e as situações nas quais existe violação dos deveres familiares; enquanto que, noutra banda, encontra-se a parcela de juristas que aceitam a ampliação da responsabilidade civil no direito das Famílias tão somente nos casos em que se caracterizar ato ilícito.¹⁹¹

Diante da cisão doutrinária que se enfrenta a partir de agora, importa frisar o entendimento de que a responsabilidade civil se aplica nas relações familiares, uma vez que o debate está adstrito à amplitude do fato gerador que promove a responsabilização no âmbito familiar.

¹⁸⁹Martins-Costa, Judith. Os danos às pessoas no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *In*: Martins-Costa, Judith. (Orgs.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 420 *et seq*

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 420 *et seq*

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 127 *et seq*

Regina Beatriz Tavares da Silva é uma das defensoras de que deve ocorrer uma ampla caracterização da responsabilidade civil nas relações familiares, pois procura aliar o preenchimento dos pressupostos de responsabilização civil à violação dos deveres conjugais, afirmando que “caso fosse negada a reparação dos danos causados nessas circunstâncias, os deveres conjugais transformar-se-iam em meras recomendações ou faculdades”.¹⁹²

O posicionamento da autora exige pressupostos para que seja configurada a responsabilidade pela violação de um dever jurídico conjugal disposto no art. 1516 o Código Civil, dentre os quais se encontram a existência de nexos causal entre o dever jurídico conjugal violado e o dano material ou moral, sendo que aquele pode ser exemplificado com gastos com terapias após o rompimento do vínculo, enquanto este pode ser entendido como indenização decorrente de violação aos direitos da personalidade, na tentativa de desestimular o agressor quanto a novas condutas similares, lastreando a quantificação do referido dano através de verificação das condições econômicas da vítima e do agressor, da repercussão da ofensa no ambiente social, do grau de culpabilidade do agressor, entre outros. Além dos pressupostos já embainhados até aqui, insta seguir a trilha conceitual do art. 186 do Código Civil de 2002, considerando como o pressuposto o nexo causal, uma vez que é o elemento responsável pelo liame entre o dano e a conduta, em conjunto com a violação culposa do dever conjugal, isto é, se decorreu de dolo, negligência, imprudência ou imperícia do infrator.¹⁹³

Ressalte-se, desde logo, que o afeto, o amor, os sentimentos nada mais são do que a bússola responsável por guiar as relações familiares, mas a sua apreciação é ato de extrema dificuldade por parte do Poder Judiciário, importando notar que o desamor, por si só, não pode ser responsável por ensejar o direito de indenizar, já que nenhum indivíduo pode ser obrigado a amar como obrigação ou desobrigação, inexistindo ato ilícito diante do desamor.¹⁹⁴

Nesta linha de pensamento, está justificada a comunhão, previamente mencionada por Regina Tavares Beatriz da Silva, entre a violação de um dever conjugal e os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, na tentativa de promover uma amplitude da caracterização da ilicitude nas relações familiares.

¹⁹²SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Indenização na Separação e no Divórcio**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/indenizacao-na-separacao-e-no-divorcio/>> Acesso em dia 18 ago. 2017.

¹⁹³*Ibidem*

¹⁹⁴BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 37 *et seq*

O paralelo entre afeto e responsabilização civil nas relações de família é ilustrado pelo Recurso Especial 922.462/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segundo este, “deixar de amar o cônjuge ou companheiro é circunstância de cunho estritamente pessoal, não configurando o desamor, por si só, um ato ilícito apto a ensejar indenização”, mas, na mesma decisão, o Ministro reconhece que é impossível ignorar as restrições impostas pela vida em comum, tais como o dever de fidelidade nas relações conjugais, fato apto a acarretar danos morais.¹⁹⁵

A somatização das cláusulas gerais de ilicitude com situações nas quais existe violação do dever conjugal de fidelidade será abordada de forma minuciosa a partir do próximo tópico, haja vista que a discussão merece atenção especial, por ser vital ao intuito deste trabalho monográfico.

Em relação à amplitude caracterizadora da ilicitude nas relações familiares, ainda que o amor não seja dever ou direito no plano jurídico, é mister salientar a possibilidade da ocorrência de responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos, como ocorre, por exemplo, no caso de abandono afetivo, já que seria este decorrente da violação de direitos e deveres presentes no vínculo familiar.¹⁹⁶

Apenas a título de esclarecimento, o vínculo familiar entre pais e filhos tem esteio normativo no Código Civil atual em seu art.1634, I e II, dispositivo que se presta a estabelecer deveres, dentre os quais está o dever do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo.¹⁹⁷

Em paralelo ao diploma civil citado anteriormente, destaca-se também o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que, nos seus art. 3º, 4º e 5º, busca estatuir o dever da família de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor, em condições de dignidade, prezando pela convivência no âmbito da unidade familiar como um direito próprio da criança e do adolescente, além de prever punição nos casos de omissão quanto à preservação dos direitos da personalidade.¹⁹⁸

¹⁹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 16 ago. 2016.

¹⁹⁶SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Caso Real de Abandono Paterno**. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/caso-real-de-abandono-paterno/>>. Acesso em dia 18 ago. 2017.

¹⁹⁷Brasil. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 23 ago. 2017.

¹⁹⁸BRASIL. **Lei nº 8.069/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 23 ago. 2017.

Neste sentido, o pai tem o dever de acolhimento social e afetivo do seu rebento, decorre desse dever o desenvolvimento moral e psíquico deste. Caso aquele que tinha o dever de cuidado recuse tais caracteres voluntária e injustificadamente, incorrerá em ilicitude civil e, conseqüentemente, ocasionará dever de indenizar através da dor causada pelos prejuízos morais em face daquele que carecia de cuidados.¹⁹⁹

Embora o afeto não seja um dever jurídico, como já foi mencionado aqui, deve-se alertar que, ao realizar pedido indenizatório por força de danos morais devido ao abandono afetivo do pai em face do filho, não se está buscando uma tutela específica para garantir o amor daquele em relação a este. O pedido indenizatório, neste caso, busca uma indenização pela falta de afeto e cuidado, já que são esses deveres que devem estar intrinsecamente vinculados no relacionamento paterno-filial.²⁰⁰

Cumpra evidenciar que não se trata de entendimento uníssono na doutrina, tampouco nos tribunais, mas a maioria da doutrina entende ser cabível a indenização por dano moral, tendo como fato gerador o abandono afetivo paterno-filial, bastando a comprovação dos pressupostos inerentes à cláusula geral de responsabilidade civil, já que é preciso reparar a vastidão do dano e o intenso sofrimento gerado.²⁰¹

O Recurso Especial 1.159.242/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, já citado anteriormente, pode ser considerado como acórdão paradigma, não só em relação à possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo, mas também quanto à aplicação dos preceitos atinentes à responsabilidade nas relações familiares como um todo. Em relação ao voto proferido pela Ministra Nancy Andrichi, é importante destacar o seu entendimento de que a perda do poder familiar não obsta à concessão de indenizações ou compensações, as quais possuem finalidades distintas, demonstrando a presença dos elementos que satisfazem às exigências para responsabilização do causador de um dano.²⁰²

Nesta linha, o exemplo da responsabilização civil por abandono afetivo se enquadra nos preceitos da corrente que preza pela amplitude caracterizadora da ilicitude, pois existem deveres oriundos da relação familiar, que, quando combinados com os pressupostos

¹⁹⁹MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²⁰⁰COUTINHO, Marcela de Alencar Araripe. Do Dano Moral por Abandono Afetivo nas Relações Paterno-filiais. **Argumenta: Revista Científica da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília (Bsb), Ano 4, n.2, dez. 2015, p. 250 *et seq.*

²⁰¹*Ibidem*, p. 250 *et seq.*

²⁰²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.115.242/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS. Recorrido: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA. Relator: Nancy Andrichi. DJ 29 nov. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF> Acesso em 20 ago. 2016.

gerais de responsabilização, podem desencadear a responsabilização civil do pai ou da mãe em face da recusa voluntária e injustificada dos seus deveres perante seus rebentos, salvaguardados por lei, causando grave prejuízo à criança.²⁰³

Ao reverso da amplitude caracterizadora da ilicitude, existe parte da doutrina civilista que se enviesa pelo reconhecimento da aplicação da responsabilidade civil no direito de família, desde que exista o ato ilícito, uma vez que apenas deveres comuns às relações familiares não seriam capazes de preencher os requisitos indenizatórios.

Gustavo Tepedino, seguindo a ideia da valorização do ato ilícito em detrimento dos deveres familiares, defende, por exemplo, que os deveres conjugais não seriam suscetíveis de recondução ao regime da responsabilidade contratual, deixando claro que, em se tratando de natureza específica do casamento, é preciso considerar que sua formação dá-se por deveres não patrimoniais, sendo difícil a tarefa de equiparação junto à presunção de inadimplemento em conluio com as perdas e danos, na ausência do ato ilícito.²⁰⁴

No tocante ao abandono afetivo e à possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald se pronunciam negativamente, uma vez que não seria razoável para o ordenamento obrigar um pai a ter afeto pelo filho, devendo figurar como remédios, em face da negativa de afeto, os remédios oferecidos pelo direito de família, tais como a destituição do poder familiar ou imposição de obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral.²⁰⁵

Apesar da dissonância doutrinária acerca do fato gerador que propicia a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, o presente trabalho monográfico escolhe seguir o rumo de que a referida responsabilidade deverá ser considerada como um instituto que flutua por diversos ramos do Direito, inclusive do direito de família, pois esta área da ciência jurídica, assim como as demais, está submetida aos comandos da Constituição Federal, diploma maior, que preza pela vedação de causar dano a qualquer indivíduo e pela valorização da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, este capítulo observa a evolução da responsabilidade civil em conjunto com o texto constitucional e seus princípios, implicando em uma valorização da responsabilização no âmbito extrapatrimonial, em paridade com a responsabilização

²⁰³GIANDOSO, Wanessa de Figueiredo. **Responsabilidade Civil Decorrente de Abandono Afetivo Paterno/Maternal Filial**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Oswaldo Peregrina Rodrigues. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 73 *et seq.*

²⁰⁴TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 378 *et seq.*

²⁰⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 127 *et seq.*

contratual, fato que, juntamente com a evolução social e jurídica, passou a ser, como demonstrado anteriormente, objeto de estudo dos especialistas da área, bem como alvo de entendimento jurisprudencial dentre as mais variadas formas de relação familiar, repousando na preferência do entendimento relativo à amplitude da aplicação da ilicitude mediante violação de deveres familiares, efetuada análise casuística, em detrimento da doutrina que defende a presença solitária e indiscutível do ato ilícito, sendo despicienda a violação dos deveres familiares para tanto.

Uma vez demonstrado o entendimento inerente à discussão acerca da aplicação da responsabilidade civil no direito de família, visando à sequência do presente trabalho, é mister a realização de minuciosa análise do afloramento da responsabilidade civil com fulcro na infidelidade conjugal, analisando a possibilidade de ocorrência do instituto e os elementos subjetivos que o cercam, o que será feito nos tópicos que adiante seguem.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL

O conceito do dever de fidelidade recíproca e o seu desenvolvimento na seara familiar foram tratados em capítulo anterior; a partir daqui, haverá a análise dos desdobramentos inerentes à violação do referido dever e aos influxos que essa violação pode sofrer no concernente ao preenchimento dos pressupostos caracterizadores da responsabilização civil em face daquele que lhe ofereça lesão culposa; pois, na toada do tópico anterior, resta inequívoca a aplicação da responsabilidade nas relações familiares em geral, inclusive quanto à inobservância da fidelidade comum aos consortes, enfoque do presente capítulo.

Para que se tenha a análise da responsabilização civil cunhada na violação do dever de fidelidade recíproca, elencado no art. 1566 do Código Civil, insta considerar a já mencionada evolução do instituto da responsabilidade civil, pela qual se permitiu o alcance de um dano extrapatrimonial por força da valorização constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se possível o questionamento acerca da possibilidade de violação da honra na órbita conjugal, principalmente em relação ao pleito por danos morais causados

entre os consortes na violação dos seus deveres comuns, dentre os quais se encontra o dever jurídico mencionado de início, quando cumulado com ofensa aos direitos da personalidade.²⁰⁶

O dever de fidelidade se apresenta como parte contida no dever de lealdade entre os consortes, tanto em face do aspecto físico e moral que os cerca, quanto da tentativa de manutenção de relações que visem à satisfação do instinto sexual, no bojo de determinado vínculo matrimonial.²⁰⁷

Ou seja, o desrespeito da fidelidade comum aos consortes está lastreado na lealdade, valor este que serve de mola mestra para ocasionar uma possibilidade de reparação ou compensação para o cônjuge traído.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho deixam evidente o liame entre o dever conjugal de fidelidade recíproca e o pressuposto da lealdade, ao afirmarem que “na maior parte das situações, a fidelidade está umbilicalmente conectada ao conceito de lealdade, de maneira que a fidelidade exigida normalmente também obriga à lealdade, e vice-versa”.²⁰⁸

Dentro dessa atmosfera de abrangência da responsabilização civil por influência da incidência do pleito constitucional da dignidade humana, não seria desarrazoado pensar que a conduta de um dos cônjuges, no curso do vínculo patrimonial, poderia ofender os tão protegidos direitos da personalidade, gerando possibilidade de indenização.

Vale ressaltar que os dispositivos do Código Civil de 2002 consagram a teoria da confiança como base das relações intersubjetivas, da qual é possível extrair forte ligação com o princípio da boa-fé objetiva.²⁰⁹

Tratando-se de relações intersubjetivas, as relações do direito de família não poderiam ficar alheias, principalmente quando se tratar de relação conjugal, posto que se baseia no princípio da afetividade, enaltecendo elementos como responsabilidade, sociedade, convivência, vivência e cumplicidade.²¹⁰

²⁰⁶MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade Recíproca: Alarde na Judicialização de Relações Sentimentais. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.2, out./dez. 2014, p. 157 *et seq.*

²⁰⁷SILVA, Regina Beatriz Tavares. Livro IV do Direito de Família: Capítulo IX, da Eficácia do Casamento. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). **Código Civil Comentado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1690-1799.

²⁰⁸GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 286 *et seq.*

²⁰⁹LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 551.

²¹⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p.218 *et seq.*

Seguindo esta linha de entendimento, se a relação conjugal é demarcada pelo afeto e seus elementos, responsáveis por tornar saudável a convivência entre os consortes, ocorre a incidência da boa-fé objetiva nas relações familiares, e, por consequência, na relação conjugal, mais especificamente diante do seu dever de fidelidade recíproca, ocasionando expectativas mútuas entre os consortes acerca da convivência conjugal.²¹¹

Considerando a importância que o princípio da boa-fé carrega no nosso ordenamento, constituindo-se como um princípio bussolar da aplicação do direito como um todo, uma vez acrescido ao relacionamento com o dever de fidelidade conjugal, resta inequívoca a gravidade relativa à inobservância do dever ora mencionado por um dos cônjuges.

Antes de adentrar no mérito das questões controvertidas acerca da responsabilidade civil diante de infidelidade conjugal, necessita-se destacar que alguns doutrinadores, a exemplo de Maria Berenice Dias, defendem que a fidelidade recíproca não se trata de direito exequível e, por isso, não mais faria sentido a continuidade na condição de dever legal no cenário posterior à Emenda Constitucional n°66/2010.²¹²

Claramente, existe uma tentativa de menosprezo da violação do dever de fidelidade recíproca, mas tais argumentos não se mostram sustentáveis, tendo em vista que o dever supracitado faz parte de um mínimo, um núcleo intangível da relação conjugal, repercutindo na esfera pessoal dos consortes. O dever de fidelidade recíproca aparece então como unidade imprescindível na defesa da autonomia do casamento perante outras figuras, sendo de extrema importância o esclarecimento de que o dever de exclusividade sexual não fere a tutela da personalidade, pois a vedação do adultério deságua na materialização de um limite inerente a uma faculdade do direito relativa à liberdade sexual, fruto de uma aquisição voluntária de um estado, pelo interessado, seguida do próprio casamento, que integra o exercício de um direito constitucionalmente protegido, o direito de contrair matrimônio.²¹³

Para que se tenha a responsabilização civil do cônjuge que realiza efetiva violação ao dever conjugal de fidelidade comum entre os consortes, ocasionando o provável direito a postular por uma indenização em face de dano, devem-se respeitar as regras gerais do art. 186

²¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 60 *et seq.*

²¹²Id. O Dever de Fidelidade. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Método, 2005, p. 63-66.

²¹³PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Duarte. O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal (Os Deveres Conjugais Sexuais). **Argumenta: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, n.04, Ano X, jun./jul. 2008, p. 103- 109

do Código Civil, preenchendo os seus requisitos, tais como o dano material ou moral oriundo de um ato de um dos consortes, o nexo causal entre a violação do dever de fidelidade e o referido dano.²¹⁴

Assim, tem-se a análise dos pressupostos que dão ensejo à configuração da responsabilidade civil diante da infidelidade conjugal, pois é de extrema importância a demonstração de que seria possível a responsabilização de cônjuge que rompe com este dever.

3.3.1 Adulterio e a sua configuração como ato ilícito

Quando se trata de responsabilidade civil relacionada com o do dever de fidelidade entre os consortes, não é possível ficar silente quanto à figura do ato ilícito, que urge como um óbice inerente à relação da responsabilização de cônjuge ofensor por ato de infidelidade. Como já fora visto no início do presente capítulo, no concernente à responsabilidade nas relações familiares, inclusive na violação da fidelidade frente à relação conjugal e seus deveres, existem autores que se enviesam pela amplitude da caracterização da ilicitude e outros pela responsabilização civil quando configurada solitária cláusula geral, nos moldes dos art. 186 e 187 do diploma cível.²¹⁵

Não obstante a indiscutível aplicação da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, persiste dúvida extremamente cabível quanto ao seu fato gerador, ao passo que o adultério, forma mais grave de violação do dever de fidelidade recíproca, não mais se trata de conduta criminosa tipificada no Código Penal, contudo os efeitos do adultério não deixaram de existir na seara cível, sendo possível a configuração de ilícito civil, submetendo o cônjuge ofensor a um possível dever de reparação ou compensação no concernente ao dano causado.²¹⁶

Reforçando o entendimento acerca do adultério, apto a produzir efeitos na qualidade de ilícito civil, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu julgamento acerca da Apelação de nº 70005834916, na qual houve voto do Relator José Carlos Teixeira

²¹⁴SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 169-191.

²¹⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.128 *et seq*

²¹⁶STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 907 *et seq*.

Giorgis no sentido de reconhecer que a figura do adultério “perdeu sua dignidade penal”, ao mesmo tempo que “conservou, tão só, a importância da sua ilicitude civil”.²¹⁷

Nesta toada, o adultério não só pode ser entendido como elemento grave de violação aos deveres conjugais previstos no art. 1566 do Código Civil, mas também como uma figura que, analisada casuisticamente, pode dar incontestável ensejo ao pleito compensatório em face de dano moral suportado pelo cônjuge traído, bem como à responsabilização por força de danos materiais em relação a este, hipóteses sobre as quais Aguiar Dias discorre, sustentando que “a admissibilidade da ação reparatória não pode sofrer objeção, ainda que por parte dos que se neguem a reconhecer a reparabilidade do dano moral”.²¹⁸

Rememorando a já mencionada questão da incidência do princípio da boa-fé no ordenamento jurídico – este que influencia, inclusive, a relação conjugal por meio dos deveres conferidos pelo ordenamento legal, dentre os quais estão o dever de fidelidade –, é de suma importância focalizar a ofensa aos bons costumes gerada pelo ato de adultério por via da conduta de um consorte componente da relação conjugal, uma vez que é imperioso defini-lo como uma depredação do dever de fidelidade recíproca.²¹⁹

Neste diapasão, ao se falar dos bons costumes com notória importância, busca-se demonstrar que a sociedade brasileira tem, predominantemente, uma expectativa de relacionamentos conjugais estabilizados pela existência de vinculação sexual restrita aos consortes. Consequentemente, gera-se uma defesa ao dever conjugal de fidelidade, entendimento constante na atual legislação cível, fundada, basicamente, na eticidade, de modo a perquirir respeito aos bons costumes sociais, dado que o art. 187 do Código Civil versa pelo cometimento de ato ilícito aquele titular de um direito que excede manifestamente os limites impostos pelos bons costumes.²²⁰

Regina Beatriz Tavares da Silva, corroborando com o entendimento do parágrafo anterior, esclarece que “o casamento e a união estável têm natureza monogâmica, o que é

²¹⁷RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70036431088. Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 02 abr. 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A7.cr%3A11.crr%3A196&as_q=+#main_res_juris> Acessado em 7 set. 2017.

²¹⁸DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 572 *et seq*

²¹⁹LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 551

²²⁰*Ibidem*, loc. cit. *et seq*.

reconhecido pela sociedade que não aceita a poligamia não consentida ou consentida”. E completa o entendimento aduzindo que “cabe ao direito ouvir a sociedade e não pequena e inexpressiva minoria que queira impor, contrariamente aos anseios sociais, a modificação dos costumes”.²²¹

Aclarando as questões relativas à violação dos bons costumes, cabe informar que é uma tentativa do presente trabalho a demonstração de que a violação do dever de fidelidade recíproca por excelência, o adultério, tanto pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil, por força do dano de natureza moral ou material causado ao cônjuge ofendido; como também é possível a ilicitude, por causar uma violação aos bons costumes que seguem o rumo da sociedade, com esteio no art. 187 do Código Civil.

Neste esteio, é possível constatar a importância do dever de fidelidade recíproca e as consequências graves que a sua violação pode promover quanto ao cônjuge traído, ficando clara a possível configuração de ato ilícito e a consequente ocorrência de um dano material ou moral por parte de ato cometido pelo cônjuge ofensor.

3.3.2 O dano derivado da infidelidade conjugal

Superada a questão do ato ilícito, seguindo o caminho da teoria geral da responsabilidade civil, não basta somente a presença do referido ato para caracterizar tal reponsabilidade, já que também se faz necessária a ocorrência de dano material ou moral, a qual implica, respectivamente, em um dever indenizatório ou compensatório. O dano tem o condão de lesar o interesse alheio, devendo ser reparado, tendo em vista que a busca da responsabilidade civil se baseia no restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social.²²²

Dentro da perspectiva das relações conjugais, é possível, diante da violação do dever de fidelidade recíproca através do adultério, a caracterização de danos materiais e danos morais.

No que se refere à figura do adultério e à sua ligação com a responsabilização do cônjuge ofensor do dever matrimonial de fidelidade recíproca, originando o dano de ordem moral e material, é preciso lembrar que a violação do dever supradito é sim capaz de gerar a

²²¹SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 170 *et seq.*

²²²SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. A culpa na ruptura do casamento. **Argumenta: Doutrinas Essenciais do Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.3, ago. 2011, p. 350 *et seq.*

responsabilização do cônjuge ofensor em virtude do adultério praticado; segundo Rui Stoco, “por decorrência do adultério, o cônjuge traído poderá suportar danos de ordem material e moral, devendo ambos ser compostos, ainda que cumulativamente.”²²³

Os danos materiais dizem respeito ao prejuízo econômico, composto pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes, imiscuídos no rompimento da fidelidade conjugal diante das habituais despesas que o cônjuge traído passe a ter em face de tratamento dos males psíquicos ou psicológicos oriundos do adultério praticado pelo seu consorte, causando a paralização ou diminuição de suas atividades profissionais e de seus rendimentos.

Já os danos morais, costumam ter o seu conceito por meio do casuísmo existente no sofrimento, humilhação, angústia, entre outros sentimentos que violam a vítima do ato ilícito.²²⁴

Pode-se afirmar ainda que os aludidos danos tratam de ofensa a direito da personalidade, possuindo relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, seja no tocante à honra, à integridade física, à liberdade, entre outros direitos.²²⁵

Ressalte-se, desde logo, que a quebra do dever conjugal de fidelidade pode ter a configuração do nexa causal relativo aos danos morais, uma vez que a infidelidade, criada via adultério, pode dar azo a postulação de pedido compensatório, dado que ofende os direitos da personalidade do cônjuge traído, principalmente a sua honra subjetiva (ou autoestima) e objetiva (ou reputação social).²²⁶

Quanto aos prejuízos sofridos pela vítima, é de clareza solar que, se tratando de parte de relações presentes na seara familiar, seria possível o ressarcimento dos prejuízos que tais relações venham a trazer, inclusive, e especialmente, os de ordem moral, pois é exatamente na sua morada que o indivíduo deveria estar salvaguardado dos prejuízos morais, é neste ambiente que todos os indivíduos esperam encontrar conforto em face dos dissabores da vida. Com isso, é possível observar que as relações familiares, assim como qualquer outra, estão sujeitas a abusos ou lesões, situações que geram o dano.²²⁷

²²³STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 908.

²²⁴SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 169 *et seq.*

²²⁵BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 208 *et seq.*

²²⁶SILVA, Regina Beatriz Tavares. *op. cit.*, p. 169 *et seq.*

²²⁷CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 11 *et seq.*

Ademais, acerca da possibilidade do dano moral nas relações familiares, incluídas as relações conjugais, Carlos Alberto Bittar a ratifica ao aduzir que “a deterioração das relações familiares, ditada por problemas vários que a convivência inadequada pode trazer, é outra fonte de geração de danos de cunho moral, os que, aliás, mais profundamente marcam a vítima”.²²⁸

Inácio de Carvalho Neto alinha-se ao entendimento de Carlos Alberto Bittar, uma vez que afirma ser plenamente possível a indenização causada pelo dano moral, inexistindo espaços para discussões relativas à sua consideração ou não, o resulta em um aparente novo enfoque desse tipo de indenização, aliás, vários novos enfoques, e esses novos parâmetros para a indenização por danos morais irão incidir sob as relações familiares, inclusive no que tange às relações conjugais.²²⁹

Seguindo a linha de raciocínio acerca dos danos morais inseridos na óptica da violação dos deveres matrimoniais, é possível inferir que o rompimento do dever conjugal de fidelidade, por exemplo, – seja por insatisfação quanto à vida matrimonial, seja por diversos outros motivos – alinha-se à ideia sustentada por Carlos Alberto Bittar e Inácio de Carvalho Neto, ou seja, leva a situações de constrangimento do cônjuge traído, o que, sob uma análise casuística, poderia constituir danos de cunho moral ou material, já citados no decorrer do capítulo.

Debruçando-se sobre a questão dos danos oriundos da relação conjugal, Inácio de Carvalho Neto postula a divisão na qual defende os danos morais imediatos como aqueles aptos a atingir a órbita pessoal do cônjuge lesado, gerando, desde logo, sofrimento, dentre os quais se encontra o descumprimento do dever conjugal de fidelidade recíproca, por adultério, demonstrando a intenção de satisfação do instinto sexual fora do tálamo. Em correlato, afirma o autor existirem também os danos decorrentes do rompimento do matrimônio, chamados de mediatos, que possuem ligação indireta com o descumprimento de dever conjugal.²³⁰

Apesar de essa divisão feita por Inácio de Carvalho Neto se enquadrar em uma premissa acadêmica, demonstra a importância que a violação do dever conjugal de fidelidade por meio do adultério pode trazer perante a relação conjugal, provocando danos de ordem imediata ou mediata, os quais, quando vêm a ocorrer, são responsáveis por efetivo prejuízo ao cônjuge traído, seja de ordem moral ou de ordem material.

²²⁸BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 192 *et seq.*

²²⁹CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011., p. 11 *et seq.*

²³⁰*Ibidem*, p. 292 *et seq.*

Outrossim, é importante destacar a abertura do entendimento jurisprudencial para que houvesse a constatação de danos morais em relação ao descumprimento dos deveres conjugais, o que se deu em decisão colegiada proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com a participação dos Desembargadores Athos Gusmão Carneiro, Túlio Medina Martins e Cristovam Daiello Moreira, este como relator, datada em 17 de março de 1981, no sentido de reconhecer o direito à indenização por danos causados pela violação a dever conjugal, embora não tenha havido elementos probatórios suficientes para consubstanciar a ocorrência do Dano.²³¹

No julgamento mencionado, ocorreu a dissolução da sociedade conjugal em face do marido, pois este praticou sevícia e injúria grave. Após ser estipulado o seu dever de pagar alimentos à consorte inocente, esta teria sofrido sérios danos patrimoniais e morais em face do comprometimento de sua juventude e dos ditos melhores anos da sua vida. O consorte ofensor dos deveres conjugais, além de não efetuar o pagamento da pensão fixada, ajuizou uma ação de partilha de bens, buscando a partilha do único imóvel adquirido pelo casal, havido exclusivamente com rendimentos da esposa, no curso do vínculo matrimonial.²³²

Embora o referido acórdão tenha reconhecido o pleito indenizatório frente ao rompimento dos deveres conjugais, o cônjuge ofensor não foi condenado a indenizar sua mulher, uma vez que esta não preencheu elementos probatórios para sustentar a existência da indenização, pois sua busca se deu pelo descumprimento do dever de assistência material, substituído pela obrigação alimentar, e não propriamente pela sevícia e injúria, caracteres que surgiram como fatos geradores do pleito indenizatório.²³³

Ainda a respeito do dano moral, importa destacar que alguns Tribunais de Justiça, em suas decisões colegiadas, vêm defendendo o reconhecimento de danos morais por rompimento de noivado sem motivo, justificado em face de situação vexatória. Conforme julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo diante da Apelação de nº90.262-4/3²³⁴, é preciso dar margem à possibilidade de reparação por danos morais em face da violação do dever recíproco de fidelidade conjugal, haja vista que tal ato, quando violado,

²³¹SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.164 *et seq*

²³²*Ibidem*, p.164 *et seq*

²³³*Ibidem*, p.164 *et seq*

²³⁴São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Nº90.262-4/3. Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelantes: Shirley Moreira da Silva; Gilberto Vilas Boas. Apelados: Shirley Moreira da Silva; Gilberto Vilas Boas. Relator: Testa Marchi. DJ 03 fev. 2000. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1387515&cdForo=0>> Acesso em 5 set. 2016.

respeitados os elementos casuísticos presentes, é potencial gerador de ofensas de maior importe aos direitos da personalidade do cônjuge traído do que ofensas geradas no caso do cônjuge que sofre com a ruptura injustificada do noivado.²³⁵

Como alertado anteriormente, a violação do dever de fidelidade recíproca comporta uma ofensa aos direitos da personalidade e, por isso, chegou ao julgamento dos desembargadores que compõem os Tribunais de Justiça do território nacional, tal como o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, ao julgar Apelação de nº 0029794-20.2007.8.19.0001, na décima primeira Câmara Cível, por meio dos seus Desembargadores, dentre eles o Relator Desembargador José Carlos Figueiredo, proferiu decisão colegiada no sentido de reconhecer a legitimidade em virtude do direito do cônjuge vítima de adultério para requerer a reparação resultante e proporcional das angústias e sofrimentos suportados por este, os quais desrespeitam a inviolabilidade da honra da pessoa, consoante à exegese do princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro nos fundamentos jurídicos do art. 186 do Código Civil, juntamente com o art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.²³⁶

As jurisprudências trazidas no presente capítulo foram dispostas como um parâmetro, a fim de demonstrar uma linearidade temporal crescente quanto ao cabimento do dano moral por violação de dever conjugal, com o fito de elucidar a evolução das decisões dos Tribunais de Justiça, que, desde 1981 até os tempos atuais, vêm atribuindo a devida valia em face do entendimento de que os deveres conjugais previstos no art. 1566 do diploma cível têm tido destaque dos mais simples casos aos mais complexos, entre eles o dever de fidelidade.

Ressalte-se ainda que será minuciosamente descortinado, em tópico posterior do presente capítulo, ponto a respeito do entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores acerca da responsabilidade civil por danos morais ou materiais em face de violação do dever de fidelidade conjugal por um dos consortes.

Complementando o pressuposto do dano na presença da experimentação jurídica nacional, embora se principiando de uma perspectiva ampla de dano frente à ausência de limite legislativo, vem ocorrendo, principalmente em relação ao reconhecimento do dano

²³⁵BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília.

²³⁶PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: Uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. **Argumenta: Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, vol.5, maio/jun. 2014, p. 121 *et seq.*

extrapatrimonial, uma forçosa seletividade gradativa, que busca noção menos extensiva de dano ressarcível, a qual permita a seleção dos interesses oportunos à tutela indenizatória.²³⁷

Logo, os juristas brasileiros ficaram incumbidos de realizar os métodos para a aferição de mencionado merecimento de tutela, entendendo a importância da discricionariedade judicial na tarefa, porém não a deixando exclusivamente ao arbítrio dos tribunais.²³⁸

O dito encargo dos juristas brasileiros, adequado ao tema proposto no presente tópico, funciona como um filtro para a responsabilização do cônjuge que descumpre dever de fidelidade recíproca por meio de conduta adúltera, quando dela decorrer o dano e for possível a sua reparação, dotando de segurança jurídica os meios cabíveis para mensurar a responsabilidade civil quanto ao ato de infidelidade sobredito.

3.3.3 O nexu causal

Ultrapassada a questão do adultério cometido por cônjuge infiel, há de se atentar à conexão entre o rompimento do dever conjugal de fidelidade (causado por ele) e o gravame sofrido pelo cônjuge ofendido (gerando um dano de ordem moral ou material). O liame entre o dano e a violação do dever conjugal é caracterizado pela figura do nexu causal, pressuposto este que, embora não possa ser visto ou tocado, resulta de uma operação de espírito ou intelectual.²³⁹

Ainda sobre o nexu causal, importa aduzir que não basta que o ofensor tenha procedido *contra jus* ou que a vítima sofra um dano, é necessário que exista uma notória relação de causalidade entre a injuridicidade da conduta e o mal causado por ela.²⁴⁰

O nexu de causalidade se trata de um dos pressupostos mais complicados da responsabilidade civil no que tange a sua determinação, propiciando, ao longo da história jurídica, a criação de diversas teorias, também chamadas de teorias da causalidade, com o fito

²³⁷SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109 *et seq*

²³⁸*Ibidem*, 2013, p. 109 *et seq*

²³⁹SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 175 *et seq*.

²⁴⁰ STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 176 *et seq*

de determinar qual seria a causa preponderante na efetiva ocorrência do dano, gerando um prejuízo.²⁴¹

Desde logo, é indispensável o esclarecimento de que o presente trabalho se filia à teoria da causalidade adequada, pois esta é a conjectura possível a ser observada em análise sistemática do diploma cível pátrio, uma vez que se constitui na averiguação da provável causa de um dano através da prognose retrospectiva, procedimento por meio do qual o julgador da demanda – no papel de observador da situação jurídica, em atenção ao art. 335 do Código de Processo Civil de 1973, reproduzido quase que na sua integralidade no art. 375 do Código de Processo Civil 2015 – realiza um processo de posicionamento anterior ao dano, examinando a previsibilidade dos efeitos abstratos derivados da conduta do ofensor, e, estando eles em conformidade com os efeitos danosos *in concreto*, ter-se-á o nexa causal.²⁴²

Ressalte-se que é desarrazoado o alongamento com relação a outras teorias aptas a definir o nexa causal, pois não consistem no cerne do trabalho e, postas aqui, só configurariam uma tergiversação frente ao assunto principal, este que merece total destaque.

Nesta trilha, seguindo os pressupostos imersos na responsabilização civil do cônjuge que viola o dever de fidelidade, é possível enunciar que o nexa causal seria o laço entre a conduta infiel do cônjuge traidor (concretizada no adultério) e a decorrente violação dos direitos da personalidade do cônjuge traído. Forma-se, assim, uma relação de causalidade perante a violação do dever de fidelidade e a ofensa aos direitos personalíssimos do cônjuge traído, configurando, portanto, uma condição sem a qual o dano não ocorreria.

3.3.4 A culpa diante da infidelidade conjugal

Vencidos os pressupostos que compõem a responsabilidade civil, é inevitável a abordagem em relação à culpa do cônjuge adúltero, pois trata-se de um dos fundamentos que compõem a matéria da teoria geral das responsabilidades, possuindo uma gama de entendimentos vasta a respeito do assunto. Contudo, este trabalho monográfico, visando ao debate jurídico, valer-se-á de esclarecimentos doutrinários acerca do assunto.

A responsabilidade civil fundada na culpa cabe à perscrutação do elemento subjetivo presente na conduta do agente, ou seja, ao demonstrativo concreto do desejo pelo

²⁴¹NORONHA, Fernando. Nexa de Causalidade na Responsabilidade Civil. **Argumenta: Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol.14, ano 4, abr./jun. 2014, p. 64 *et seq.*

²⁴²*Ibidem*, p. 73 *et seq.*

resultado danoso, configurando o dolo, ou de sua atuação negligente, imprudente ou imperita, representando a culpa *stricto sensu*.²⁴³

Conforme Alvinio Lima, baseado na doutrina francesa em que buscou identificar o conceito para o elemento culposo, a culpa nada mais é do que “atos omissivos ou lesivos que foram além dos extremos da conduta normal do homem diligente”.²⁴⁴

Em contrapartida, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos critica o conceito do doutrinador anteriormente transcrito, uma vez que, para a autora, na apreciação da culpa, faz-se relevante a apreciação da imputabilidade, ou seja, a “consciência” do causador no descumprimento do dever inobservado. Isto é, em face da conduta do agente ofensor, cabe a análise da sua vontade na prática do ato ilícito, uma vez que o elemento volitivo deverá ser consciente.²⁴⁵

O estado de consciência afirmado no parágrafo anterior, diz respeito à violação do dever ou ao ato por si só, não aos resultados danosos, tendo em vista que estes tanto podem ser pretendidos pelo agente, configurando o dolo, como podem não ser esperados por ele, caracterizando negligência, imperícia ou imprudência.²⁴⁶

Neste rumo, apenas a título ilustrativo, há de se destacar que, diametralmente oposta à responsabilidade subjetiva, encontra-se a responsabilidade fundada no risco, ou também chamada de objetiva, esta que demonstra a existência do nexo causal entre o dano e a ação como um fator imprescindível, pois uma determinada conduta ou atividade, por si só, é considerada perigosa.²⁴⁷

Apesar de serem apresentadas aqui a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, é devido o esclarecimento referente ao objeto do presente trabalho monográfico, o qual semeia o entendimento de que a responsabilização do cônjuge violador do dever de fidelidade recíproca tem fundamento subjetivo, ou seja, aquele que se baseia na culpa *lato sensu*, englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*, esta, por seu turno, voltada a imprudência, negligência ou imperícia.²⁴⁸

²⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: Teoria & Prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 30 *et seq*

²⁴⁴LIMA, Alvinio. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 61

²⁴⁵SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.134 *et seq*

²⁴⁶*Ibidem.*, p. 73

²⁴⁷ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.137 *et seq*

²⁴⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português**. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 171 *et seq*.

Desta forma, se houver ação ou omissão culposa *lato sensu* da qual decorra danos morais ou materiais, preenchidos, por conseguinte, os requisitos da responsabilidade civil, exsurge a possibilidade de aplicação desse instituto nos rompimentos de casamento.²⁴⁹

Resta indiscutível o afastamento da responsabilidade objetiva em relação ao descumprimento do dever de fidelidade por força do cônjuge que comete adultério, já que tal espécie prescinde da apuração do elemento culpa no âmbito das relações familiares, como pode ser depreendido quando se faz uma análise do art. 927 do Código Civil, dado que só existe obrigação de reparar o dano consoante o critério objetivo de responsabilização, nos casos específicos em lei, ou ainda, quando da atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco aos direitos de outrem.²⁵⁰

Complementando o raciocínio acerca dos fundamentos, é cediço que a aplicação da responsabilidade civil nos rompimentos do casamento cria suas bases em norma própria da teoria geral da responsabilidade subjetiva, disposta no art. 186, este que se situa na parte geral do diploma cível do ordenamento pátrio.²⁵¹

3.4 EVOLUÇÃO DO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A RELAÇÃO COM A VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL

Explicitados os fundamentos possíveis da responsabilidade civil, aplicados à matéria que delinea o presente tópico, deve-se atentar aos ensinamentos de Anderson Schreiber, ao destacar a seguinte ideia acerca do supradito tema: “os pressupostos do dever de indenizar (culpa e nexa causal) perdem relevância em face de ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano”.²⁵²

A mudança é suscitada no âmago da responsabilidade civil, significa dizer que, com o a imersão das relações sociais no princípio da dignidade da pessoa humana por força da

²⁴⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 171 *et seq.*

²⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

²⁵¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Op. cit.*, p. 172 *et seq.*

²⁵² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 83

Constituição Federal de 1988, a solidariedade social e a justiça distributiva alteraram a temática quanto ao dever de indenizar.²⁵³ Neste esteio, o foco da responsabilidade civil passou da pessoa que causou o dano e da necessidade de puni-lo para a tutela da vítima que suportou o dano *contra jus* e para a obrigação de repará-la, independentemente da identificação do culpado.²⁵⁴

Observando-se que o instituto da responsabilidade civil é uma resposta à ocorrência do dano e atentando-se à máxima de que “nem todo dano pode ou deve ser reparado”, somente caberá pleito indenizatório no momento em que a vítima suportar um dano efetivamente contrário à justiça e propício à reparação.²⁵⁵

A grande celeuma sofrida pela jurisprudência e doutrina repousa na identificação dos danos que deverão ser ressarcidos em razão da responsabilidade civil na sua aplicabilidade ampliada, principalmente em virtude do surgimento do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorreram novos danos inimagináveis.²⁵⁶

Aderindo ao raciocínio que vem sendo firmado em relação à supervalorização do dano, principalmente quanto ao dano moral, Maria Celina Bodin de Moraes esclarece:

De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano patrimonial ou em sentido estrito.²⁵⁷

Em atenção ao ideal preconizado por Maria Celina Bodin de Moraes, sem dúvidas é cabida a aclaração de que a banalização do dano moral nas relações familiares deve ser afastada, de modo que sua incidência independe da existência da falta de amor e afeto, uma vez que o amor não se trata de dever ou direito.²⁵⁸

Por isso que a responsabilização do cônjuge devido ao desrespeito ao dever de fidelidade recíproca, na forma do adultério, não se trata de mera tentativa de dar guarida

²⁵³ PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: Uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. **Argumenta: Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, vol.5, maio/jun. 2014, p. 123 *et seq*

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 123 *et seq*

²⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. xi

²⁵⁶ PEREIRA, Vinícius Martins. *Op. cit.*, p. 123 *et seq*

²⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188 *et seq*

²⁵⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 175 *et seq*.

jurídica a um rele transtorno ou aborrecimento, já que não se pode obrigar ninguém a nutrir um sentimento por outrem.

Destarte, a falta de amor por si só não enseja a incidência da responsabilidade civil, pois ocorre a ausência do primeiro pressuposto, este que, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, seria a violação de um dever conjugal mediante conduta lesiva de um dos consortes.²⁵⁹

Vale ressaltar ainda que não é a dissolução da sociedade conjugal ou a extinção do vínculo matrimonial que irá engendrar o dever de indenizar, mas sim o ato praticado por um dos consortes, violando os deveres matrimoniais e, por conseguinte, gerando uma pretensão indenizatória relacionada com os danos morais.

Na verdade, o que se busca, considerando-se a possibilidade de extinção do vínculo matrimonial por força do divórcio quando não há mais sentimento, é a aplicação congruente do instituto da responsabilidade civil a fim de compensar ou reparar os danos impostos aos direitos da personalidade do cônjuge traído.

Não obstante a verificação positiva de requerer pleito indenizatório ou compensatório em virtude da infidelidade conjugal por meio de adultério, é de suma importância a inexistência de perdão por parte do cônjuge traído para que surja uma pretensão reparatória, uma vez que o ato de perdoar o cônjuge adúltero, dando continuidade ao curso da relação matrimonial, serve para demonstrar que a referida infidelidade não foi capaz de tornar a vida em comum insuportável.²⁶⁰

Importa lembrar que o cônjuge ofendido deve comprovar o adultério do cônjuge ofensor e a impossibilidade de suportar a manutenção da vida conjugal, cabendo prova em contrário do fato, no sentido de demonstrar a ocorrência do perdão por parte daquele, revelando sua aceitação quanto à violação dos deveres do casamento.²⁶¹

Vale ressaltar ainda que, se o cônjuge prejudicado mediante adultério suporta a moléstia sofrida por força da referida conduta reprovável do cônjuge infrator, buscando absorver-lhe os efeitos com o fito de conservar o vínculo conjugal, não é possível estabelecer

²⁵⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 175 *et seq.*

²⁶⁰ CARVALHO NETO, Inácio de Carvalho. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 248 *et seq.*

²⁶¹ *Ibidem*, p. 248 *et seq.*

uma indenidade *ad eternum* em favor do cônjuge adúltero, para que este possa continuar a prosseguir impunemente na prática de novas violações aos deveres matrimoniais.²⁶²

3.5 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÔNJUGE INFIEL

Outrossim, objetivando o andamento do presente trabalho, deve-se situar a responsabilidade oriunda da violação do dever de fidelidade recíproca em relação aos consortes, tanto no âmbito da responsabilidade contratual quanto na seara da responsabilidade extracontratual.

Segmento da doutrina julga que serão aplicados à relação conjugal na qual tenha havido violação dos deveres conjugais por um dos cônjuges as diretrizes principiológicas presentes na Responsabilidade civil contratual, haja vista o viés de que o casamento se trata de um contrato – ainda que especial e de direito de família, demarcado pelo elemento volitivo entre os consortes –, este que, em conjunto com a norma, implicará no surgimento de deveres conjugais.²⁶³

Enfatize-se que os deveres conjugais injungem um certo comportamento aos cônjuges, uma vez que, diante do seu descumprimento, cabe ao ofendido a demonstração do ato infracional e dos danos decorrentes do referido ato, independentemente da indagação relativa ao dolo, negligência, imprudência do cônjuge infrator.²⁶⁴

Finalizando a questão, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, ao se debruçar sobre o assunto, alerta: “desde que o cônjuge vitimado prove a violação a dever conjugal e não seja considerada a ausência de culpa sobre o lesante, estabelece-se o efeito da responsabilidade do faltoso”, principalmente no campo dos danos morais, eis que nos danos patrimoniais necessitam de comprovação precisa.²⁶⁵

Contrariamente ao entendimento da responsabilidade contratual como caracterizadora da violação dos deveres conjugais por conta de ato do cônjuge infrator, existe parcela da doutrina preconizando a responsabilidade extracontratual em face da infração aos deveres conjugais.

Representando a doutrina que caracteriza a violação dos deveres conjugais (incluindo-se a infidelidade por força de adultério) como alavanca geradora da

²⁶²CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 412 *et seq.*

²⁶³SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. A culpa na ruptura do casamento. **Argumenta: Doutrinas Essenciais do Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.3, ago. 2011, p. 347 *et seq.*

²⁶⁴*Id.* Reparação Civil na Separação e no Divórcio. São Paulo: Saraiva, 1999, p.168 *et seq.*

²⁶⁵*Ibidem*, p.169 *et seq.*

responsabilidade civil aquiliana, Inácio de Carvalho Neto, conquanto reconheça o caráter contratual presente no casamento, afirma não fazer sentido incluir o *neminem laedere* como cláusula contratual, pois não se pode, por exemplo, aceitar a ideia de que o cônjuge causador de lesões corporais ao seu consorte estaria infringindo uma cláusula contratual.²⁶⁶

Embora as duas teorias destacadas nos parágrafos anteriores tenham base jurídica, estritamente em relação ao dever de fidelidade recíproca, o presente trabalho segue o viés de que o casamento – mesmo comportando elementos específicos do direito de família – aproxima-se da figura dos negócios jurídicos, sendo incoerente o direcionamento por outra corrente que não seja a da responsabilidade contratual em face do específico descumprimento do dever de fidelidade por parte de cônjuge adúltero, causando danos aos direitos da personalidade do cônjuge ofendido ou até danos materiais.

A conclusão formulada em parágrafo anterior tem fundamento jurídico ao passo que o casamento se trata da confluência de vontades dos consortes e tem semelhança com um negócio jurídico, constituindo relação jurídica da qual decorrem deveres, dentre os quais se apresentam o dever de fidelidade

Sendo assim, por força da natureza contratual que acompanha a relação matrimonial, existem deveres que dizem respeito aos cônjuges, exatamente como foi verificado em capítulo posterior.

Isto é, no caso de violação do dever de fidelidade por parte de um dos consortes, ocorreria de pronto a responsabilização daquele que descumpriu um dever relativo as partes que estabeleceram aquela união por meio da vontade, tratando-se, portanto, de responsabilidade contratual.

Esta é o tipo de responsabilidade inerente à violação de um dever pré-estabelecido em virtude de um negócio jurídico ou contrato.²⁶⁷ Ou seja, frente a violação do dever de fidelidade por um dos cônjuges não há que se falar em outra responsabilidade civil, senão a responsabilidade civil contratual.

²⁶⁶CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 295 *et seq.*

²⁶⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30 *et seq.*

3.6 OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A RESPONSABILIDADE CIVIL DE CÔNJUGE INFIEL

Após uma análise da violação do dever de fidelidade conjugal mediante o adultério, do qual decorrem danos de ordem material e moral, demonstrado o preenchimento de todos os pressupostos e fundamentos inerentes à responsabilidade civil presentes no ordenamento jurídico pátrio, incumbe a este trabalho revelar o entendimento dos tribunais superiores acerca do assunto tratado no tópico anterior.

Ressalte-se ainda que, devido à importância dos julgados apresentados neste tópico, o seu conteúdo não só será alvo análise minuciosa no tocante aos elementos subjetivos e objetivos no presente capítulo, como também do capítulo subsequente a este.

As decisões dos Tribunais superiores, logo mais delineadas, tem o objetivo de demonstrar situação em que o dever de fidelidade é rompido por um dos cônjuges, pelo fato de ter havido prole concebida em virtude de relação adúltera desconhecida pelo cônjuge traído, gerando danos morais reconhecidamente ocorridos em desfavor deste. Destaca-se que o problema reportado se dá pelo fato de que o cônjuge traído não tem conhecimento da traição e cria o filho como se fosse seu, logo depara-se com situação vexatória ao tomar ciência da verdade.

Em relação ao rompimento do dever conjugal de fidelidade e a sucessão de danos, a situação destacada anteriormente tem representado os únicos casos em curso nos Tribunais Superiores, dos quais ocorrem o perfazimento de dano moral diante do adultério. Por isso, este tópico analisará as diretrizes do recente julgamento do Recurso Especial nº922.462 SP²⁶⁸, que representa caso envolvendo a mesma temática trazida à baila pelos Recursos Especiais nº742137/RJ²⁶⁹ e 1122547/MG²⁷⁰, que reconhecem a conduta adúltera do cônjuge traidor como força motriz dos danos psíquicos ocasionados em face do cônjuge traído.

²⁶⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁶⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 742137/RJ. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: P. C. H. e Outro. Recorrente: M. L. F. de B. e Outro(s) Recorrido: Os mesmos. Relator: Nancy Andrichi. DJ 21 ago. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.122.547/MG. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: G. V. C. Recorrido: V. J. D. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ 10 set. 2009. Disponível em: <

Principiando a análise de julgados relativos à violação do dever de fidelidade por força da assunção de filho adulterino em virtude do desconhecimento do cônjuge traído, deve ser reportada a decisão do Superior Tribunal de Justiça em face do Recurso Especial nº922.462 SP, com participação dos Ministros Paulo de Tarso Sansverino, João Otávio de Noronha e Ricardo Villas Bôas Cueva (como relator), datado em quatro de abril de 2013, no qual o cônjuge traído postulou pela majoração dos danos materiais e morais acerca de adultério cometido por sua ex-mulher no tempo do casamento e do terceiro cúmplice da traição, já determinado pelo Tribunal de origem, uma vez que o marido traído foi privado do verdadeiro vínculo biológico com seu filho até os seis anos de idade do infante, momento em que foi revelado que a criança seria fruto de relação adulterina. Em resposta à postulação feita pelo cônjuge traído, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do Tribunal *a quo* em relação ao afastamento dos danos morais, além de reconhecer a existência de danos morais por parte do ex-cônjuge, apesar de diminuir os valores fixados pelo Tribunal Estadual que julgou o caso.²⁷¹

Obviamente, existe, no julgado em tela, uma violação do dever conjugal de fidelidade recíproca disposto no art. 1566, inciso I do Código Civil de 2002, já que, de acordo com exame pericial hematológico realizado e juntado aos autos, a paternidade biológica do infante seria oriunda de traição cometida pela ex-mulher, configurando, portanto, a ocorrência de adultério.

Tratando-se de conduta adúltera do cônjuge, como já fora observado em tópico anterior deste mesmo capítulo, cabe lembrar a ocorrência de violação direta do dever de fidelidade recíproca, a qual pode gerar a responsabilização do agente ofensor mediante os consequentes danos morais e materiais causados por ele.²⁷²

No Recurso Especial 922.462/SP, o cônjuge traído, em virtude do indiscutível adultério, alega a majoração do dever de reparação por força dos danos materiais em face dos alimentos pagos equivocadamente à criança e a sua ex-cônjuge, bem como o dever de compensação devido aos danos morais suportados no âmbito familiar e pessoal em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7250849&num_registro=200900251746&data=20091127&tipo=91&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁷² STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 908.

decorrência da violação do dever de fidelidade recíproca, ilustrado no corpo do acórdão do supradito Recurso, diante das declarações do autor em pleito exordial ao alegar “estar arrasado diante dos seus próprios pais – de uma hora a outra privados do neto – o autor, cruel e injustamente ferido, um dia dormiu pai, para no dia seguinte acordar agoniado pela dor sem fim da perda de seu filho”.²⁷³

Quanto ao dano material, acertou o Superior Tribunal de Justiça ao decidir, no referido acórdão, o seu afastamento, porque, ainda que o cônjuge traído tenha sido enganado pela sua ex-esposa, criou uma paternidade socioafetiva com a criança, sendo vedada a repetição da verba alimentar paga durante o período em que acreditou ser pai do infante, seguindo a linha de entendimento do princípio da não restituição dos alimentos, que encontra lastro na tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, protegendo o alimentando do incidente de devolver prestações alimentícias pagas.²⁷⁴

Ademais, diante do Recurso Especial analisado até aqui, aparece – como argumento para dissociar os alimentos do pedido de danos materiais oriundos da conduta adúltera da ex-cônjuge – o fato de a obrigação alimentar se originar da relação de parentesco socioafetivo, presente entre o cônjuge traído e a criança; uma vez que, em que pese não esteja disposta no diploma jurídico cível, vem sendo adotada no âmbito jurisprudencial à luz do princípio da afetividade, bastando, para tanto, a posse de estado de filho.²⁷⁵

Em atenção à filiação socioafetiva, o Instituto Brasileiro de direito de família propõe, no seu enunciado nº6, o entendimento de que o reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva tem o condão de proporcionar efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes.²⁷⁶

Sendo assim, não seria possível sustentar reparação dos alimentos pagos pelo cônjuge traído, uma vez que acreditava na filiação daquela criança e se utilizou de valor adequado para suprir o provimento de alimentos em consonância com a necessidade dela.

Concomitantemente, não seria possível lidar a obrigação de pagar alimentos como um dano material oriundo de conduta adúltera apta a violar o dever de fidelidade, dado que tal

²⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁷⁴MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 891 *et seq*

²⁷⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 221 *et seq*

²⁷⁶BRASIL. **Enunciados do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 4 out. 2017.

dever foi violado pela ex-esposa, mas não consubstancia fato gerador da repetibilidade de alimentos, situação que só ocorre em casos extremados.

Conforme já debatido em tópico anterior deste capítulo, existe a possibilidade de reparação por dano material ao cônjuge traído por meio de adultério do cônjuge traidor, como nos casos de a traição ocasionar tratamentos para males psíquicos ou psicológicos, paralisando ou diminuindo o seu exercício profissional.²⁷⁷

Ou seja, os danos materiais podem ser pleiteados no momento em que surge conduta adúltera na relação conjugal, mas, diante do Recurso analisado até aqui, é impossível pleitear por danos materiais no tocante ao dever de alimentos legítimo do parentesco.

No que tange aos danos morais dispostos no Recurso Especial 922.462/SP, em que pese o Superior Tribunal de Justiça tenha minorado os valores compensatórios arbitrados pelo Tribunal de Justiça *a quo*, houve reconhecimento dos referidos danos no tocante à dignidade humana, haja vista que o cônjuge traído não só sofreu abalo emocional ao descobrir que foi traído por sua esposa com um dos seus amigos durante a constância do casamento, como também suportou incontestáveis transtornos psicológicos ao cientificar-se do fato de que não seria o verdadeiro genitor da criança gerada no curso do matrimônio, ensejando o dano *in re ipsa* no entendimento do Tribunal superior já reportado.²⁷⁸

Insta asseverar que a construção teórica da qual se vale o presente trabalho corrobora com a decisão do Superior Tribunal de Justiça em relação ao dano moral exigido pelo autor, alertando que não é possível alegar *in casu* um mero dissabor relativo ao vínculo matrimonial; pois, em que pese as dores humanas e as angústias sofridas por cada um sejam comuns aos desafios de crescimento e amadurecimento das relações interpessoais, há, no Recurso Especial em análise, notório ataque à emoção interna do cônjuge traído, em virtude dos reflexos da conduta inconsequente da ex-mulher na sua vida familiar e social, uma vez que, identificado como pai pela sociedade, teve que suportar a vergonha diante da quebra do dever de fidelidade conjugal envolvendo o seu melhor amigo.²⁷⁹

²⁷⁷SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 175 *et seq.*

²⁷⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁷⁹SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina. **Revista IOB**. Porto Alegre: Síntese, v.11, n.58, fev/mar 2010, p.111 *et seq*

Vale destacar ainda que a ex-mulher do cônjuge traído trouxe, como justificativa para o cometimento da conduta adúltera, o insucesso da relação e a falta de manutenção de relações sexuais entre os consortes na constância do casamento, argumentos estes que foram rejeitados na decisão proferida no Recurso Especial em análise. O voto do relator demonstrou a impossibilidade das alegações como meio de defesa pela ex-mulher, já que não é possível compensação de culpas diante do dever incondicionado de fidelidade recíproca.²⁸⁰

Importa esclarecer que a análise do presente acórdão não tem o objetivo de defender o frequente reconhecimento do dano moral em qualquer caso atrelado à violação do dever conjugal por meio do adultério, já que a banalização do prejuízo aos direitos da personalidade deve ser combatida, haja vista que o adultério praticado por um dos cônjuges deve gerar violação a sua honra.²⁸¹

Mostra-se de extrema importância lembrar que não basta a configuração de ato ilícito para que se tenha a responsabilização, mas é preciso que, a partir dele, haja decorrência de um dano de ordem moral ou material para vítima, ou seja, não basta que ocorra o adultério na relação conjugal para configuração da responsabilidade, também é preciso que ocorra o dano.²⁸²

Em atenção à importância do dano no plano da responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri obtempera:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem.²⁸³

Convém lembrar ainda que o ordenamento brasileiro vai de encontro ao direito canônico, inadmitindo a compensação de culpas entre os consortes de modo que o insucesso da relação amorosa venha se tornar justificativa para o adultério de um dos cônjuges, ou seja, acerta o Superior Tribunal de justiça ao tomar a decisão examinada até este instante.²⁸⁴

²⁸⁰BRASIL. *Op. cit.* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁸¹SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 180 *et seq.*

²⁸² STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 151 *et seq.*

²⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

²⁸⁴CARVALHO NETO, Inácio de Carvalho. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 293 *et seq.*

Além disso, no tocante à figura do adultério como elemento violador do dever de fidelidade conjugal, insta destacar que, na ocorrência deste ato pelos dois cônjuges no curso do vínculo matrimonial, nada impede – desde que tais atos não sejam excludentes entre si – o ajuizamento de demanda indenizatória por qualquer deles em face do dano originado por ato culposos. Seria o caso excepcional, por exemplo, de adúlteros cometidos por ambos os cônjuges em condições semelhantes de agravamento à honra do consorte.²⁸⁵

Importa deixar claro que o pleito indenizatório do ato culposos decorre da sua violação por si só e não do rompimento da relação conjugal; pois, como já foi observado, o rompimento das relações conjugais decorre da vontade dos consortes, de acordo com a Emenda Constitucional nº 66/10.

Note-se que, no recurso especial dissecado até o presente instante, há a impossibilidade de se levantar a hipótese de culpa exclusiva da vítima quanto ao cônjuge traído, haja vista que o fato de ter sido imputado a ele o insucesso do relacionamento e a falta de manutenção das relações sexuais ao final da relação conjugal não obsta a configuração de responsabilidade quanto à obrigação da ex-esposa de indenizá-lo pelos danos decorrentes da quebra do dever de fidelidade que venha ocorrer.²⁸⁶

O julgamento do Superior Tribunal de Justiça em face do Recurso Especial nº 922.462/SP, decomposto no presente tópico, está pautado nas novas demandas abraçadas pelo instituto da reponsabilidade civil, conforme o desenvolvimento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, ambos responsáveis por ampliar os interesses mercedores de tutela relativos à personalidade do indivíduo, tal como seria o caso do dano moral reconhecido no julgamento retromencionado, pois é indiscutível a concepção da prole em face de relação extraconjugal no curso do casamento, bem como os consequentes danos do ato adúltero perante o cônjuge traído.²⁸⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana traz no seu bojo o entendimento de que cada ser humano é dotado de qualidades ímpares, merecendo respeito e consideração por parte do Estado, ao mesmo tempo que a pessoa é caracterizada por um agrupamento de direitos e deveres fundamentais, necessitando de proteção em face dos atos de cunho

²⁸⁵ CARVALHO NETO, Inácio de Carvalho. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 294 *et seq.*

²⁸⁶ *Ibidem*, *loc. cit. et seq.*

²⁸⁷ MENDES, Giulliano Caçula. A Evolução da Responsabilidade Civil e Suas Implicações Atuais no Direito de Família: Análise da Possibilidade de Indenização por Abandono Afetivo. **Revista da Advocacia Geral da União**. Brasília: EAGU, ano 15, n. 02, abr./jun. 2016, p. 127 *et seq.*

desumano, da mesma forma que precisam ser garantidas condições existenciais mínimas para uma vida saudável.²⁸⁸

Tal ideal cativou o instituto da responsabilidade civil, transportando o seu caráter genérico para diversas relações jurídicas, inclusive a relação conjugal, na qual o indivíduo, ao imiscuir-se com outro, constitui uma comunhão espontânea de vidas, pregando a lealdade mútua, tendo, portanto, a proteção dos seus direitos da personalidade, uma vez que cada um tem dever de agir dentro de um padrão de conduta íntegra, velando pelo respeito e dignidade comuns à relação, materializados na relação conjugal através dos seus deveres característicos, dentre os quais se destaca o dever de fidelidade. Em suma, proteger a dignidade da pessoa humana nada mais é do que fornecer guarida jurídica aos direitos da personalidade, qualificados pelos atributos físicos e morais da pessoa, estes que estão sujeitos a violação diante de um adultério presente na constância do vínculo matrimonial.²⁸⁹

Ademais, em relação aos valores compensatórios ocasionados por consequência de danos morais, é de extrema necessidade salientar a dificuldade de sua quantificação, pois não existem instrumentos capazes de aferir milimetricamente os direitos da personalidade e os consequentes danos sofridos pela sua violação. Contudo, com a ampliação da responsabilidade civil em diversas áreas do direito, inclusive naquela que regula as relações familiares, tornou-se importante a necessidade de reparação do dano sofrido pela vítima, ao invés da figura da culpa, sendo possível a configuração de postular pela compensação de danos morais puros.²⁹⁰

A ampliação do alcance da responsabilidade civil gerando novas demandas consubstanciadas em danos dos quais anteriormente não se buscava reparação foi facilitada devido ao caráter aberto do sistema brasileiro de responsabilização, que não exige tipicidade do dano para submetê-lo a reparação civil e não exclui da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça de direito.²⁹¹

Posto isso, é importante a atuação do poder judiciário para determinar os interesses que merecem a tutela de Estado devido às novas situações inesperadas e de

²⁸⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61 *et seq.*

²⁸⁹BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 122 *et seq.*

²⁹⁰MENDES, Giulliano Caçula. A Evolução da Responsabilidade Civil e Suas Implicações Atuais no Direito de Família: Análise da Possibilidade de Indenização por Abandono Afetivo. **Revista da Advocacia Geral da União**. Brasília: EAGU, ano 15, n. 02, abr./jun. 2016, p. 127 *et seq.*

²⁹¹MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155.

flagrante justiça em terreno de reparação de danos. Faz-se, pois, necessária a flexibilidade dos julgadores ao observar o caso sob a lume dos valores fundamentais consagrado na Constituição, sendo a sua atuação tão legítima quanto a do legislador.²⁹²

Neste sentido, acerca do julgamento proferido pelo STJ inerente ao Recurso Especiais n° 922.462/SP²⁹³, em que reconheceu os danos morais do cônjuge traidor, importa destacar que houve minoração nos valores arbitrados pelos Ministros em relação à importância deliberada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, haja vista que a seleção dos interesses merecedores de tutela não necessariamente precisa ficar refém de uma prévia especificação legislativa, podendo o judiciário realizar tal seleção de acordo com a realidade social em frequente mutação e com as circunstâncias do caso concreto.²⁹⁴

Isto é, o valor do dano moral reconhecido e arbitrado pelo Superior Tribunal de Justiça frente ao Recurso Especial já mencionado depende de uma minuciosa investigação a respeito dos fatores que circundam aquela causa, sendo imprescindível a análise da lei, as circunstâncias que permeiam o caso concreto e as jurisprudências semelhantes, critério este que foi utilizado no momento da quantificação dos danos morais ao passo que o Recurso Especial n° 742.137/RJ²⁹⁵ serviu como parâmetro.

Portanto, acerta o Superior Tribunal no arbitramento de valores, sendo plenamente possível tanto a majoração dos valores atinentes ao dano moral reconhecido, quanto a sua minoração, desde que seja considerado o contexto no qual o caso concreto está inserido.

Após minuciosa análise frente ao Recurso Especial aludido no curso do presente tópico, seria repetitivo realizar uma abordagem acerca dos outros Recursos Especiais mencionados no início do capítulo, haja vista que trabalham os fundamentos jurídicos acerca do mesmo mote, reconhecendo os danos morais pela quebra do dever de fidelidade recíproca

²⁹²SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100 *et seq*

²⁹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

²⁹⁴MENDES, Giulliano Caçula. A Evolução da Responsabilidade Civil e Suas Implicações Atuais no Direito de Família: Análise da Possibilidade de Indenização por Abandono Afetivo. **Revista da Advocacia Geral da União**. Brasília: EAGU, ano 15, n. 02, abr./jun. 2016, p. 138 *et seq*.

²⁹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 1.122.547/MG. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: P. C. H. e Outro. Reorrente: M. L. F. de B. e Outro(s) Recorrido: Os mesmos. Relator: Nancy Andrighi. DJ 21 ago. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

por meio de conduta adúltera da mulher, acrescida da omissão desta em relação à prole concebida na decorrência de relação extraconjugal.

Por fim, destaca-se que todos os Recursos Especiais mencionados até aqui trazem a figura do terceiro cúmplice de cônjuge infiel como um agente sob o qual não recai o manto da responsabilidade civil em face do seu conluio para a concretização do adultério, mas, por motivo de extrema complexidade, a referida cumplicidade será analisada posteriormente, já que, assim como a responsabilidade do cônjuge infiel, merece também a da cúmplice investigação esmerada.

Assim, a análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça trazido a debate serviu como lente de aumento a fim de ampliar os detalhes inerentes à figura do cônjuge adúltero diante da omissão de prole concebida de maneira exógena ao casamento, demonstrando que, sob tal atuação, existe lastro para responsabilização civil, uma vez que ocorrem danos de ordem material e moral relacionados ao cônjuge traído.

3.7 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 5.716/2016

Como já fora dito em momento anterior no presente capítulo, salienta-se que, frente à ampliação do alcance da responsabilidade civil na criação de novas demandas, fundadas em novos danos, urgiu a importância do poder judiciário em face da seletividade dos interesses merecedores de tutela perante o exame da realidade social em constante mutação e as circunstâncias de cada caso particular.²⁹⁶

Embora seja reconhecida a importância do poder judiciário em relação à seletividade dos novos danos que merecem salvaguarda do ordenamento jurídico, deve ser lembrado também que é necessário um mínimo de objetividade e cientificidade na seleção dos interesses dignos de tutela, sob pena de provocar insegurança jurídica e imprevisibilidade nos julgamentos causados pela enorme discricionariedade jurisdicional.²⁹⁷

Importa destacar o fato de que a generalidade do sistema de responsabilidade civil brasileiro e a amplificação dos “novos danos” (incluindo-se a infidelidade conjugal) mostraram-se suscetíveis à apreciação do poder judiciário, sendo imprescindível a averiguação do

²⁹⁶MENDES, Giulliano Caçula. A Evolução da Responsabilidade Civil e Suas Implicações Atuais no Direito de Família: Análise da Possibilidade de Indenização por Abandono Afetivo. **Revista da Advocacia Geral da União**. Brasília: EAGU, ano 15, n. 02, abr./jun. 2016, p. 138

²⁹⁷*Ibidem*, loc. cit., p. 138

encaixe entre a conduta e o dano moral, considerando a dignidade da pessoa humana e a conduta aqui representada pela infidelidade conjugal.²⁹⁸

Voltando à análise do poder judiciário e à sua característica hermenêutica em relação aos “novos danos”, a subjetividade adotada no procedimento interpretativo tenta evitar a banalização do dano moral e reconhecer referidos danos, isso faz com que alguns casos sejam julgados de maneira dispare, gerando, para as partes que compõem a demanda, uma certa insegurança e injustiça. Tratando-se de direito de família e das suas relações demarcadas pelo afeto, o risco da imprevisibilidade quanto à responsabilização civil apresenta maior gravidade, pois o risco à formação de danos psicológicos é maior.²⁹⁹

Buscando trazer diretrizes para selecionar os interesses dignos de tutela, o Deputado Rômulo Gouveia realizou a propositura do projeto de lei 5716 de 2016, buscando acrescentar ao Código Civil o art. 927-A, este que preza pela responsabilização civil por danos morais do cônjuge que pratica ato violador do dever de fidelidade recíproca.³⁰⁰

O projeto de lei criado pelo Deputado Rômulo Gouveia traz como justificativa exclusiva a quebra do dever de fidelidade recíproca por parte de um dos cônjuges, já que se configura como dever de ambos. Nestes termos, o rompimento do dever de fidelidade recíproca não só gera a culpa conjugal, como também a culpa civil, sendo possível a condenação de cônjuge infrator a compensar dano moral ao seu consorte.³⁰¹

Apesar de entender a intenção do projeto de lei em destaque, cumpre explicar que a fidelidade está incutida no âmbito da lealdade, apresentando-se como uma extensão desta na relação conjugal, uma vez que demonstra a aplicação da integridade na relação afetiva e sexual.³⁰²

Ademais, é importante dizer que o dever de fidelidade recíproca não tem sua violação adstrita ao ilícito civil do adultério, mas pode se apresentar de outras formas que não

²⁹⁸MENDES, Giulliano Caçula. A Evolução da Responsabilidade Civil e Suas Implicações Atuais no Direito de Família: Análise da Possibilidade de Indenização por Abandono Afetivo. **Revista da Advocacia Geral da União**. Brasília: EAGU, ano 15, n. 02, abr./jun. 2016

²⁹⁹*Ibidem*, loc. cit.

³⁰⁰BRASIL. **Projeto de Lei nº5716/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1473966&filename=PL+5716/>. Acesso em: 7 out. 2017

³⁰¹BRASIL. **Projeto de Lei nº5716/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1473966&filename=PL+5716/>. Acesso em: 7 out. 2017

³⁰²GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 286.

configuram o adultério, tais como a infidelidade virtual ou qualquer outro meio que tenha o condão de invadir a esfera de exclusividade de afeto inerente aos consortes.³⁰³

Ocorre que as diretrizes da responsabilidade civil devem ser respeitadas, ou seja, para que se tenha a efetividade do *neminem laedere* (dever de não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem), é necessária a existência de um dano de ordem moral ou material, sem o qual não se fala na possibilidade de indenização, pois o evento danoso é pressuposto da obrigação de indenizar.³⁰⁴

O referido projeto de lei, apesar de apresentar objetivo no sentido de solucionar uma matéria que se encontra em área cinzenta do direito civil, incorre em um caminho perigoso, haja vista que nem toda violação do dever de fidelidade recíproca cometida por um dos consortes terá o condão de ocasionar danos de ordem moral.

A redação versada no artigo proposto acabou tratando o assunto de modo a tangenciar a órbita da insegurança jurídica, tendo em vista que nem toda conduta violadora da infidelidade conjugal por parte do cônjuge traidor terá sempre cunhada a capacidade – ainda que seja tal conduta um ato adúltero indiscutivelmente ilícito no âmbito doutrinário.

No tocante aos danos morais e à sua relação com a infidelidade conjugal, importa esclarecer o conceito mais adequado em relação ao primeiro. Neste sentir, a definição de “dano moral” que mais se coaduna com o prejuízo possível em sede da relação conjugal por via do adultério é trazida à baila por Maria Celina Bodin de Moraes da seguinte maneira:

Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Circunstâncias que atinjam a pessoa e sua condição humana, que neguem essa sua qualidade, serão automaticamente consideradas violadoras de sua personalidade e, se concretizadas, causadoras de dano moral a ser reparado. (...) não será, portanto, o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves ou suficientes para afetarem a dignidade humana pela violação de um ou mais, dentro dos substratos referidos.³⁰⁵

O conceito outrora demonstrado acerca do dano moral implica no liame necessário entre a infidelidade e a violação da dignidade da pessoa humana, esta que pode ser agravada ainda mais quando ocorre de maneira abusiva, humilhante ou de forma tão grave, que a autonomia mereça ser restringida na ponderação do caso concreto; pois, como já foi dito

³⁰³GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 288.

³⁰⁴STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 151 *et seq.*

³⁰⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327 *et seq.*

em momento oportuno, o dano e a conduta do agente devem estar amarrados pelo nexo causal.³⁰⁶

Devido à seriedade e à importância que carregam os danos morais em face da violação do dever conjugal de fidelidade presente no casamento e, considerando o incompleto projeto de lei criticado até aqui, assiste razão na continuidade de arbitramento dos danos de ordem psíquica pelo poder judiciário, uma vez que o sistema de responsabilidade civil brasileiro apresenta caráter atípico, sendo, portanto, possível a responsabilização por danos morais do cônjuge que comete ato de infidelidade com aptidão para lesar os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 186 do Código Civil.³⁰⁷

Cumprido asseverar que o presente trabalho não visa defender postura contrária ao controle fornecido pelo poder judiciário em razão da responsabilização civil por danos morais através da infidelidade conjugal, determinando a existência ou não de violação aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, o que se pretende é esclarecer que o projeto de lei é uma tentativa cabível para trazer segurança jurídica ao ordenamento em face da polêmica violação ao dever conjugal de fidelidade. Porém, não atingiu o seu objetivo porque trouxe a infidelidade de maneira genérica, ao passo que há diversos meios de violação da fidelidade recíproca e muitos deles, quando praticados por um dos cônjuges, não são capazes de originar danos morais, salvo se caminharem em sentido contrário à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade.

Em suma, a tentativa do Deputado Rômulo Gouveia foi trazer solução para um caso jurídico extremamente novo nos Tribunais Superiores, haja vista que o STJ possui apenas três julgados acerca do assunto, considerando-se que o primeiro deles foi julgado no ano de 2007.

Contudo, o Deputado pecou ao propor que qualquer violação do dever de fidelidade recíproca teria o condão de gerar a responsabilização do cônjuge infiel em favor do cônjuge traído.

Por conseguinte, o projeto de lei 5716 de 2016 deveria ter se prestado a caracterizar a forma de violação do dever de fidelidade recíproca que ensejaria a compensação

³⁰⁶PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: Uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. **Argumenta: Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, vol.5, maio/jun. 2014, p. 123 *et seq.*

³⁰⁷SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 102 *et seq.*

por danos morais, condicionando esta ruptura do dever conjugal à ofensa dos direitos da personalidade em conluio com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo, portanto, uma diretriz de responsabilização civil.

4. A TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE NA RELAÇÃO CONJUGAL

Logo de início, é mister salientar que este capítulo busca uma análise da teoria do terceiro cúmplice com o objetivo de traçar um paralelo entre o *tertius*, responsável por interferir em uma relação contratual, e o cúmplice do cônjuge infiel, diante da violação dever conjugal fidelidade, acrescido, por consequência, de danos ao cônjuge traído.

Entretanto, para o perfazimento deste paralelo, faz-se necessária uma digressão acerca da doutrina do terceiro cúmplice, com o intuito de refletir sobre a base principiológica da supracitada teoria, a doutrina em si, os fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, a análise da natureza contratual desta e os indícios de tal teoria nos tribunais pátrios.

Destrinchar a doutrina do terceiro cúmplice vai dar ensanchas ao objetivo do presente trabalho, que é a aproximação da referida doutrina frente à observância do papel de terceiro cúmplice da relação conjugal, na tentativa de aplicabilidade da responsabilidade civil à figura que venha interferir em relação conjugal.

4.1 O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO E A NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO

Desde já, destaca-se a existência de consenso doutrinário tradicionalíssimo, a afirmar a produção de efeitos atrelados às partes, não favorecendo e nem prejudicando terceiros. Tal entendimento trata de uma fiel reprodução do avoengo aforismo romano de que o ato concluído entre certas pessoas nem prejudica nem beneficia aos outros, máxima que dá ênfase ao princípio da relatividade dos contratos, inserido no direito das obrigações.³⁰⁸

A gênese do referido preceito se dá no princípio da autonomia privada, este que, ao substituir a perspectiva oitocentista da autonomia da vontade, baseava-se única e exclusivamente na vontade dos sujeitos para decidir com quem o contrato seria celebrado, qual seria o seu conteúdo, bem como a fixação de direitos e obrigações às quais se

³⁰⁸RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1125 *et seq*

submeteriam, ficando nítida a prevalência dos interesses particulares em detrimento de eventual interesse social.³⁰⁹

No concernente ao princípio da relatividade dos contratos, é mister salientar que sua origem também decorre do princípio da força obrigatória dos contratos, ou *pacta sunt servanda*, no qual o instrumento contratual firmado entre as partes e as cláusulas ali dispostas tinham o condão de vincular os contratantes, sujeitando-os a deveres e obrigações.³¹⁰

O Código Civil Brasileiro de 1916 adotou expressamente o princípio da relatividade dos contratos, haja vista que o art. 928 desse diploma legal traz no corpo do seu dispositivo o entendimento de que “a obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros”, levando, portanto, a noção de efeito restrito àqueles que compõem a relação contratual.³¹¹

O princípio da relatividade, já mencionado, segue a premissa de que seria possível, mediante a prestação acordada no instrumento contratual, o não cumprimento adstrito àquele que possui o dever de prestar, o que, consoante a doutrina clássica, não seria permitido em relação a terceiro alheio ao contrato, seja na configuração do seu benefício ou em prejuízo.³¹²

Por força da relatividade dos contratos e em representatividade à doutrina clássica, Luiz da Cunha Gonçalves proferiu o entendimento que adiante se delineia:

Cada contrato é independente do outro. Um contrato só pode ser violado por quem nele se obrigou (V. 705) e não por um terceiro; e, posto que do contrato tenha nascido para um dos contraentes determinado direito, este é relativo, é direito de obrigação; não é direito real, ou direito invocável *erga omnes*, que por toda gente haja de ser respeitado. Portanto, um terceiro, não podendo violá-lo, por que não lhe pode ser oposto, também não incorre em responsabilidade extracontratual.³¹³

Sob o prisma doutrinário do princípio da relativização dos contratos, é possível verificar duas linhas reflexivas, nas quais se persegue a desmistificação da alegação de que o terceiro não poderia interferir no contrato.³¹⁴

³⁰⁹FERNANDES, Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 228 *et seq.*

³¹⁰*Ibidem*, p. 229 *et seq.*

³¹¹RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1125 *et seq.*

³¹²BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 83 *et seq.*

³¹³GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português**. 2 ed. SV. XII. T. II. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 952 *et seq.*

³¹⁴BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 83 *et seq.*

A primeira corrente, marcadamente francesa, defende que os efeitos do vínculo contratual – quais sejam, a criação, modificação e extinção de situações jurídicas subjetivas – encontram-se no plano interno dos contratantes, atingindo apenas as partes que consentiram na formação do contrato. Isto é, os direitos e deveres oriundos da relação contratual vinculam apenas os contratantes, não obrigando, muito menos beneficiando terceiros.³¹⁵

Ademais, no tocante à relatividade dos contratos, a primeira doutrina traça um paralelo do plano da existência com a oponibilidade dos contratos, esta que é decorrente do entendimento da figura contratual alicerçada por um fato social, e que reflete uma realidade exterior a si própria, não sendo possível limitá-la a um reles conceito jurídico. Deste modo, o contrato impõe a todos a sua existência e deve ser respeitado, pelas partes e por terceiro.³¹⁶

A segunda corrente doutrinária versa que as obrigações são dotadas de um efeito interno (em desfavor do polo passivo), juntamente com um efeito externo (consubstanciado no dever imposto aos terceiros de obedecerem ao direito do polo ativo da obrigação), não existindo hipótese de impedir ou dificultar o cumprimento da obrigação, o que, caso acontecesse, incorreria na doutrina do terceiro cúmplice.³¹⁷

Frise-se que as teorias retromencionadas têm o condão de afastar o princípio da relatividade como justificativa para o prejuízo que poderia ser causado por terceiro diante da prestação obrigacional firmada entre as partes originárias, quais sejam o polo ativo e o polo passivo.³¹⁸

O instituto do *inter alios acta* traz à baila a importância dos efeitos internos do contrato, identificando direitos e deveres dos contraentes, estes limitados naquela situação jurídica, aclarando a eficácia aplicada ao âmbito das partes que compõem a relação contratual.³¹⁹

Nesta senda, é certo que o contrato não converteria direitos e obrigações ao terceiro sem o seu manifesto consentimento para tanto, sendo este tratado com certa indiferença defronte a avenças firmadas por outrem.³²⁰

³¹⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 87 *et seq.*

³¹⁶ *Ibidem*, p. 87 *et seq.*

³¹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 11 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 92 *et seq.*

³¹⁸ BANDEIRA, Paula Greco. *op. cit.*, p. 87 *et seq.*

³¹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 40 *et seq.*

³²⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1130 *et seq.*

Ressalte-se, desde logo, que, no tocante ao terceiro alumiado da premissa de relatividade dos efeitos contratuais, não poderia ser reclamado o conhecimento da existência ou do conteúdo de um instrumento contratual, também não lhe sendo permitido a atuação negativa ou positiva em face deste contrato, exceto o respeito perante a produção dos seus efeitos, contanto que sua esfera jurídica não fosse invadida abusivamente.³²¹

Nesta linha, após tanto se falar da relatividade inerente às partes que compõem a relação contratual, visando à continuidade do presente trabalho, cumpre compreender o conceito de terceiro e o seu desempenho diante da relação de cunho obrigacional.

A posição jurídica do terceiro está baseada tanto no alheamento formal quanto no material, tendo em vista determinada e particular relação jurídica. Otávio Luiz Rodrigues Júnior afirma que a distância do terceiro “pode ser comparada às órbitas, com maior ou menor proximidade de corpos celestes à estrela solar”, restando inequívoca a demonstração de que o terceiro se encontra numa situação dinâmica, podendo se aproximar ou se distanciar do elemento contratual conforme sua situação jurídica, dando ensejo a alteração da qualificação do *tertius* a cargo da sua distância do vínculo.³²²

A partir da importância da vontade individual, eis que exsurge o fundamento rígido para distinguir as partes dos terceiros alheios à relação avençada, uma vez que somente o sujeito que manifestou vontade pudesse se sujeitar às obrigações e deveres dispostos no instrumento contratual. Sob a égide temporal da evolução jurídica, a doutrina estrangeira buscou um amolecimento do núcleo duro caracterizador da perspectiva contratual, transmutando a autonomia da vontade para alcançar a autonomia privada, sendo possível, por conseguinte, o alcance de efeitos além das partes.³²³

Embora o princípio da relatividade contratual fosse tratado como um regimento imutável relativo às avenças decorrentes da autonomia privada inerente às partes, foi descortinado de modo a apresentar enfraquecimento em algumas situações. Como exemplo, apresentam-se as figuras contratuais constantes no direito romano de estipulações em favor de terceiros ou aquelas que tinham o objetivo de obrigar terceiros, nas quais, com o passar do

³²¹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1130 *et seq*

³²² *Ibidem*, p. 1130 *et seq*

³²³ LEONARDI, Felipe Raminelli. A Produção dos Efeitos Contratuais e o Contrato Protetivo de Terceiro (*Vertrag Mit Schutzwirkung Dritt*): Esboço dogmático e tentativa inicial de aproximação com situações concretas no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V.30, 2007, p. 129 *et seq*.

tempo, foi possível a percepção de um rompimento da firmeza da relatividade contratual, tudo em função da evolução do direito pretoriano, dos *iudicia bona fidei* e do esforço de Justiniano em abrandar o *ius civile*.³²⁴

Percebeu-se, então, que a liberdade contratual, da qual as partes gozavam, não poderia ser exercida de maneira irrestrita, uma vez que se mostrava de extrema importância o respeito relativo às normas de ordem pública e aos bons costumes. Deste modo, urge o dirigismo contratual como fator limitador da autonomia, resultando na intervenção estatal acompanhada do ordenamento jurídico, ambas no intuito de conter o desequilíbrio contratual e os abusos.³²⁵

Diante do curso temporal, observaram-se a necessidade de mitigação em relação ao princípio da relatividade contratual, haja vista que o instrumento avençado entre as partes não só produz efeitos no âmbito interno, mas também pode oferecer eficácia além do âmbito subjetivo do contrato, alcançando terceiros.

A tábua axiomática de valores embutidos na Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a condecoração da força normativa dos princípios, implicando na incidência das normas constitucionais em todo o sistema regulador das relações privadas, com o objetivo de trazer solução para os mais variados conflitos de interesses. Com isso, as categorias de direito privado presentes no ordenamento brasileiro, tais como propriedade, família, empresa e o contrato, acabam sentindo a atuação dos referidos valores, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.³²⁶

Nesta toada, em relação ao contrato, os ditos deveres e obrigações relativas às partes opõem-se aos princípios constitucionais da função social dos contratos, dispostos no art. 1º, IV, e no art.170 da Constituição Federal, bem como ao princípio da solidariedade social, disposto no art. 3º, I da Constituição Federal, ambos com a função de remodelar o princípio da relatividade dos contratos, permitindo, em alguns casos, a extensão de direitos, impondo efeitos contratuais a terceiros estranhos à origem do vínculo obrigacional.³²⁷

Reconhece-se a mitigação do *inter alios acta* em determinadas hipóteses, dentre as quais seja imprescindível o acolhimento de interesses mercedores de tutela diante da

³²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 2 v.6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

³²⁵ FERNANDES, Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 229 *et seq.*

³²⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas Especiais de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 342 *et seq.*

³²⁷ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 88 *et seq.*

análise do caso concreto, mostrando-se preponderantes no confronto com a liberdade de contratar.³²⁸

Em face da evolução da perspectiva contratual e das relações obrigacionais, Alvinio Lima alerta que o princípio da relatividade dos contratos “não pode ser entendido hoje como foi no século XIX, com a rigidez de regra absoluta, conferindo ao terceiro, ampla liberdade de ação”.³²⁹

Claramente, a figura do contrato permite uma produção de efeitos internos, estes que se valem dos direitos e obrigações aos quais se submetem os contraentes, não havendo dúvida quanto a isso, sendo opostos a terceiros.³³⁰

Entretanto, no contexto atual, há influência da função social e da boa-fé objetiva na formação e execução do contrato, implicando na distinção entre os efeitos internos da relação contratual (concernentes às partes conectadas pelo vínculo obrigacional) e os efeitos externos do contrato, pois estes vêm sendo forjados de modo a demonstrar que terceiros cientes da relação contratual devem respeitar os efeitos oriundos da vontade das partes, sob pena de serem responsabilizados, da mesma forma que os contraentes não podem adentrar deliberadamente à esfera jurídica de outrem mediante figura contratual.³³¹

As rachaduras apresentadas perante o caráter absoluto do princípio da relatividade dos contratos encontram fundamento no fato de que mesmo o dito princípio tem como objetivo principal a produção exclusiva de efeitos entre as partes, de modo que o contrato seria responsável por gerar efeitos reflexos sobre terceiros, pois nem conduta humana pode findar-se em um ligame bilateral, mas sim em uma trama rica e multifacetada de diversos feixes relacionais.³³²

Os efeitos reflexos reportados previamente ocorrem, por muitas vezes, sem que os contraentes os queiram ou tenham-nos previsto, contudo as suas consequências sobre o

³²⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 89.

³²⁹ LIMA, Alvinio. A Interferência de Terceiros na Violação do Contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 5, ano 2, out./dez. 2015, p. 307 *et seq*

³³⁰ FERNANDES, Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 231 *et seq*.

³³¹ THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos Externos do Contrato: Direitos e Obrigações na Relação Entre Contratantes e Terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4 *et seq*.

³³² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1130 *et seq*

terceiro são inevitáveis, pois a amplitude da relatividade transcende a vontade daqueles que deram origem à relação.³³³

Diante disso, cabe deixar claro que a mitigação ao princípio da relatividade dos contratos em face de terceiros não é uma regra geral, tal situação só irá ocorrer quando forem postos em evidência os interesses merecedores de tutela, devendo o julgador, ao se deparar com o caso concreto, utilizar-se de um método zetético na busca sopesamento dos interesses dignos de guarida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Para mais, necessita-se aduzir que, no caso específico de lesão da prestação devida ao polo ativo da obrigação por parte de terceiro, Paula Greco Bandeira sustenta a ideia de que não é possível associar a responsabilidade do *tertius* como uma situação representativa da mitigação à relatividade dos contratos, uma vez que a sua responsabilização decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, derivada do princípio da solidariedade constitucional, que se dissemina por todas as situações jurídicas subjetivas, contratuais ou extracontratuais.³³⁴

A referida autora, logo em seguida, afirma que o dever incumbido a terceiros de não lesar o objeto contratual tem base legal, não decorre do contrato, ou seja, os deveres contratuais não se alongam em face dos terceiros, estes que, como reação a tal circunstância, estão obrigados ao dever legal de não violar o objeto contratual destinado a beneficiar o polo passivo.³³⁵

Vale acrescentar que, apesar da ideia obtemperada pela autora, é preciso lembrar que a responsabilização decorre de lei, mas a oponibilidade do terceiro perante a satisfação da prestação acordada entre os contraentes é que dá ensanchas a essa responsabilidade do terceiro, uma vez que é da violação deste dever de abstenção que se origina o dano.

De fato, tem razão a autora mencionada há pouco, pois os deveres contratuais não devem ser cumpridos por aqueles que estão alheios ao contrato, no entanto, por força de entendimento legal constitucional, aquela esfera contratual goza de proteção caso o terceiro a conheça, não sendo possível a este imiscuir-se na relação com o objetivo de ocasionar o inadimplemento contratual ou prejudicar a sua execução.

O dever legal de não lesar os contratos incidirá sobre terceiros no caso de terem conhecimento acerca do contrato firmado entre as partes e, por consequência, sobre o direito de crédito originado da vontade das partes. Destaca-se que esse direito de crédito nada mais é

³³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60 *et seq.*

³³⁴ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 89.

³³⁵ *Ibidem*, p. 89.

do que um interesse juridicamente relevante, não necessariamente devendo ser resumido a uma figura econômica.³³⁶

O conhecimento de terceiros acerca da relação contratual é de extrema importância, uma vez que, diante da autonomia privada inerente aos sujeitos de direito, não é possível privar um terceiro da possibilidade de contratar com outrem caso não possuía um prévio conhecimento daquela relação contratual.

Para que exista a oponibilidade de um contrato perante terceiros, é necessário que estes tenham conhecimento do direito subjetivo existente naquela relação contratual, ou pelo menos da cognoscibilidade deste. Os contratos envolvem direitos de crédito, por isso acabam sofrendo com a devida publicização para o conhecimento de terceiros, haja vista o seu caráter abstrato, transitório e a maleável, tratando-se, portanto, de *numerus apertus*, o que caracteriza um óbice para a possibilidade de serem públicos. No entanto, caso ocorra a publicidade dos direitos de crédito a cargo da atuação dos fatores externos ao contrato, tornam-se os referidos direitos concretamente oponíveis às figuras alheias ao contrato.³³⁷

Os fatores externos, responsáveis pelo conhecimento do direito de créditos por terceiros, são chamados por Antônio Junqueira de Azevedo de “fatores de atribuição de eficácia mais extensa”.³³⁸

Os fatores mencionados têm o condão de dilatar a eficácia do negócio jurídico ao qual estão atrelados, tornando-se concretamente oponíveis em face de terceiros. Por vezes, os fatores externos que levarão o direito de crédito ao conhecimento de terceiro se resumem à própria lei, pois esta, em determinadas ocasiões, proporciona a oponibilidade eficiente do direito de crédito, ainda que não seja do conhecimento de terceiro. Um bom exemplo da lei como fator externo é o caso da ação pauliana, na medida em que se anula um negócio realizado por devedor insolvente com terceiro, mesmo se o segundo estiver de boa-fé, pois o mais importante é a satisfação do crédito.³³⁹

Vale ressaltar ainda que a oponibilidade não exclui a relatividade, podendo haver uma mútua coexistência entre ambas diante de um ato jurídico, sem que uma anule a outra. A relatividade determina a relação jurídica presente no contrato, projetando a sua eficácia no

³³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142 *et seq.*

³³⁷ URBANO, Hugo Evo Côrrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, 2010, p. 180 *et seq.*

³³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56 *et seq.*

³³⁹ URBANO, Hugo Evo Côrrea. *Op. cit.*, p. 180 *et seq.*

âmbito interno, inerente ao polo passivo e ativo do relacionamento contratual, bem como no campo externo. Já a oponibilidade é um dos desdobramentos derivados de projeção no âmbito externo dos contratos e servirá de fundamento para as partes que compõem a relação jurídica obrigacional, em situações determinadas, produzindo efeitos frente a terceiros que figurem em situações jurídicas incompatíveis.³⁴⁰

Ainda cabe aduzir que os efeitos externos da relação jurídica contratual relativos à oponibilidade em face de terceiros é fruto de situações que envolvam a imputação aos sujeitos que estão alheios ao contrato os quais, apesar de serem distintos à relação contratual, suportam a eficácia do contrato. Faz-se necessário informar que o efeito outrora suscitado trata de uma categoria relativa ao efeito externo, chamada de efeito externo direto, esta que tem como peculiaridade, por meio da situação jurídica contratual, influenciar a esfera jurídica de quem está situado fora do campo designado às partes.³⁴¹

A autonomia privada, sucessora da autonomia da vontade, está presente na relação contratual e será merecedora de tutela quando possuir, diante do caso concreto, a ocorrência de valor derivado dos preceitos constitucionais, implicando em uma imposição àquele alheio ao contrato, de modo que este, por determinação legal, não possa exercer o seu direito à liberdade de contratar de forma irrestrita, devendo respeitar a satisfação do acordo firmado entre as partes.³⁴²

Deste modo, as situações jurídicas obrigacionais que, sob a nova perspectiva constitucional, fundamentam a formação dos contratos não precisam sustentar o ultrapassado aspecto estático das situações subjetivas, alicerce para relatividade dos contratos em momento anterior à Constituição Federal de 1988. Em contrariedade, é relevante a atenção acerca da função desempenhada pelas situações intersubjetivas, uma vez que, através destas, seria possível determinar a disciplina jurídica aplicável ao caso concreto, atendendo as peculiaridades dos interesses em jogo, na tentativa de amoldar a ordem dos interesses que se pretende tutelar.³⁴³

³⁴⁰ URBANO, Hugo Evo Côrrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, 2010, p. 184 *et seq*

³⁴¹ LEONARDI, Felipe Raminelli. A Produção dos Efeitos Contratuais e o Contrato Protetivo de Terceiro (*Vertrag Mit Schutzwirkung Dritt*): Esboço dogmático e tentativa inicial de aproximação com situações concretas no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V.30, 2007, p. 129 *et seq*.

³⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277.

³⁴³ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 91.

Diante dessa nova perspectiva de situações subjetivas baseadas na função, é preciso extremar as situações patrimoniais das situações existenciais, haja vista que o valor constitucional da dignidade da pessoa humana tem morada no vértice superior do diploma constitucional.³⁴⁴

Cabe, portanto, maior atenção às situações subjetivas pautadas no aspecto existencial, muito em face da nova perspectiva constitucional que rege o ordenamento atual, gerando, inclusive, uma funcionalização das situações patrimoniais às existenciais, estas absolutamente preponderantes.³⁴⁵

Observa-se que os princípios da autonomia privada e da relatividade dos efeitos dos contratos não são estáticos e sofrem grande influência do contexto social, implicando em certa flexibilização por força dos conceitos de função social e boa-fé objetiva.³⁴⁶

Nesta linha de raciocínio, não se admite que terceiros com ciência da relação contratual e da prestação satisfativa se associem com aquele que deve prestar, de modo a inadimplir o contrato ou obstar a sua execução e retem imunes a uma eventual responsabilização. Caso o ordenamento jurídico promova o esquecimento desta responsabilização perante ato de terceiro, estaria caminhando de maneira contrária aos valores sustentados na Constituição de 1988, pois admitiria que a liberdade de contratar fosse exercida sem limites, violando os deveres impostos pela cláusula geral de boa-fé objetiva, decorrente do princípio constitucional da solidariedade social.³⁴⁷

4.2 DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE E OS SEUS FUNDAMENTOS

Após a demonstração de inequívoca evolução do entendimento jurídico acerca da relação contratual, cumpre a observação da existência de efeitos internos e externos que traz em seu bojo, implicando, no segundo caso, em interferência direta na órbita jurídica de terceiro. O *tertius*, apesar de estar alheio ao contrato, possui dever legal de oponibilidade mediante o conhecimento da relação firmada, dever esse que não lesiona a relatividade contratual.

³⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201 *et seq.*

³⁴⁵ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 91.

³⁴⁶ FERNANDES, Renata Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 231 *et seq.*

³⁴⁷ BANDEIRA, Paula Greco. *op. cit.*, p. 91.

A figura do terceiro ganhou destaque no cenário contratual brasileiro após a inserção dos princípios constitucionais aptos a trazerem modificações relevantes diante da perspectiva relacional intersubjetiva no âmbito contratual, como o princípio da solidariedade social, disposto no art. 3º, I da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III da Constituição Federal, o princípio do valor social e da livre iniciativa, disposto no art. 1º, IV e no *caput* do art. 170º da Constituição Federal, e por fim, o princípio da isonomia substancial, disposta no art. 3º, III da Constituição Federal.³⁴⁸

Ressalte-se ainda a notória atenção que deve ser dada ao terceiro em relação ao contrato na seara dos direitos do consumidor, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, observados os níveis de considerável interrelação social atingidos, concedeu outro significado ao princípio da relatividade dos contratos, haja vista a ampliação do conceito de fornecedor. A partir dali, o conceito de fornecedor abarcava prestadores de serviço, fabricantes, importadores, distribuidores e vendedores, formando um verdadeiro monólito de responsabilidade perante o consumidor. Adotou-se uma nova perspectiva para o contrato de consumo, atingindo todos os agentes da cadeia de fornecimento, de modo que ocorreu a erosão das questões acerca da identidade do terceiro, ao mesmo tempo que houve a mitigação da relatividade dos contratos.³⁴⁹

Através dos influxos constitucionais na seara consumeirista e da relação contratual que a caracteriza, foi possível ter uma visão conjuntural do contrato perante o ordenamento brasileiro, abrangendo uma pluralidade de vínculos contratuais em uma só relação, gerando a extensão da responsabilidade e dos efeitos da avença de consumo.³⁵⁰

Nesta senda, os princípios constitucionais ora mencionados são responsáveis por uma repaginação do modelo contratual, feita sob o respaldo dos novos princípios contratuais, tais como: o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico e o da função social. Frente a isto, Gustavo Tepedino elucida o seguinte entendimento doutrinário:

A boa-fé objetiva atua predominantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art.157, Código Civil), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317,478 e 479,

³⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 17 out. 2017

³⁴⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1135 *et seq.*

³⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo regime das Relações Contratuais**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 275.

Código Civil). E, a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial.³⁵¹

Através dos novos valores supramencionados, a questão do terceiro em face do relacionamento contratual entre as partes, trabalhado pelo direito alienígena, se tornou relevante ao direito brasileiro, tendo em vista que, se o terceiro intervém e colabora com uma das partes na violação da convenção previamente firmada, há incidência da responsabilidade civil do terceiro cúmplice por lesão à satisfação da obrigação, desde que exista o prévio conhecimento por meio do ofensor e os danos experimentados pela contraparte.³⁵²

Apesar de ser alvo de discussões doutrinárias, a legislação pátria não tangencia o assunto de maneira plena, haja vista que o Código Civil faz menção à responsabilização de terceiro que interfere em relação contratual apenas no seu art. 608, este que impõe ao aliciador de pessoas que estejam obrigadas ao contrato escrito objetivando prestação de serviço a outrem o pagamento da importância que, ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.³⁵³

Em que pese o legislador mereça as alvíssaras por inserir os efeitos externos do contrato perante terceiros, o dispositivo é criticado por doutrinadores que tangenciam o tema debatido no presente tópico, pois não é possível restringir o alcance eficaz dos contratos aos instrumentos concretizados por escrito.³⁵⁴

Necessita-se lembrar que a existência do contrato pode ser provada de diversas formas, seguindo a linha do art. 212 do Código Civil, não sendo, portanto, justa a restrição dos efeitos perante terceiros aos contratos escritos, salvo se a lei trouxer forma especial que deva ser respeitada na relação contratual.³⁵⁵

Ademais, o ordenamento jurídico promove a oponibilidade, já destacada anteriormente, de modo que o direito de satisfação daquele que ocupa o polo ativo da obrigação somente será aproveitado por ele, sendo despicienda a forma do contrato. A maior relevância no concernente ao terceiro e à possibilidade de reparação é a comprovação de que o terceiro tinha conhecimento da relação contratual travada entre as partes e, mesmo assim,

³⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 250 *et seq.*

³⁵² FERNANDES, Renata Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 231 *et seq.*

³⁵³ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 17 de out. 2017.

³⁵⁴ URBANO, Hugo Evo Córrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, 2010, p. 209.

³⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 17 de out. 2017.

imiscuiu-se no direito que lhe era oponível e que era destinado à prestação da satisfação devida ao polo ativo do contrato.³⁵⁶

Além disso, o dispositivo ora alvo de debates carrega consigo a insegurança jurídica perante ao terceiro, pois mostra-se demasiadamente complicada a averiguação de que aquele com o qual exerce a liberdade de contratar já faz parte de uma relação contratual. Considerando-se essa questão, poderia ocorrer uma eventual penalização injusta do terceiro que não tinha conhecimento da relação contratual preexistente, imbuída na exclusividade do prestador de serviço.³⁵⁷

Exemplificando o entendimento disposto no parágrafo anterior, basta imaginar a hipótese em que o terceiro, desejando exercer a sua legítima liberdade de contratar, firma uma avença com sujeito que se diz desempregado, quando, na verdade, já é parte de contrato de prestação de serviços. Neste caso, não seria justo imputar responsabilidade civil ao terceiro que desconhece relação contratual prévia do prestador de serviço, pois é impossível deter o conhecimento de todas as relações contratuais na modalidade prestação de serviço firmadas no âmbito privado.

Outro ponto que merece cuidado é a especificação daquele que deve ser responsabilizado caso haja a interferência de terceiro em relação contratual. Analisando-se minuciosamente o art. 608 o Código Civil, o entendimento repousa na responsabilidade daquele que alicia o prestador de serviços, pois este, caso conheça da relação contratual preexistente, deve seguir a oponibilidade oriunda dos efeitos externos diretos do contrato.³⁵⁸

Hugo Evo Magro, apesar de concordar com o entendimento da responsabilização ao aliciador ciente da relação contratual prévia, nos termos do art. 942 do Código Civil, traz para debate o acréscimo de responsabilização solidária de todos aqueles que efetivamente participaram do aliciamento perante prestador já inserido em relação de prestação de serviços com outrem, desrespeitando a oponibilidade do direito à satisfação da prestação firmada em face do polo ativo da obrigação.³⁵⁹

Diante destas breves considerações acerca da doutrina do terceiro cúmplice no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se, desde logo, a necessidade de perquirir argumentos doutrinários a fim de dar segurança jurídica ao instituto, uma vez que, ainda que o

³⁵⁶ URBANO, Hugo Evo Côrrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais., p. 209 *et seq.*

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 210.

³⁵⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Parte Especial: Das várias espécies de Contratos** (art.565 a 652). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (orgs.). **Comentários ao Código Civil**. V.7 São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237 *et seq.*

³⁵⁹ URBANO, Hugo Evo Côrrea. Op. cit., p. 212.

Código Civil faça menções pobres nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 traz todo o arcabouço principiológico para demonstrar a mitigação da relativização dos contratos e a eficácia externa produzida por eles, gerando uma oponibilidade de terceiros que conheçam o contrato.

Portanto, ao concluir pela importância do terceiro perante contrato já firmado do qual tenha conhecimento, ocorrerá uma análise da doutrina do terceiro cúmplice, já que está fundada em um preceito ético de inegável alcance solidário.³⁶⁰

A frequência de situações nas quais poderia ocorrer a aplicação da doutrina do terceiro cúmplice é vasta, não se resumindo apenas ao contrato de prestação de serviços, podendo ser aplicada em diversas searas que correm no certame do direito privado.

Sendo assim, o instituto discutido neste tópico será alvo de análises no concernente aos fundamentos da responsabilidade de terceiro, à natureza jurídica dessa responsabilidade e aos requisitos necessários para sua caracterização.

4.2.1 Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice

Seguindo a linha doutrinária acerca do tema em epígrafe, a responsabilização civil do terceiro que interfere em contrato do qual tem conhecimento prévio com intuito de prejudicar o seu adimplemento ou obstar a execução do contrato pode apresentar fundamentação jurídica no princípio da função social dos contratos, no abuso de direito, ou no princípio da boa-fé objetiva.³⁶¹

Neste passo, é necessária uma análise minuciosa dos três elementos supraditos, com o fito de demonstrar juridicamente o elemento fundante de maior congruência com o entendimento jurídico edificado no curso do presente trabalho monográfico.

4.2.1.1 Função Social do Contrato

A função social do contrato é princípio trazido no âmago da Constituição Federal de 1988, mas, por força da antiga realidade absoluta do princípio da relatividade dos contratos

³⁶⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1135 *et seq.*

³⁶¹ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 93 *et seq.*

e do momento histórico que se delineava naquela época, não suscitaram maiores debates, exurgindo como princípio responsável por remodelar o princípio da relatividade dos contratos, através do art. 421 e do art. 422, ambos dispostos no Código Civil de 2002. O primeiro dispositivo proclama em termos genéricos o compromisso da unicidade de direitos que envolvem o contrato, com a ideologia constitucional de submissão da ordem econômica aos critérios sociais, compatibilizando a vontade individual das partes com os interesses coletivos.³⁶²

Diante dos contornos em decorrência da aplicação da função social nas relações privadas, surgiram três teorias principais, que se prestam a explicar o papel do referido instituto no ordenamento brasileiro.³⁶³

A primeira teoria acerca da função social dos contratos, sustenta que, embora o princípio da função social esteja previsto em lei, não é disciplinado de maneira sistemática ou específica, situando-se de forma indefinida no ordenamento pátrio, pois se encontra no bojo dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição Federal. Assim, a função social do contrato não produziria eficácia em si mesma, mas sim em determinados institutos, com o escopo de justificar situações normativas específicas, tendo como exemplos a resolução excessiva por onerosidade, a lesão, a conversão do negócio jurídico à simulação como circunstâncias que eivam a nulidade.³⁶⁴

A posição doutrinária em destaque é severamente criticada, pois leva à diminuição do princípio da função social do contrato, haja vista que sua valoração seria nada mais do que um apêndice contido nos outros institutos já positivados, dispensando a existência de categoria própria. A título de acréscimo, importa esclarecer que adotar essa teoria resultaria em uma tergiversação da hierarquia de valores que regem o ordenamento, posto que a Constituição Federal vigente seria interpretada mediante Código Civil.³⁶⁵

Considerando-se a teoria reportada, é possível o entendimento de que não existia uma preocupação substancial com o terceiro que interfere no contrato, salvo na hipótese do art. 608 do Código Civil, tendo em vista que o princípio alvo de debates no presente tópico é utilizado para casos específicos já tratados.

A segunda teoria acerca do princípio da função social dos contratos tem o condão de aproximar o microsistema do direito dos contratos e integrar as suas normas, limitando a

³⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36

³⁶³ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 94 *et seq.*

³⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93

³⁶⁵ BANDEIRA, Paula Greco.. *Op. cit.*, p. 95 *et seq.*

liberdade privada, ao mesmo tempo que impede a formação de contratos atentatórios a princípios, valores e garantias sociais. Por meio desta teoria, ocorre a busca da demonstração de que os direitos dos contratos não podem seguir apartados do contexto econômico e histórico nos quais estão inseridos, ou seja, o princípio da função social do contrato expressa o valor social que deve ser respeitado pela vontade dos contratantes, no momento em que os efeitos oriundos dessa relação se projetam na sociedade.³⁶⁶

Seguindo este entendimento, Teresa Negreiros se posiciona acerca da função social dos contratos, afirmando que o acordo contratual não pode “ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”.³⁶⁷

A referida teoria admite a responsabilização de terceiro no instante em que colabora com o polo passivo da relação contratual ou o induz a prejudicar a prestação satisfativa de direito daquele que compõe o polo ativo da referida relação, celebrando contrato incompatível com a obrigação anteriormente assumida por quem deve cumprir com o objeto do contrato. Acompanhando o entendimento, a função social justificaria a responsabilização do terceiro cúmplice, na medida em que proporcionaria compreensão do contrato como fato social.³⁶⁸

O princípio da função social dos contratos para a responsabilização de terceiros, com fulcro no princípio da solidariedade constitucional, exige a colaboração entre os contratantes e os terceiros, sendo que os últimos têm o dever de respeitar a situação jurídica já firmada, a datar de prévio conhecimento acerca da relação já constituída. Destarte, a função social do contrato limitaria o princípio da relatividade, com vistas a efetivar a responsabilização de terceiro cúmplice.³⁶⁹

A partir do entendimento versado na segunda teoria, houve edição do enunciado 21 da primeira jornada de direito civil do STJ, na qual ficou determinado que a “função social do contrato, prevista no art.421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a

³⁶⁶ MELLO, Adriana Mandin Theodoro. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, V. 801, jul. 2002, p 13 *et seq.*

³⁶⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207.

³⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30

³⁶⁹ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 96 *et seq.*

revisão do princípio da relatividade dos contratos em relação a terceiros, implicando tutela externa do crédito”.³⁷⁰

Paula Bandeira se posiciona ao revés da segunda corrente, visto que função social estaria sendo reduzida a um instrumento de garantia contratual do credor, desviando a finalidade do instituto, pois o verdadeiro fim do instituto seria a imposição de deveres aos contratantes e a tutela da relação entre os contratantes.³⁷¹

Assim, surge terceira orientação doutrinária, na qual a função social do contrato deve ser entendida como um novo princípio, que, noticiado por princípios constitucionais, não impõe garantias, mas sim deveres aos contratantes, mediante interesses socialmente relevantes que devem ser respeitados pelo contrato.³⁷²

Debruçando-se sobre a última doutrina, é preciso esclarecer que a funcionalização atinge todos os fatos jurídicos e, em paralelo, a função do fato jurídico corresponde à síntese dos seus efeitos essenciais. O que quer dizer, portanto, que a função não se traduz apenas à vontade das partes, mas ao fato em si, enquanto social e com relevância jurídica. Toda função jurídica subjetiva possui uma função social, tornando a tutela jurídica do interesse resultado da soma entre o interesse do titular da situação jurídica subjetiva, com o da coletividade.³⁷³

Em síntese, a função permite a vinculação dinâmica dos fatos jurídicos, dos centros de interesse privado e das relações jurídicas aos valores sociais reconhecidos pelo texto constitucional. Com efeito, importa esclarecer que a proteção dos interesses privados estão intimamente vinculadas ao atendimento de interesses sociais, promovidos no contexto da atividade econômica.³⁷⁴

Destarte, função social exerce influência sobre o princípio da relatividade dos contratos no sentido de promover a sua flexibilização, tal fato será efetivado na medida em que ocorre a imposição de deveres perante os contratantes sob a promoção dos interesses de grande expressão social. Vale ressaltar que a função social dos contratos não tem como objetivo a ampliação de garantias contratuais ao titular de direitos, mas sim a imposição de

³⁷⁰ BRASIL. **Enunciado 21 da 1ª Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>> Acesso em 18 out. 2017.

³⁷¹ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 97

³⁷² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20 *et seq.*

³⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.96 *et seq*

³⁷⁴ *Ibidem*, p.121 *et seq*

deveres aos contraentes mediante influxos das pretensões sociais tuteladas constitucionalmente.³⁷⁵

Dedicando o debate ao cerco formado pelas três teorias, cumpre esclarecer que a responsabilização do terceiro cúmplice mediante os contratos é uma garantia do direito de crédito inerente à prestação satisfativa do credor, consistindo em interesse meramente privado, não encontrando fulcro no princípio da função social, já que o interesse protegido por tal princípio tem características extracontratuais.³⁷⁶

Portanto, a função social impõe flexibilização da relatividade dos contratos, implicando em deveres para os contraentes em trânsito mútuo com as pretensões oriundas da sociedade, mas não pode servir de base fundamental para responsabilização do terceiro cúmplice, uma vez que o seu alcance é adstrito a pretensões sociais, sendo impossível tutelar a garantia consubstanciada no interesse particular.

4.2.1.1 Abuso de Direito

O abuso de direito se encontra disciplinado no art. 187 do Código Civil de 2002, configurado na ilicitude daquele que é titular de um direito e o exerce de maneira excessiva, transcendendo os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou bons costumes.³⁷⁷

Ocorre que o ato dotado de abuso em sua prática está imerso no plano da antijuridicidade, mas, diferentemente do ato ilícito, caracteriza-se por violar um fundamento axiológico-material, e não a inobservância de limites lógicos-formais. No cometimento do abuso, o sujeito aparenta agir no limite do seu direito, porém existe violação dos valores que lastreiam o reconhecimento do direito pelo ordenamento.³⁷⁸

Assim, o exercício excessivo de direito que contrarie as finalidades sociais e econômicas do ato, materializando o abuso de direito, implica na consequente incidência da responsabilidade civil, no sentido de reparar os danos causados a outrem.³⁷⁹

³⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20 *et seq.*

³⁷⁶ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 100

³⁷⁷ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 17 de out. 2017.

³⁷⁸ CARPENA, Heloísa. O Abuso de Direito no Código de 2002: Relativização de Direito na Ótica Civil-Constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 405.

³⁷⁹ Id. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renova, 2001, p.56

A abusividade de determinado ato é mensurada de forma objetiva, dependendo apenas da desconformidade efetiva entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional, tendo pouca importância a intenção do agente de prejudicar outrem ou a comprovação do elemento culpa.³⁸⁰

Diante disso, parte da doutrina se vale do abuso de direito para fundamentar a responsabilização civil do terceiro que coopera ou induz o devedor ao inadimplemento contratual, firmando com ele contrato incompatível com a obrigação já existente, incorrendo em abuso da liberdade de contratar. Ademais, a doutrina acrescenta que, se o terceiro tem ciência do contrato firmado previamente entre as partes e do direito ali envolvido, mas mesmo assim busca o devedor para celebrar contrato ofensivo ao direito do credor, delineando o exercício irregular ou abusivo da sua liberdade de contratar, deve ocorrer a responsabilização do terceiro.³⁸¹

Fernando Noronha, ao se debruçar sobre a indução ao inadimplemento de obrigação alheia por parte de terceiro, afirma que, se este “estava agindo no exercício de um seu direito (por exemplo, o direito de contratar um bom profissional), ele, em princípio, não terá nenhuma obrigação de indenizar”. Para o referido autor, só resta configurada a tutela dos contratos mediante conduta de terceiro que vise à indução do polo passivo contratual ao seu inadimplemento quando o ato praticado tomar forma de exercício abusivo de direitos, não se confundindo com o legítimo exercício da liberdade de contratar.³⁸²

Então, seguindo a perspectiva de que o abuso de direito fundamenta a responsabilidade civil de terceiros, não seriam todas as induções ao inadimplemento contratual praticadas por terceiro junto ao devedor que promoveriam a responsabilidade civil daquele, uma vez que, além da indução, seria necessária a configuração do caráter abusivo da conduta.

Vale ressaltar ainda que o terceiro interferente na relação contratual prévia – o qual gera inadimplemento ou prejuízo da execução ao seduzir o polo passivo a celebrar outra relação contratual, violando, por consequência, o direito do polo ativo – repousa na incidência de responsabilidade civil em face de ato ilícito cometido.

Nesta senda, cumpre esclarecer que abuso de direito não pode ser entendido como ato ilícito: são figuras que não se misturam, pois a equiparação dos institutos restringiria o

³⁸⁰ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 102

³⁸¹ *Ibidem*, p. 100

³⁸² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 488

controle do ato abusivo à caracterização da ilicitude.³⁸³ Com isso, conclui-se que a conduta do terceiro cúmplice configura ato ilícito, não podendo configurar abuso de direito, o que implica na desconstituição do segundo como elemento fundante da responsabilidade civil do terceiro.³⁸⁴

4.2.1.1 Boa-fé Objetiva

Superados o princípio da função social dos contratos e o abuso de direito como elementos fundantes da responsabilização do terceiro cúmplice, é imperioso destacar o instituto da boa-fé objetiva.

A cláusula geral de boa-fé objetiva, tomando como base o princípio da solidariedade, tem como consequência no plano dos contratos, a criação de um dever de abstenção do terceiro, no tocante às situações jurídicas já existentes. Por isso, a cooperação ou induzimento do devedor por parte do terceiro, celebrando avença contratual incompatível com aquela já protagonizada por ele, infringe o dever constitucional de seguir o princípio da boa-fé objetiva, cometendo, portanto, ato ilícito.³⁸⁵

O Código de Defesa do Consumidor trouxe, no bojo do seu art. 4º, uma perspectiva vanguardista acerca da boa-fé objetiva, ao passo que tratou desta nos valores arraigados ao princípio da política nacional de relações. Desde então, o princípio da boa-fé objetiva se tornou sinônimo de deveres impostos à parte, no sentido de colaboração mútua visando à aquisição dos fins almejados em face da relação contratual.³⁸⁶

Considerando a existência do princípio aqui discutido no próprio projeto do Código Reale, enquanto ocorria o curso da sua formação para se firmar como cláusula geral, a boa-fé objetiva teve sua consolidação expressa no art. 422 do referido diploma.³⁸⁷

Dentro desse contexto, a boa-fé objetiva robusteceu as suas estruturas firmando-se como cláusula geral do ordenamento, permitindo a abertura e a mobilidade do sistema jurídico em consonância com as circunstâncias de tempo e fatores históricos, o que ocorreu na

³⁸³ TEPEDINO, Gustavo *et all.* **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V.I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

³⁸⁴ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 103

³⁸⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁸⁶ *Ibidem*, loc. cit.

³⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 351.

sarea contratual com a atual mudança de perspectiva entre as partes, sendo enaltecidos os deveres aos quais estas devem estar submetidos.³⁸⁸

Cabe lembrar o fato de a cláusula geral abrir o ordenamento, não sendo possível restringir a sua aplicação a um só ramo do direito, à guisa de exemplo tem-se a boa-fé objetiva derivada do preceito constitucional da solidariedade, que não se resume ao direito das obrigações, pois se espraia por diversos ramos do direito privado, importando na aplicação da técnica legislativa atualizada e no atendimento a novos casos sociais.³⁸⁹

Nesta senda, com o intuito de concretizar o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva, utiliza-se a herança da doutrina germânica para efetuar a divisão do instituto ora discutido em três funções essenciais na sarea contratual: a função interpretativa (*Officium Iudicis*), a função restritiva do exercício abusivo de direitos (*Exceptio Doli*) e a função criadora de deveres anexos à prestação principal antes, durante e após o negócio (*Creación judicial Innovadora*).³⁹⁰

A primeira função da boa-fé objetiva se vincula ao art. 113 do Código Civil de 2002, uma vez que o referido dispositivo designa a interpretação de todos os negócios jurídicos em conformidade com a cláusula geral de boa-fé e o contexto social no qual está inserida a celebração da avença.³⁹¹

A segunda função, relativa à boa-fé objetiva, tem o condão de restringir condutas abusivas no âmbito contratual, criando deveres perante as partes nos limites manifestados pelos contraentes ou postos pelas leis, ressalvados os casos excepcionais de mitigação à relatividade dos contratos.³⁹² Funciona, como um critério de diferenciação entre o exercício regular ou abusivo de direitos, como, por exemplo, nos casos de *venire contra factum proprium*, bem como nos casos abarcados pela teoria do adimplemento substancial.

Exsurge como terceira função da boa-fé objetiva a criação de deveres anexos, não previstos no contrato, pois estes têm base legal e não decorrem da vontade dos contratantes, além de não se atrelarem ao dever principal da obrigação. A afronta aos deveres anexos pode dar causa ao direito de ressarcimento em face dos prejuízos decorrentes da violação à

³⁸⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 104

³⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000., p. 351.

³⁹⁰ WIEACKER, Franz. **El Principio general de la bona-fé**. Trad. José Luis de Los Mojos. Madrid: Civita, 1976, p.51 *et seq.*

³⁹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 18 out. 2017.

³⁹² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 572

possibilidade de recusar a prestação com base na exceção de contrato não cumprido ou até mesmo à possibilidade de resolver o contrato.³⁹³

Nesta trilha, é possível afirmar que, no plano dos contratos, a boa-fé objetiva almeja a preservação do conteúdo do negócio jurídico que as partes pretendem alcançar, obrigando-as à adoção de comportamento condizente com os fins comuns pretendidos pelo ajuste.³⁹⁴ Entre outras palavras, a boa-fé objetiva impõe um dever de conduta para aqueles que relacionam as suas vontades materializadas no contrato, de forma a perseguirem cooperativamente o interesse mútuo derivado da avença e não a vontade individual.

No tocante a situações jurídicas extracontratuais, seria possível a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que o referido preceito normativo está alicerçado em princípios constitucionais devidamente expressos, e as normas constitucionais se aplicam diretamente às relações privadas, quer seja de caráter patrimonial, quer seja de caráter existencial. Tal entendimento é decorrente da expansão do princípio da boa-fé, devido ao caráter de cláusula geral deste, atingindo inclusive o período preliminar à formação do contrato.³⁹⁵

Nas palavras de Pietro Perlingieri, “as cláusulas gerais de lealdade e de diligência (art. 1175 e 1.176 Cód. Civ.) não se referem exclusivamente às situações creditórias e à noção de adimplemento, mas têm relevância geral”.³⁹⁶

A aplicação extracontratual da boa-fé objetiva, informada pelo princípio constitucional da solidariedade social, torna oponente a terceiros a situação jurídica anteriormente constituída da qual têm ciência, vedando a conduta daquele a fim de colaborar ou induzir o devedor a atingir o inadimplemento por meio de violação ao contrato celebrado em contrário.

Com efeito, após a análise da função social do contrato e do abuso do direito como elementos que poderiam sustentar a responsabilização civil do terceiro cúmplice, percebe-se, em verdade, que a boa-fé objetiva é o elemento fundante da referida responsabilidade, haja vista o dever negativo de não interferência no contrato já existente,

³⁹³ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 106

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 106

³⁹⁵ FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro de. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almeida, 2004, p. 431 *et seq.*

³⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 202

dever esse que não deflui do contrato em si, mas sim da lei alicerçada nos princípios constitucionais.

4.2.2 Natureza da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice

Demonstrados os fundamentos do ordenamento pátrio que alicerçam a admissão da responsabilidade civil diante da teoria do terceiro cúmplice, cabe devida atenção à sua natureza.

Seguindo a dialética entranhada na ciência jurídica, a natureza da responsabilidade civil passa por discussões doutrinárias, posto que há dúvida se a sua caracterização perpassa por uma responsabilidade civil contratual ou uma responsabilidade civil aquiliana.

A doutrina predominante descamba para responsabilidade civil de natureza extracontratual em face do terceiro cúmplice, mas há quem defenda que essa responsabilidade teria natureza contratual.³⁹⁷

Em que pese a doutrina majoritária defenda a responsabilidade aquiliana por parte de terceiros que interferem no contrato, tudo depende da linha metodológica de fundamentação que será utilizada.³⁹⁸

Aqueles que escolheram seguir a teoria francesa clássica dos contratos, em defesa da oponibilidade dos terceiros acerca de relação contratual preexistente, defendem a responsabilidade civil de natureza extracontratual por parte do terceiro cúmplice.³⁹⁹

Isso porque a oponibilidade decorre da permeabilidade da relação obrigacional, de modo que permite uma interação mútua com o âmbito social e, assim, existente perante terceiros que devem respeitar o contrato. Contudo, a oponibilidade convive de forma saudável com a relatividade dos contratos, não se caracterizando como caso de mitigação desta, mas sim como um dever de respeito que o terceiro deve ter perante o contrato.⁴⁰⁰

Tal dever de respeito não se confunde com os deveres específicos do negócio entre os contratantes: inexistente vinculação dos terceiros diante dos deveres contratuais, tendo em vista a sua não participação na formação dos deveres contratuais específicos. Há, portanto,

³⁹⁷ FERNANDES, Renata Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 250 *et seq.*

³⁹⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 111

³⁹⁹ *Ibidem.*, p. 111

⁴⁰⁰ URBANO, Hugo Evo Côrrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, 2010, p. 207

a impossibilidade de se responsabilizar o terceiro contratualmente, restando a possibilidade de responsabilização aquiliana do *tertius*.⁴⁰¹

Não é surpresa se a responsabilidade delitual intervém para completar a responsabilidade contratual, pois isso configura situação corriqueira de uma legislação articulada frente aos diversos tipos de responsabilização, com o fito de extirpar a impunidade daquele que agiu de má-fé.⁴⁰²

Da mesma forma que aqueles que se baseiam na oponibilidade do terceiro perante o contrato, os que defendem a eficácia externa ou reflexa das obrigações também sustentam a responsabilidade extracontratual do terceiro cúmplice. A linha de raciocínio é basicamente a mesma, pois se utilizam do fundamento de que apenas o devedor está obrigado aos deveres implementados pela via contratual, cuja violação decorre responsabilidade contratual, ao revés do terceiro, que, por inobservância de um dever geral de respeito a uma situação jurídica patrimonial, proveniente de uma eficácia externa das obrigações, incorre em responsabilidade aquiliana.⁴⁰³

Acerca do abuso de direito como fundamento para responsabilidade civil do terceiro cúmplice, já ficou claro em tópico anterior que o fundamento não produz lastro razoável e, por isso, sequer merece ser esmiuçado quanto ao assunto aqui tratado.

A responsabilidade extracontratual que majoritariamente caracteriza a conduta do terceiro cúmplice não é oriunda de base contratual, haja vista que a responsabilidade por cometimento de ilícito deve seguir a natureza do direito violado, ou seja: se for atravessado um direito positivado, há responsabilidade de ordem aquiliana, ao passo que, se houver violação de contrato, ocorre a responsabilidade contratual.⁴⁰⁴

Os vieses doutrinários que sustentam a responsabilidade civil extracontratual em face do terceiro cúmplice possuem fundamento jurídico no art. 186 do Código Civil de 2002. Sendo assim, devem estar presentes os requisitos inerentes à responsabilidade civil, tais como: conduta, nexa causal, dano e culpa.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos Externos do Contrato: Direitos e Obrigações na Relação Entre Contratantes e Terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

⁴⁰² SAVATIER, René. *Apud* FERNANDES, Renata Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 252.

⁴⁰³ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 112

⁴⁰⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.160 *et seq*

⁴⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

Destarte, além da responsabilidade aquiliana por parte do terceiro cúmplice, também há a subjetividade na responsabilização, uma vez que depende esta da culpa por parte do terceiro. Quanto a isso, Renata Regina Bueno Fernandes alerta que “a culpa *lato sensu* do terceiro estaria implícita ou presumida na sua interferência ilícita, dispensando, assim, prova cabal, em juízo, deste requisito da responsabilidade civil, tendo tratamento mais brando”.⁴⁰⁶

A doutrina majoritária que sustenta a responsabilidade civil extracontratual do terceiro cúmplice também defende a responsabilidade solidária entre o contratante devedor e o terceiro que interferiu na relação contratual, acompanhando o conteúdo disposto no art. 942 do Código Civil, dado que ambas as figuras causaram danos ao polo ativo do avença firmada e, portanto, devem ser responsabilizadas solidariamente. Deste modo, o terceiro cúmplice que induz um dos contratantes a inadimplir o pacto obrigacional do qual tinha conhecimento lesa os deveres decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva e responde extracontratual e solidariamente com o contratante passivo pelos danos causados à contraparte.⁴⁰⁷

Minoritariamente, alguns autores sustentam a responsabilidade contratual por parte do terceiro cúmplice, haja vista que a conduta do terceiro teria o condão de trazê-lo para o alcance dos deveres contratuais específicos das partes. Em relação a isso, já foi observado que a oponibilidade de terceiros perante uma relação contratual é advinda da cláusula geral de boa-fé objetiva, informada pelo princípio constitucional da solidariedade, sendo oriundo de lei, e não dos contratos. Assim, considerando-se que a responsabilidade da intervenção de terceiro em contrato previamente ajustado e conhecido por ele é de ordem aquiliana, decorre tal responsabilidade do desrespeito a lei, especificamente a cláusula geral de boa-fé objetiva e os arts. 186 e 927 do Código Civil.⁴⁰⁸

4.2.3 Requisitos específicos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice

Tendo sido caracterizada a espécie de responsabilidade civil originada pela conduta interventiva de terceiro no induzimento do polo passivo contratual, levando ao inadimplemento da prestação satisfativa do polo ativo, é cediça a discussão acerca dos requisitos específicos para que surja um dever indenizatório perante o *tertius*.

⁴⁰⁶ FERNANDES, Renata Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 250 *et seq.*

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 250 *et seq.*

⁴⁰⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 113

Para a configuração da responsabilidade sob a qual o presente tópico se debruça, além dos requisitos costumeiros para a configuração do ilícito em geral, é necessário que o terceiro possua conhecimento prévio da relação contratual em que pretende se imiscuir com o intuito de induzir o polo passivo ao inadimplemento da prestação satisfativa avençada, dando-lhe segurança por meio de expectativa.⁴⁰⁹

Mediante o conhecimento prévio supramencionado, o terceiro passa a ter um dever geral de respeitar as situações jurídicas que já se materializaram no plano da existência, podendo o polo ativo da situação reportada exigir tal dever quando prejudicado. Além disso, não basta que o *tertius* tenha conhecimento da existência da relação jurídica, mas, para a configuração da sua responsabilidade civil, exige-se também que ocorra o conhecimento do objeto sob o qual aquela relação versa.⁴¹⁰

O que se pretende dizer é que a teoria do terceiro cúmplice não pode servir de esteio para minar a autonomia privada do terceiro, haja vista que qualquer pessoa pode contratar com outra no âmbito privado, desde que não exista prejuízo relativo ao ente que participe de situação jurídica prévia com aquele contraente e não exista conhecimento prévio daquela relação como um todo.

O conhecimento prévio do terceiro pode se dar pelo conhecimento global da relação ou por mera cognoscibilidade, gerando a oponibilidade mediante a relação contratual já constituída.⁴¹¹ A existência do direito à prestação satisfativa do polo ativo da obrigação, especificamente relativa ao envolvimento contratual, depende da sua publicização diante de terceiros para gerar a oponibilidade deste.

O grande problema da formação da oponibilidade no tocante à questão discutida até aqui dá-se pela forma da sua ocorrência, pois não é razoável exigir de terceiros o conhecimento de todas as relações vigentes no mercado, o que implicaria em um ônus pesado diante de uma relação patrimonial que pode ser formada de maneira escrita ou verbal.⁴¹²

⁴⁰⁹ FERNANDES, Renata Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 248 *et seq.*

⁴¹⁰ SANTOS JÚNIOR, E. **Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 485

⁴¹¹ URBANO, Hugo Evo Côrrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, 2010, p. 180-231.

⁴¹² BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 115

Os “fatores de eficácia mais externa”⁴¹³ são veículos por meio dos quais ocorrem a publicização do direito constituído na avença firmada entre as partes, implicando em uma dilatação do plano eficaz daquela unificação de vontades e, por consequência, em uma concretização da oponibilidade do contrato perante terceiros. Como já foi dito em momento anterior, a lei pode representar um fator de eficácia mais externa, materializando a oponibilidade da situação jurídica perante terceiros, ainda que não seja do seu conhecimento.⁴¹⁴

Apenas com intuito de reiterar pontualidades importantes, é imperioso aduzir que a relatividade e a oponibilidade não se excluem, posto que a segunda não constitui uma excepcionalidade em relação à primeira. Deste modo, a oponibilidade pode ser encarada como uma projeção externa da relatividade, consistindo no dever de respeito por parte de figuras externas ao contrato em que figurem em situações jurídicas incompatíveis.⁴¹⁵

Além do conhecimento de terceiro acerca da existência da relação contratual, é necessária uma interferência deste através de conduta lesiva em relação a uma das partes e em desfavor da contraparte, ambas figuras que compõem o referido relacionamento baseado nas suas vontades.⁴¹⁶

Em paralelo, questiona-se a intencionalidade da conduta praticada pelo terceiro que induz a parte passiva da relação contratual a inadimplir a obrigação já existente ou a interferência, no sentido de prejudicar a execução da obrigação. Existe uma polarização no mundo jurídico quanto à intencionalidade do terceiro para caracterização da sua responsabilidade perante a relação contratual, no sentido de que parte da doutrina defende a necessidade de dolo do terceiro para o enquadramento da responsabilização, enquanto outro viés doutrinário sustenta que não seria necessária a intencionalidade do agente para que se tivesse a responsabilização.⁴¹⁷

Neste diapasão, E. Santos Júnior afirma que, se o terceiro conhece o direito de crédito alheio, encontra-se adstrito ao dever de abstenção quanto à prática de interferência,

⁴¹³AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56 *et seq.*

⁴¹⁴ URBANO, Hugo Evo Côrrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, 2010, p.200 *et seq.*

⁴¹⁵ *Ibidem*, *loc. cit. et seq.*

⁴¹⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, V. 821, mar. 2004, p. 92 *et seq.*

⁴¹⁷ URBANO, Hugo Evo Côrrea. *Op. cit.*, *loc.cit. et seq.*

mas, caso incorra na infração deste dever, estará agindo com dolo, isto é, com intenção ou consciência de lesar direito sob o qual foi fundado o contrato.⁴¹⁸

Discordando do entendimento suscitado, insta asseverar que é despicienda a intenção do terceiro de lesar o contratante, pois não se faz elemento fundamental para sua responsabilização, bastando mero conhecimento prévio acerca de relação contratual da qual não faz parte para configuração da ilicitude.⁴¹⁹

Caso um terceiro celebre contrato incompatível com um contrato anteriormente estabelecido do qual detinha conhecimento, afigura-se inconciliável com a função social comum a todos os contratos. Ademais, a boa-fé objetiva impõe a consideração entre aqueles que compõem um contrato, estando o terceiro adstrito a essa ideia. Sendo assim, não há que se perquirir a intenção lesiva do terceiro cúmplice, tendo em vista que a análise do psiquismo subjetivo está atrelada à ideia de boa-fé subjetiva, a qual não se aplica neste caso.⁴²⁰

No sentido de completar o entendimento, Renata Regina Bueno Fernandes aduz que “a celebração de um contrato incompatível com o anterior já estabelecido e de conhecimento do terceiro é motivo bastante a ensejar a sua responsabilidade civil”.⁴²¹

Por fim, com efeito de complementar o presente tópico, no tocante à extensão da responsabilidade do terceiro cúmplice, existe posicionamento em face da responsabilização solidária do *tertius* e do devedor até o limite da cláusula penal ou posição no sentido de responsabilizar o terceiro de forma agravada.⁴²²

Desde logo, cabe esclarecer que a doutrina, em sua maioria, inclina-se para a aceitação da responsabilidade solidária entre o terceiro e o polo passivo que sofre a influência deste.

Estudiosos acerca da doutrina do terceiro cúmplice no Brasil, como Patrícia Cardoso, buscam o entendimento de que há uma aproximação entre a responsabilidade aquiliana do terceiro e a responsabilidade contratual daquele que é induzido por ele, dando vez à socialização da responsabilidade civil que se constitui na utilização do regime contratual

⁴¹⁸ SANTOS JÚNIOR, E. **Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 505

⁴¹⁹ CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.125 *et seq*

⁴²⁰ *Ibidem*, p.127 *et seq*

⁴²¹ FERNANDES, Renata Regina Bueno. A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 248 *et seq*.

⁴²² *Ibidem*, loc. cit. *et seq*.

para responsabilização daqueles que cometeram o ilícito, desde que sejam respeitados os limites e as medidas do contrato violado por força de associação das figuras mencionadas.⁴²³

Em verdade, a autora quis vincular o dano aos deveres previstos em contrato, mas o seu entendimento não engloba as causas em que o dano causado por terceiro é maior o que a previsão contratual de cláusula penal, esta que, via de regra, obriga o devedor ao pagamento de quantia determinada, caso ocorra inadimplemento absoluto devido a sua conduta.

E. Santos Júnior traz a solução para os contratos que tenham previsão de cláusula penal, de modo que, se o dano causado por induzimento de figura alheia ao contrato for superior ao *quantum debeatur* da cláusula penal, o contraente que foi induzido deverá responder até o limite da referida cláusula, enquanto o responsável pelo induzimento deverá ser responsável solidariamente com o primeiro até o valor da cláusula e de maneira individual em relação aos valores excedentes. Seguindo o mesmo exemplo, se ocorrer situação em que o dano do terceiro cúmplice seja menor do que a cláusula penal, o terceiro responde até o limite do dano causado pela sua conduta, ao passo que o devedor responderá até o limite da cláusula penal fixada no contrato já existente.⁴²⁴

Obviamente, existem danos que ultrapassam os valores designados na cláusula penal, mas, para que aconteça a possibilidade de postulação indenizatória acerca destes valores suplementares, é necessária a previsão contratual, nos termos do art. 416 do Código Civil de 2002, bem como a prova do credor acerca do prejuízo na importância superior àquela prevista na cláusula penal.⁴²⁵ Diante disto, Paula Greco Bandeira propõe entendimento razoável de que o terceiro cúmplice responde solidariamente com o devedor por valor inferior à cláusula penal, por valor igual, ou até mesmo por excedente, ficando a cargo da sua participação em relação ao dano causado.

Em respeito aos critérios de fixação da responsabilidade civil, importa destacar a posição de Nelson Rosenvald quanto à atuação do terceiro cúmplice, na qual “o terceiro apenas se responsabilizará pelos prejuízos que o credor comprove ter sofrido em razão do descumprimento insuflado pela interferência ilícita”.⁴²⁶

⁴²³ CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.125-150

⁴²⁴ SANTOS JÚNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 108

⁴²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

⁴²⁶ ROSENVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito Contratual: Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 81 *et seq*

Tais requisitos demonstrados neste tópico serão importantes para o fechamento do presente capítulo, que foca na aproximação do terceiro cúmplice tratado até aqui e do terceiro cúmplice que atua diante de relação de casamento já existente.

Assim, foram destacados os requisitos particulares em relação à responsabilização civil do terceiro cúmplice ao induzir um dos polos de contrato já existente e do seu conhecimento.

4.3 INDÍCIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Evidentemente, a doutrina do terceiro cúmplice é discutida no âmbito internacional com maior frequência do que em território brasileiro, haja vista os casos mencionados por Luís Otávio Rodrigues em “A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio da *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos”, em que menciona casos, dentre os quais está o caso “*Quinn v. Leathem*”, do direito inglês, e o caso “Meroni”, julgado pela Corte de Cassação Italiana.⁴²⁷

Ocorre que, no presente tópico, cabe demonstrar a utilização dos fundamentos que rodeiam a teoria do terceiro cúmplice no plano dos contratos, através do julgamento dos tribunais pátrios, com o efeito de mostrar a sua aplicação da doutrina no direito brasileiro, bem como, em capítulo posterior, a aproximação do instituto na responsabilização de terceiro cúmplice de cônjuge infiel.

O caso mais emblemático destacado pela doutrina civilista brasileira é o caso “Zeca Pagodinho”, no qual a empresa *Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A* firmou contrato de prestação de serviços com Zeca Pagodinho, para que este protagonizasse duas campanhas no período de um ano com exclusividade. Contudo, pouco tempo depois da veiculação da campanha, o cantor foi contratado pela *Americas' Beverage Company* (AMBEV) para estrear na campanha publicitária, a fim de promover a marca da cervejaria *Brahma*. Logo em seguida, após propaganda feita para cervejaria *Brahma*, a *Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A* entrou com uma ação

⁴²⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, V. 821, mar. 2004, p. 93 *et seq.*

na justiça de São Paulo em desfavor da AMBEV, no sentido de requerer indenização por danos materiais em face desta e danos morais em face do cantor.⁴²⁸

Chegando ao primeiro grau, a sentença determinou a improcedência da ação, indicando que, quanto aos danos materiais pleiteados, "não se vê demonstrado nos autos o prejuízo alegado com a ruptura do contrato a ponto de justificar a condenação ao total ressarcimento de todo o investimento da campanha publicitária", e, em relação aos danos morais, posicionou-se no sentido de afirmar que já teria sido julgada em demanda diversa contra o cantor, e acrescentou que não merecia atenção em relação à conduta praticada pela AMBEV.⁴²⁹

Assim, a *Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A* apelou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo – dando origem à apelação de nº 9112793-79.2007.8.26.0000, tendo como Desembargador Relator o Sr. J. L. Mônaco da Silva e os desembargadores Moreira Viegas e James Siano – com o intuito de reforma da sentença. O acórdão referente ao apelo supradito estabeleceu a reforma da sentença, de modo que estabeleceu condenação da empresa Ré devido ao aliciamento do cantor por concorrência desleal e interferência em relação contratual já firmada com a Apelante, constituindo relação publicamente conhecida e marcada pela exclusividade contratual.⁴³⁰

Na julgamento da Apelação mencionada anteriormente, houve alegação de que a responsabilidade da Apelada constituiu ilícito, uma vez que adentrou relação contratual estabelecida anteriormente, utilizando-se da sua liberdade para contratar de modo a transcender os limites da boa-fé objetiva e da função social do contrato, aliciando o cantor e se utilizando da sua figura para fazer valer propaganda ostensiva à figura da Apelante, sendo, portanto, justificada a responsabilização aquiliana da Apelada, por danos de ordem material ou moral.

Apesar de não ter mencionado a teoria do terceiro cúmplice no acórdão reportado até aqui, o Desembargador Relator se utilizou do conhecimento prévio do contrato por parte da Apelada, da existência de concorrência desleal em face de propaganda completamente

⁴²⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 115

⁴²⁹ São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Nº 9112793-79.2007.8.26.0000. Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelantes: Primo Schincariol Indústria de cervejas e refrigerantes S/A. Apelados: Companhia de Bebidas das Americas Ambev e Companhia Brasileira de Bebidas C B B. Relator: J. L. Mônaco da Silva. DJ 12 de jun. 2013 em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00RN3S0000>> Acesso em 5 set. 2017.

⁴³⁰ *Ibidem*

lesiva à campanha vigente da Apelante e do aliciamento por parte da AMBEV em relação ao cantor qualificando a relação extracontratual, para definir os danos morais e materiais certamente devidos.

Outro caso de extrema importância e curiosamente submetido à justiça de São Paulo é o referente à violação de cláusula de exclusividade avençada entre uma distribuidora de petróleo e seus postos revendedores, provocada por terceiros distribuidores que interferiram nesta relação contratual comercializando os produtos que lhe eram próprios com os postos revendedores que já se encontravam publicamente obrigados à relação contratual reportada.⁴³¹

O caso chegou até o Tribunal de Justiça de São Paulo por meio de Apelação da distribuidora de petróleo – tendo Relator o Desembargador Ruyter Oliva, julgada no dia 8 de fevereiro de 2000 – cujo objetivo era constituir pleito indenizatório em face dos postos revendedores e dos distribuidores que interferiram na relação contratual. Em atenção ao caso, o Relator prolatou voto no sentido de admitir a violação do direito da distribuidora de petróleo em face da concorrência desleal das outras distribuidoras ao tentar aliciar os postos revendedores, pois houve no ato ofensa ao direito do consumidor que possui expectativa àquela marca objeto de revenda dos postos, admitindo, por conseguinte, o ato ilícito de terceiro.⁴³²

Todos os argumentos presentes em ambos os casos tratados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo se constituem requisitos para a configuração do terceiro cúmplice, ou seja, a doutrina foi utilizada para proteger a situação jurídica contratual firmada, apenas não houve menção a ela.

4.4 NATUREZA CONTRATUAL DO CASAMENTO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL

Após a digressão feita acerca da doutrina do terceiro cúmplice, foi possível estabelecer a sua base principiológica, os fundamentos que lhe dão razão, a natureza da

⁴³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui Para o Inadimplemento Contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 750, ano 87, 1998, p.117

⁴³² *Ibidem*, p.117 et seq

responsabilidade do terceiro cúmplice e os requisitos particulares da doutrina em análise no presente capítulo.

Devido ao alicerce doutrinário explanado até aqui, é possível realizar uma aproximação da doutrina do terceiro cúmplice no âmbito contratual com a possibilidade de exigir a responsabilização do terceiro cúmplice de cônjuge infiel no âmbito das relações conjugais.

A possibilidade de um terceiro adentrar a relação conjugal é de suma importância para o ordenamento jurídico, haja vista que existem casos acerca de amantes, concubinos, entre outros sinônimos utilizados para buscar a qualificação do terceiro que interfere na relação conjugal.⁴³³

Em verdade, no estudo do direito de Família sempre houve uma ocupação para a discussão acerca da interferência do terceiro nas relações afetivo-amorosas, sob o enfoque do adultério, que tem como consequência a violação do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.⁴³⁴

Regina Beatriz Tavares da Silva, em atenção à responsabilização do terceiro cúmplice de cônjuge infiel, expõe que a doutrina se envereda por meio de duas correntes. Desde logo, a referida autora assevera que ambas possuem “bons fundamentos, mas não pode remanescer dúvida sobre a responsabilização quando ocorrer desrespeito aos direitos da personalidade do cônjuge traído, devido a atos praticados pelo terceiro cúmplice, com base na regra geral de responsabilidade civil”.⁴³⁵

O segmento doutrinário que vai de encontro à responsabilidade civil de quem participa da infidelidade como terceiro cúmplice do cônjuge traidor prega que o terceiro não faz parte da relação jurídica familiar, uma vez que não possui o dever de fidelidade, agindo, assim, lícitamente no exercício da sua liberdade de autodeterminação nas relações intersubjetivas. Basicamente, a tese que se apresenta em contrariedade com a responsabilidade civil do terceiro cúmplice se fundamenta na ausência de conduta caracterizada pela ilicitude, já que inexistente norma determinando tal ilícito.⁴³⁶

⁴³³ RODRIGUES JÚNIOR. A Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31 *et seq*

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 32 *et seq*

⁴³⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 169 *et seq*

⁴³⁶ *ibidem*, loc. cit *et seq*.

De outro giro, existe viés doutrinário que defende a possibilidade de responsabilização do terceiro cúmplice de cônjuge infiel, utilizando-se dos argumentos de que a fidelidade recíproca é oponível *erga omnes*, de que há violação dos bons costumes no caso de prática das relações sexuais com o consorte de outrem, bem como há a existência do conhecimento do cúmplice acerca do estado familiar do seu parceiro. Além disso, o cúmplice demonstra a intenção de induzir uma das partes do contrato de casamento à sua ruptura, incorrendo em danos na esfera jurídica da parte ofendida.⁴³⁷

A fim de pormenorizar as dúvidas relativas à responsabilização do terceiro cúmplice de cônjuge infiel, busca-se a criação de um paralelo com a teoria do terceiro cúmplice no âmbito contratual, uma vez que a questão suscita uma minuciosa análise para uma correta aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Ressalte-se ainda que esse paralelo tem o condão de trazer uma análise à interferência de terceiros na relação conjugal por meio e adequação à teoria do terceiro cúmplice no âmbito contratual, visto que se trata aqui de um vínculo matrimonial o qual se aproxima das características contratuais, mas que tem suas particularidades, como ocorre com todas as relações jurídicas.

Para dar início à aproximação da teoria do terceiro cúmplice às relações conjugais, é imprescindível que sejam considerados os argumentos trazidos a debate no segundo capítulo, no tópico do referente à natureza jurídica contratual do casamento, haja vista que, apesar da existência de entendimentos doutrinários dissonantes, demonstrou-se uma importante aproximação do casamento com a categoria dos contratos e, por consequência, com a esfera dos negócios jurídicos, ainda que seja tido como “contrato especial”⁴³⁸.

Nesta senda, cumpre esclarecer que o contrato não pode ser enxergado apenas como uma situação jurídica patrimonial, resultante das leis econômicas, pois a relação contratual é um fenômeno distinto da ulterior operação econômica. Mesmo que a figura contratual sofra as influências das leis patrimoniais, é preciso admitir que outros fatores podem influenciar na formação de um contrato, como, por exemplo, as motivações de cunho pessoal.⁴³⁹

⁴³⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 169 *et seq*

⁴³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 86 *et seq*

⁴³⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.52 *et seq*

Cabe atenção ao elemento volitivo valorizado por Karl Larentz, uma vez que no seu entendimento o contrato é mais do que a soma de vontades, devendo existir com ela uma valoração mútua e confluyente em um determinado sentido, pois o contrato é uma totalidade de sentido, sendo de extrema importância a substância volitiva presente na declaração de vontade das partes.⁴⁴⁰

O contrato deve ser entendido como expressão adequada para qualquer pacto apto a produzir efeitos jurídicos, não deixando de produzir consequências contratuais nos pactos específicos de natureza familiar, a exemplo do casamento.⁴⁴¹

A presença notória do elemento volitivo na relação conjugal demonstra tratar-se de um negócio jurídico extrapatrimonial, mas não pode ser esquecido que se trata de negócio complexo, pois possui aspectos pessoais e econômicos ao mesmo tempo, dando mais força ao entendimento de que existiria uma proximidade entre o vínculo conjugal e a figura contratual.⁴⁴²

Ao fundar-se em natureza contratual, o casamento, assim como todo contrato, possui deveres específicos da sua constituição, podendo estes derivar da vontade das partes ou da lei, como aqueles elencados no art. 1566 do Código Civil de 2002, dentre os quais estão o dever de fidelidade, que é o destaque principal do presente trabalho monográfico.⁴⁴³

A fim de demonstrar mais um elemento a corroborar com a aproximação do âmbito contratual, lembre-se do segundo capítulo do presente trabalho, no qual ficou claro que a relação conjugal possui em seu bojo a presença do princípio da autonomia privada, seja na sua formação, no seu curso ou no exercício de faculdades. A autonomia privada nada mais é do que um reflexo da influência exercida pelos princípios constitucionais em face do ordenamento de direito privado, no qual está incluído o direito de família e suas relações familiares.⁴⁴⁴ Bons exemplos da autonomia privada na relação conjugal podem ser observados frente à deliberação acerca do regime de bens, do nome ou até mesmo da relativização de alguns deveres conjugais quando for do interesse das partes, dando ensejo a semelhança com a figura dos contratos e, por consequência, dos negócios jurídicos.

⁴⁴⁰ LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 421 *et seq*

⁴⁴¹ ABREU FILHO, José. **Negócio Jurídico e Sua Teoria Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75

⁴⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.225

⁴⁴³ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

⁴⁴⁴ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 91 *et seq*.

Além disso, o casamento gera efeitos perante a sociedade, já que é o principal meio de formação de vínculo familiar, ficando a cargo dos cônjuges o planejamento da sua comunhão, sendo vedada a intervenção por parte de qualquer pessoa de direito público ou privado no casamento, nos termos o art. 1513 do Código Civil. As núpcias conferem aos cônjuges o estado de casados, fator de identificação perante a sociedade.⁴⁴⁵

Insta pontuar que, com a mudança de contexto ocasionada pela Constituição Federal de 1988, houve a valorização existencial das relações familiares, no meio das quais se insere o casamento. Junto a isso, o princípio da dignidade humana ascende sobre as relações de família e, conseqüentemente, sobre as relações conjugais, implicando no expresso dever de tutela que o Estado deve ter perante os núcleos familiares.⁴⁴⁶

O reflexo natural por intermédio da tábua axiomática da constituição foi a permeabilização das relações privadas perante o contexto social, já que se instituiu a função social da propriedade, a função social dos contratos e a função social da empresa. Em face disto, não poderia ser diferente com o direito de família e as relações conjugais, haja vista que são segmentos do direito civil e devem seguir uma determinada finalidade, atendendo aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os consortes, da tutela especial à família, do dever de convivência, dentre outros.⁴⁴⁷

Considerando-se essa evolução principiológica, a relação conjugal não pode ser vista com um fim em si mesma, mas sim como um *locus* privilegiado para o desenvolvimento pleno da personalidade de seus membros, merecendo, portanto, a tutela do Estado na medida em que atende a sua função social, proporcionando um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação dos seus membros.⁴⁴⁸

Diante dos efeitos sociais supraditos, é perceptível a influência, no casamento, do princípio da função social, uma vez que o cânone se constitui na própria *ratio* de qualquer ato de autonomia privada, respondendo às aspirações solidárias do ordenamento, por meio das quais a função social atinge os mais variados modelos negociais, inclusive o casamento que faz parte do direito de família.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143 *et seq*.

⁴⁴⁶ GUERRA, Leonardo Santos. NOGUEIRA, Guilherme Calmon. A Função Social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007, p. 154 *et seq*

⁴⁴⁷ *Ibidem*, lo. cit. *et seq*

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 159 *et seq*

⁴⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: Contratos, Teoria Geral e Contratos em Espécie**. v.4. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, 127 *et seq*

Cabe lembrar que o casamento se apresenta como um dos meios para formação da entidade familiar, tendo, assim, o dever de promover a dignidade humana e a realização da personalidade plena de seus membros, integrando os sentimentos, esperanças e valores como base fundamental para o alcance da felicidade.⁴⁵⁰ Seguindo esta ideia, a família se apresenta com a finalidade de promover o indivíduo, maximizando a dignidade da pessoa humana e proporcionando efetividade frente à personalidade dos sujeitos que a compõem.

Na trilha da linha de raciocínio firmada, tomando como base o entendimento de Pietro Perlingieri para realizar aplicação diante do debate ora ocorrente, é possível vislumbrar o casamento como uma situação jurídica subjetiva existencial, pois se trata do efeito oriundo da interseção de vontade cônjuges, vinculando-os aos deveres conjugais impostos pela lei ou decorrentes da autonomia privada dos consortes, a fim de promover o princípio da dignidade e efetivar a personalidade dos indivíduos que ali se relacionam.⁴⁵¹

Ainda debruçando-se acerca do entendimento tratado pelo supradito autor, é necessária a observância da situação jurídica subjetiva sob a qual está consubstanciado o casamento, já que se apresenta como interesse merecedor de tutela por parte do ordenamento, não só por atender os interesses dos cônjuges presentes na vinculação matrimonial, mas também por possuir uma relação com a coletividade, já que existe uma proteção constitucional ao núcleo familiar no art. 226⁴⁵² da Constituição Federal, dentre os quais o casamento também se encontra incluído.

As situações jurídicas subjetivas existenciais são aquelas relacionadas aos direitos da personalidade, em contraposição às situações jurídicas patrimoniais, pois as duas são fundadas em lógicas diversas, mas é possível a existência de situações jurídicas fundadas em ambos os parâmetros.⁴⁵³

O casamento apresenta ambos os aspectos, tanto na esfera patrimonial, quando se delinea o regime de bens sob o qual se submete a relação, quanto na esfera existencial, devendo ocorrer a prevalência desta sobre a anterior, haja vista que o casamento está constituído em uma forma de estabelecer núcleo familiar, efetivando a dignidade da pessoa

⁴⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. (coord.). *Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas Versus Famílias Reconhecidas Pelo Direito: Um Bosquejo Para Uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 23 *et seq.*

⁴⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 89 *et seq.*

⁴⁵² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 17 out. 2017

⁴⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 106 *et seq.*

humana junto aos direitos personalidade e, por isso, possui vasta proteção constitucional, demonstrada no *caput* art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Luís Edson Fachin traz um ponto controvertendo a contratualidade do casamento, imputando crítica ao fato de que não existe a relação de contraposição entre credor e devedor, mas sim uma relação de cooperação.⁴⁵⁴

No entanto, é necessário lembrar que, sendo o casamento cunhado em situação jurídica subjetiva, adota uma concepção diferenciada em face da habitual posição subjetiva da relação jurídica contratual. O entendimento é de que o relacionamento jurídico entre as partes pressupõe a cooperação entre elas, superando o individualismo originalmente predominante no tratamento da matéria. Isso porque as obrigações devem ser enxergadas como um meio de cooperação entre as partes, uma vez que estão submetidas ao princípio da boa-fé objetiva, que traz uma releitura em face do aludido instituto.⁴⁵⁵

A questão mencionada anteriormente, se dá pelo fato de que a situação jurídica subjetiva tem a sua substância fundada no encontro de dois ou mais centros de interesses oriundos de vínculo decorrente de uma relação jurídica. Em verdade, a situação jurídica subjetiva é constituída pela convergência de núcleos de imputação de direitos e deveres.⁴⁵⁶

Ou seja, a relação contratual pode ser vista como duas vontades que confluem as vontades em prol de um mesmo fim, não necessariamente existindo partes contrapostas. Destaque-se que o presente trabalho não visa a extirpar as figuras do credor e do devedor, mas sim à observância de uma nova perspectiva jurídica.

Considerando-se que, no contexto atual, a dignidade da pessoa humana atingiu o condão de “macroprincípio”⁴⁵⁷, configurando elemento de suma importância que se espalha pelo sistema jurídico, as situações jurídicas patrimoniais devem ser funcionalizadas em face da situação jurídica subjetiva existencial, pois é necessário que a segunda seja sobrelevada em relação à primeira, devido aos valores que circundam aquela.⁴⁵⁸

Ao passo que o casamento assume a feição de situação subjetiva existencial, aproximando-se da figura dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, dos contratos, ocorre o

⁴⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.136 *et seq*

⁴⁵⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação Como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.169

⁴⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 89 *et seq*.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 112 *et seq*

⁴⁵⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 91 *et seq*.

primeiro fator para trazer a teoria do terceiro cúmplice no âmbito dos relacionamentos conjugais, uma vez que a referida teoria, na sua gênese, está baseada numa relação contratual.

Em decorrência disso, aplicam-se ao casamento os princípios da autonomia privada – uma vez que o indivíduo tem liberdade para se relacionar com outras pessoas, arbitrar o regime da relação conjugal ou modificá-la no seu curso –, bem como o princípio da função social da família – na medida em que se configura na concretização de um ambiente privilegiado para o desenvolvimento pleno da personalidade de seus membros, sendo alvo da tutela do Estado nos termos do art. 226⁴⁵⁹ da Constituição Federal de 1988.

Em face dos referidos deveres e da sua constituição como um contrato *suis generis*, o casamento apresenta deveres oriundos de lei que alcançam individualmente cada um dos cônjuges.⁴⁶⁰

Ao fundar-se como negócio jurídico, o casamento, assimilado a uma figura contratual, ainda que de ordem *suis generis*, possui deveres específicos da sua constituição, podendo estes derivar da vontade das partes ou da lei, como os elencados no art. 1566 do Código Civil de 2002, dentre os quais estão o dever de fidelidade, que é o destaque principal deste trabalho.⁴⁶¹

No tocante à natureza jurídica contratual que caracteriza o casamento e à qual os consortes estão submetidos, pode-se observar o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, haja vista que este princípio está baseado na concepção personalista de contrato e no solitário alcance das esferas jurídicas, restringido a eficácia entre as partes que compõem o contrato.⁴⁶²

O dever de fidelidade recíproca, disposto no art. 1566, I do Código Civil⁴⁶³, como se sabe, possui a infidelidade conjugal em contrariedade. A infidelidade conjugal pode se manifestar de diversas formas que não ensejam pleito indenizatório, mas também pode se apresentar na sua forma principal, o adultério, este, diferentemente das demais condutas que caracterizam a infidelidade, pode gerar danos ao cônjuge traído.

⁴⁵⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 17 out. 2017

⁴⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 244 *et seq.*

⁴⁶¹BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

⁴⁶² MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Contratos. MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 260 *et seq*

⁴⁶³ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

Deve ser reiterado que o dever supracitado se constitui em um mínimo, um núcleo intangível da relação conjugal, com repercussão direta na esfera pessoal dos consortes, na qual, o dever de fidelidade recíproca aparece como unidade imprescindível na defesa da autonomia do casamento.⁴⁶⁴

Nas palavras de Pablo Soltze Galiano e Rodolfo Pamplona “o adultério consiste na conjunção carnal espúria, fora da relação conjugal”.⁴⁶⁵ Vale ressaltar que existem figuras subjetivas alheias ao negócio jurídico do matrimônio, estas que podem figurar ou não como terceiro cúmplice de cônjuge infiel. Quanto à figura do *tertius* em face do casamento, logo surge o natural questionamento acerca da sua responsabilidade civil por intervenção na relação conjugal que tem o seu dever de fidelidade violada.

Ocorre que, para validar a postulação acerca da responsabilidade civil em face da violação do dever fidelidade recíproca, teria que ocorrer uma oponibilidade do terceiro perante o casamento, havendo um dever de abstenção quanto à sua interferência na relação conjugal.

A referida oponibilidade é uma projeção da eficácia externa dos contratos, estabelecendo um dever de abstenção de terceiros em face da relação caracterizada pelo encontro de vontades.⁴⁶⁶

O dever de abstenção se relaciona com a função social dos contratos, pois esta tem o condão de condicionar o exercício da liberdade de cada indivíduo perante a formação de um contrato, adequando-o como fato social de modo a se encaixar em situação merecedora de tutela, uma vez que as partes têm a sua autonomia privada limitada frente aos interesses sociais.⁴⁶⁷

O que se impõe perante a oponibilidade do direito decorrente da situação jurídica já disposta é o respeito do terceiro em relação a esta, desde que a referida situação jurídica esteja validamente constituída e seja digna de tutela do ordenamento jurídico.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Duarte. O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal (Os Deveres Conjugais Sexuais). **Argumenta: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, n.04, Ano X, jun./jul. 2008, p. 103 *et seq*

⁴⁶⁵GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 288

⁴⁶⁶ ROSENVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. (coord.). *in*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; BARROS, Daniel Conde. (Coords.) **Temas de direito civil contemporâneo: estudos sobre o direito das obrigações e contratos, em homenagem ao Professor Paulo Luiz Netto Lôbo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 190 *et seq*.

⁴⁶⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teorias do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 272 *et seq*.

⁴⁶⁸ *Ibidemp*. 272 *et seq*.

Trazendo o efeito da oponibilidade para o âmbito da relação conjugal, é notória a semelhança com o que ocorre no direito dos contratos. Isso porque a função social no direito de Família atua nas formas de constituição dos núcleos familiares, dentre as quais está o casamento, no sentido promover a efetivação da dignidade humana e dos efeitos da personalidade daqueles que se relacionam, os quais são alvo de tutela do estado.⁴⁶⁹

Cumpra salientar que, no âmbito do direito de família, não se trata de oponibilidade da interferência de terceiro acerca de um direito de crédito, mas sim diante um direito existencial, que diz respeito ao cônjuge traído, já que o casamento, como forma de estabelecer núcleo familiar, promove a efetivação dos direitos da personalidade e da dignidade humana.

Considerando-se que o casamento está pautado em situação jurídica subjetiva existencial e funciona como meio de efetivação de preceito constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, merece ser primado como interesse apto à tutela jurídica, já que consiste em valor superior ao direito de crédito, devendo, pois, ocorrer uma funcionalização da situação subjetiva patrimonial perante valores que tratem de direitos da personalidade.⁴⁷⁰

Necessita-se esclarecer que o dever de fidelidade pode ser imputado ao cônjuge, quem assumiu tal dever ao consenti-lo com o casamento, ao revés do terceiro cúmplice de cônjuge infiel, uma vez que o dever de fidelidade não o alcança.

Embora não possa ser estendido a terceiros, o dever de fidelidade não deve ser encarado como um dever conjugal de mero valor moral, já que, em verdade, é uma extensão do dever de lealdade entre os consortes, disposto expressamente no texto legal, tendo como fim a proteção física e moral de ambos.⁴⁷¹ Além disso, o dever de fidelidade recíproca não pode ser entendido como mero valor moral, também porque o seu descumprimento através de adultério pode gerar danos materiais e morais, como foi observado no terceiro capítulo do presente trabalho.

Essa posição é a mesma adotada pelo julgamento referente ao Recurso Especial 1.122.547/MG pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Desembargador Relator o Sr. Luís Felipe Salomão, caso em que foi negado o pedido de indenização em face

⁴⁶⁹ GUERRA, Leonardo Santos. NOGUEIRA, Guilherme Calmon. A Função Social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007, p. 163 *et seq*

⁴⁷⁰ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 91 *et seq*.

⁴⁷¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 172 *et seq*

do amante. Para o Desembargador, o terceiro cúmplice de cônjuge infiel é estranho à relação jurídica existente entre marido e mulher, da qual se origina o dever de fidelidade. Segue o seu entendimento alegando que o dano decorrente do adultério é oriundo da quebra de confiança entre os consortes e não do ato praticado por terceiro, utilizando-se do argumento de ausência de norma posta para determinar a punição de terceiro que interfira nas relações conjugais.⁴⁷²

Entretanto, a projeção externa da relação matrimonial, consoante os argumentos edificados no presente trabalho, pode ser entendida como um aspecto dinamizador da natureza contratual do casamento, pois este, como um dos meios para formação da família, busca a efetivação da dignidade da pessoa humana e dos efeitos da personalidade, fins esses que são de interesse social, e não patrimonial.

Insta asseverar que essa abstenção promovida sob a efetivação dos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana frente ao *tertius*, decorrentes do casamento, depende do conhecimento do terceiro acerca da relação matrimonial, pois não se pode exigir que ele tenha a cognoscibilidade acerca de todas as relações de casamento existentes.

Destaca-se ainda que, no mundo em que as pessoas se inserem na rede mundial de computadores e explicitam suas vidas em redes sociais, denota-se facilidade na obtenção de deter esse conhecimento de que existe uma relação de casamento firmada. Desta forma, seria necessário que o terceiro soubesse do casamento já existente para que tivesse dever de abstenção, respeitando os fins aos quais o casamento se propõe.

Ou seja, caso o terceiro não saiba da relação conjugal e se envolva com um dos consortes enquanto não tinha ciência do casamento entre os cônjuges, não deverá ser responsabilizado. Ao realizar a interferência no casamento alheio, o terceiro deve ter plena consciência da relação conjugal firmada entre os consortes e, ainda assim, decidir agir perante tal situação.

Isso ocorre de forma semelhante no âmbito da teoria do terceiro cúmplice, uma vez que, no tocante aos direitos pessoais, o caráter da publicidade não é algo natural ou organizado, o que desemboca na impossibilidade de se presumir o conhecimento de terceiro acerca destas relações jurídicas.⁴⁷³ Ou seja, tanto no âmbito familiar como no âmbito

⁴⁷²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 1.122.547/MG. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: G V C . Recorrido: V J D. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ 10 de nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=928068&num_registro=200900251746&data=20091127&formato=PDF> Acesso em 26 out. 2017.

⁴⁷³CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v.20, out. /dez. 2004, p.125-150

contratual, o terceiro deve ter o conhecimento prévio daquela relação jurídica firmada pelas partes, sendo indiscutíveis as dificuldades de cognoscibilidade acerca de ambas as situações, mas a relação conjugal apresenta uma maior facilidade no tocante ao seu conhecimento prévio.

As situações em que ambos os cônjuges concordam com a interferência de terceiros ou na situação de perdão tácito de um dos consortes mediante interferência de terceiros não merecem o acolhimento do dever de abstenção perante o terceiro, haja vista que ocorre um exercício da autonomia privada de ambos os consortes ou de apenas um deles.⁴⁷⁴

Diante disso, cabe lembrar que a propriedade e os contratos devem ser respeitados por terceiros, pois estes estão sujeitos a sanções civis e penais caso violem os direitos mencionados de início, gerando a incidência do art. 186 do Código Civil. O casamento é a principal modalidade de formação de família, devendo ser respeitada pelos sujeitos externos à relação conjugal, uma vez que se trata da relação jurídica a fim de efetivar os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana dos cônjuges. Frente a essas questões, é necessário o reconhecimento do dever de abstenção dos sujeitos estranhos ao casamento, impossibilitando qualquer ato prejudicial no curso da relação conjugal, atitude que configuraria ato ilícito.⁴⁷⁵

Logo, o casamento como um dos vieses para formação da unidade familiar deve ser protegido, atendendo-se o art. 226⁴⁷⁶ da Constituição Federal, pois o dispositivo tem o condão de proteção da família como base da sociedade.

Deste modo, é necessário destacar o dever de abstenção do terceiro cúmplice por força dos fins sob os quais o casamento está pautado, quais sejam a efetivação da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade dos cônjuges. A função social do direito de família cumpre o seu papel ao construir a ponte entre a relação jurídica do casamento e a necessidade de tutela do Estado, pois este tem o dever jurídico de promover o casamento

⁴⁷⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35 *et seq*

⁴⁷⁵ BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 128 *et seq*.

⁴⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 25 out. 2017

como um *locus privilegiado* para o desenvolvimento dos direitos da personalidade e da dignidade.⁴⁷⁷

Destarte, retornando ao bojo do Recurso Especial 1.122.547/MG, cai por terra o argumento de que o terceiro estaria alheio à relação conjugal; pois, em concordância com a função social do direito de família e com a aproximação do casamento como uma figura contratual, os efeitos não podem ser resumidos aos consortes, pois a unidade familiar conversa com a sociedade, ou seja, os terceiros alheios à situação jurídica.⁴⁷⁸

Ainda acerca do Recurso supradito, o Desembargador Relator afirma que não há que se falar em indenização por parte do cúmplice de cônjuge infiel em face de inexistência de norma posta.

Frente ao entendimento destacado pelo Relator, cumpre esclarecer que o princípio da função social no Direito de Família vem sendo utilizado até aqui como argumento para estabelecer o dever de abstenção por parte das figuras alheias ao casamento. Tal princípio não necessariamente precisa de menção expressa no texto normativo, pois os institutos criados no Direito de Família se prestam a observar um determinado fim, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, na ausência de previsão expressa, é preciso buscar esteio nos princípios constitucionais e no fim almejado por eles, tais como: a dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, tutela especial da família, dentre outros.⁴⁷⁹

Considerando que o caso do Recurso mencionado tratava do casamento em si e da responsabilização de terceiro cúmplice de cônjuge infiel, por mais que não existam normas específicas acerca do assunto, é preciso buscar a proteção dos princípios constitucionais, estes que, inclusive, são a base da função social do direito de família.

Insta aduzir que a realidade do casamento é reconhecida e valorada pelo direito e pela sociedade; por isso, o comportamento do amante nega o valor e o reconhecimento referidos, mesmo existindo o dever de abstenção perante a relação conjugal que já seja do seu conhecimento.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ GUERRA, Leonardo Santos. NOGUEIRA, Guilherme Calmon. A Função Social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007, p. 154-170

⁴⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

⁴⁷⁹ GUERRA, Leonardo Santos. *op. cit.*, p. 163 *et seq.*

⁴⁸⁰ BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade**. 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 129 *et seq.*

Na doutrina estrangeira, é possível buscar casos em que existe a penalização do terceiro cúmplice, como, por exemplo, o caso decidido pelo Estado americano da Carolina do Norte, no qual houve condenação do *tertius* a título de indenização, no importe de R\$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil dólares), pois a mulher do marido traído abandonou a família por conta do seu amante.⁴⁸¹

No direito brasileiro, o questionamento acerca da responsabilização do terceiro cúmplice de cônjuge infiel enfrenta um tortuoso dissídio doutrinário, mas já existe exemplo de responsabilização do amante julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na sua 12ª Câmara Cível, este que o Desembargador Relator Werson Franco Pereira Rêgo decidiu pelo provimento do pedido indenizatório feito pelo cônjuge traído ao flagrar amigo íntimo realizando relações sexuais com a sua esposa, implicando em posterior divórcio do casal. Assim como o amigo do cônjuge traído, a ex-mulher do autor da ação indenizatória também sofreu condenação por quebra do dever de fidelidade.⁴⁸²

Em entrevista fornecida pelo Relator do processo à jornalista Diana Brito da *Folha Online Rio*, afirmou que o caso ora reportado trata de demanda possível em dois sentidos, mas a decisão do Desembargador se deu em função da violação de um dever jurídico originário, do qual advém o surgimento do dever jurídico sucessivo de reparar danos decorrentes. Ao mesmo passo, o ilustre Desembargador reconhece a posição contrária, afirmando que “há de existir moderação naquilo que se chama judicialização das relações familiares, que se deveria ter cuidado com essas questões, principalmente no âmbito da responsabilidade civil”.⁴⁸³

Nesta senda, o terceiro cúmplice de cônjuge infiel viola o dever de abstenção em face da relação conjugal já conhecida por ele, decorrente da função social do Direito de Família e dos fins existenciais que o casamento propõe perante os consortes. Deste modo, no que se relaciona à conduta do terceiro cúmplice de cônjuge infiel, é cabida a incidência da responsabilidade civil, seja com fundamento em suas normas gerais, seja em face de regra específica, sujeitando o *tertius* ao pagamento de indenização ao consorte que teve seus direitos da personalidade lesados através do adultério.

⁴⁸¹CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 301 et seq

⁴⁸²RÊGO, Werson Franco Pereira. Marido Traído Ganha Indenização de R\$ 114 mil do amante da esposa. **G1**, Rio de Janeiro, 27 mar. 2010, Disponível em: < <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1546640-5606,00-MARIDO+TRAIDO+GANHA+INDENIZACAO+DE+R+MIL+DO+AMANTE+DA+ESPOSA.html>>. Acesso em 12 out. 2017.

⁴⁸³*Ibidem*

Seguindo a linha de raciocínio criada até aqui, há a formação do ato ilícito praticado por terceiro que interfere na relação conjugal da qual tinha conhecimento prévio, pois este comete violação às garantias existenciais promovidas pelo relacionamento conjugal, essas que devem ser tuteladas pelo Estado.

A formação do ato ilícito por conduta de terceiro cúmplice de cônjuge infiel tem um reflexo importante no caráter da responsabilização, pois o cônjuge traidor comete uma responsabilidade de ordem contratual, enquanto o *tertius* comete uma responsabilidade de cunho extracontratual. Ambas as responsabilidades dão margem para a aplicação do art. 942⁴⁸⁴ do Código Civil, estabelecendo uma coautoria do ato ilícito por multiplicidade de agentes (cônjuge traído e terceiro cúmplice de cônjuge infiel), o que, por consequência, gera uma responsabilidade solidária entre as partes.

José Guilherme Braga Texeira, em consonância com a ideia trazida anteriormente, mediante análise do *caput* e do parágrafo primeiro do artigo 942 do Código Civil de 2002, conclui que é certo que ato ilícito resultante de pluralidade ativa de agentes pode ocorrer, tanto na situação em que se tenha a autoria de duas ou mais pessoas, quanto na combinação do ato de um com ato de outro agente, ou ainda na situação em que um sujeito seja o literal causador do ato e o outro, por não ter evitado as consequências, também o seja, e, por fim, nos casos em que o terceiro colabora na consumação ou não preserva a vítima das consequências.⁴⁸⁵

Forte nas questões expostas, faz-se, pois, possível a aproximação da teoria do terceiro cúmplice na relação conjugal, haja vista a semelhança da sua natureza jurídica com a de um negócio jurídico contratual com características existenciais, o qual deve ser enxergado sob uma perspectiva dinâmica. Acrescente-se o fato de que a finalidade do casamento é a de efetivar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, incorrendo em ato ilícito o terceiro que, conhecendo previamente a relação, atuar diante do dever de abstenção derivado da função social do direito de família, responsável pela tutela específica do Estado.

⁴⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

⁴⁸⁵ TEXEIRA, José Guilherme Braga. Da Solidariedade na Obrigação de Indenizar. In: NERY, Rosa Maria Andrade; DONINNI, Ricardo Ferraz. **Responsabilidade Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 302 *et seq.*

5. CONCLUSÃO

Sabe-se do intuito do presente trabalho de verificar a responsabilidade civil diante da violação do dever de fidelidade recíproca resumida ao relacionamento conjugal, este que está disposto no artigo 1566, inciso I do Código Civil de 2002. Mais especificamente, o presente estudo buscou averiguar a possibilidade de aplicação da responsabilização mencionada, no que se refere à figura do cônjuge que pratica a infidelidade conjugal por meio do adultério, bem como em face do terceiro que corrobora com a referida conduta de modo a ocasionar danos para o cônjuge traído. Em relação a esse terceiro, que compactua com cônjuge infiel, ocorreu a tentativa de aproximação da sua situação com a teoria do terceiro cúmplice no âmbito dos contratos, visando à solução do cabimento da sua responsabilidade.

Para alcançar essas respostas, alguns caminhos precisaram ser percorridos, e discussões foram levantadas. Assim sendo, iniciou-se o presente trabalho com o estabelecimento de uma perspectiva histórica acerca do casamento, demonstrando que, desde a antiguidade até o contexto brasileiro posterior à Constituição Federal de 1988, a relação conjugal apresentou um crescimento quanto à importância do elemento volitivo entre os seus consortes.

Após isso, passaram por uma verificação afunilada as teorias que se prestam a demonstrar a natureza jurídica do casamento, dentre as quais estavam a natureza contratualista, a natureza jurídica institucional e a natureza jurídica mista. Demonstrados os argumentos de cada teoria, ficou clara a natureza contratual do casamento, pois este não pode se resumir à sua característica patrimonial, uma vez que a relação contratual se comporta como um fenômeno distinto da posterior operação econômica. Assim, verificaram-se aspectos de negócios jurídicos no âmbito matrimonial, são exemplos o instituto da prova e a deliberação dos consortes quanto à mudança de regime de bens no âmbito conjugal.

Já considerado o aspecto contratual da relação conjugal, foi forçosa a menção acerca dos deveres conjugais previstos no artigo 1566 do Código Civil de 2002, haja vista que toda relação jurídica gera efeito para as partes. Em exame individual dos deveres conjugais, percebeu-se que boa parte deles sofreu os efeitos da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, uma vez que a autonomia privada possibilitou que os consortes relativizassem os seus efeitos.

A referida Emenda passou a proporcionar o direito ao divórcio por força da simples vontade de um dos consortes, independentemente de condicionantes temporais alheias ao elemento volitivo. O reflexo disso foi a falta de importância da culpa para o término do

vínculo conjugal por meio do divórcio, surgindo o questionamento acerca da importância dos deveres conjugais.

Apesar dos efeitos da autonomia privada em face dos deveres da relação conjugal, estes não podem ter os seus efeitos descartados, ao passo que gravitam em torno de valores e vínculos subjetivos típicos da construção relativa à entidade familiar, além de serem norteados de forma a adequar as características individualizadas de cada consorte, restando aclarados os fins aos quais os deveres reportados se prestam, quais sejam: a efetivação dos direitos da personalidade e a dignidade humana de cada cônjuge no curso do casamento.

Nesta senda, discute-se a violação dos deveres conjugais não mais como um motivo para o término da relação matrimonial, pois isso pode ser feito através da vontade de um dos consortes, concretizando-se o divórcio. Ficou claro então que o dever de fidelidade recíproca, que é o cerne do presente trabalho monográfico, ainda possui reflexos na relação conjugal, uma vez que a sua violação é despicienda para o término do vínculo conjugal, mas pode ocasionar danos em face do cônjuge prejudicado.

Não é uníssona a aplicação da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares. Contudo, ainda que se faça presente o reconhecimento de pontos controvertidos acerca da responsabilidade civil no Direito de Família, restou demonstrada a importância desta aplicação devido à evidência da responsabilidade civil frente aos danos extrapatrimoniais, bem como à disseminação da responsabilidade pelo ordenamento civil como um todo, por influência dos preceitos fundantes da Constituição Federal de 1988.

Nesta linha, o presente trabalho seguiu apresentando cisão doutrinária frente ao fato gerador da responsabilidade civil no direito de família, pois parcela doutrinária entende que a violação dos deveres familiares não constitui motivo suficiente para aplicação da responsabilidade civil, enquanto outra parcela se posiciona a favor da responsabilização em face da violação dos deveres familiares.

Como ficou claro no curso do capítulo, o presente trabalho demonstrou a filiação perante a segunda corrente de doutrinadores, em razão da disseminação da responsabilidade civil por diversos ramos do Direito, inclusive do Direito de Família, submetendo-se, portanto, aos preceitos da Constituição Federal no sentido de valorizar os direitos do indivíduo e a sua dignidade. A aplicação principiológica da Constituição Federal de 1988 diante da violação dos deveres familiares, traz à baila a juridicidade destes deveres, pois a regra maior enxerga a família como uma efetivação dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana de cada componente da entidade familiar em sua individualidade.

Neste mesmo cenário, a ideia da responsabilidade civil imiscuída nas relações de família foi trazida para o plano da infidelidade conjugal, em busca da análise acerca da conduta do cônjuge infiel mediante a prática do adultério, modalidade esta que viola o dever de fidelidade recíproca por excelência e que serviu de enfoque para o curso do presente trabalho.

A responsabilidade civil diante da infidelidade conjugal por parte do cônjuge traidor tem os seus pressupostos demonstrados, o que trouxe sustento para a existência de ato ilícito quando há dano ao cônjuge traído em face do adultério, desde que exista um liame entre o prejuízo suportado de ordem material ou moral sofrido pelo referido cônjuge e a origem na conduta adúltera do cônjuge traidor.

Com o preenchimento de todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil em face da infidelidade conjugal, as decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria supradita foram dissecadas. As decisões do Superior Tribunal de Justiça se prestaram a analisar o caso de violação do dever de fidelidade através do adultério, ato do qual originou-se gravidez alheia à relação matrimonial, omitida pelo cônjuge traidor. A análise das referidas decisões permitiu a conclusão de que o dever de fidelidade recíproca tem valia jurídica e auxilia na manutenção dos direitos da personalidade, uma vez que a causa de dano a qualquer indivíduo e aos direitos da personalidade é inteiramente vedada pelos preceitos constitucionais, decisão da qual se utilizou os tribunais, pautando-se na violação do dever de fidelidade.

Nesta circunstância, houve o destaque de nova figura atuante na relação de infidelidade conjugal, o terceiro que corrobora para a concretização do adultério. Por meio trabalho monográfico aqui disposto, em atenção à insuficiência de entendimento sedimentado acerca dos tribunais pátrios e à pobreza doutrinária acerca do assunto, preocupou-se em se utilizar da teoria do terceiro cúmplice no âmbito dos contratos como alternativa para adequar a situação relativa ao terceiro cúmplice de cônjuge infiel, na busca pelo deslinde da questão.

Seguindo a linha doutrinária montada, cabe salientar que a doutrina do terceiro cúmplice se baseia em proteção do crédito derivado da relação contratual em face de terceiro que já a conheça, mas, mesmo assim, busca o induzimento do devedor para que ocorra o inadimplemento do contrato ou um prejuízo relativo à sua execução. Desde logo, é notória a diferença dos direitos tutelados, mas trouxe-se o caráter contratual do casamento com o fito de adaptar a teoria do terceiro cúmplice ao âmago do direito de família.

O presente trabalho monográfico filia-se à ideia de que a oponibilidade é uma projeção dos efeitos externos do contrato, a qual gera um dever de abstenção do terceiro que conhece a relação contratual já existente.

Para efetuar a aproximação do terceiro cúmplice de cônjuge infiel com a situação do terceiro cúmplice no campo dos contratos, demonstrou-se que o direito de crédito, presente nos contratos, deveria ser tutelado em face de terceiros que viessem a interferir em situação jurídica já conhecida, o que, caso acontecesse, implicaria em uma eventual responsabilização do terceiro.

Dentro dessa perspectiva, o casamento foi tratado como contrato, abarcando concomitantemente uma situação jurídica subjetiva patrimonial e ao mesmo tempo existencial. Chegou-se à conclusão de que a situação jurídica subjetiva patrimonial deve ser funcionalizada em face da situação jurídica subjetiva existencial, uma vez que o direito tutelado na segunda situação está cunhado em questões de interesse social, predominantes quando comparadas a questões patrimoniais.

O presente trabalho reconhece o dever de fidelidade recíproca como um dever jurídico capaz de gerar, inclusive, a responsabilização contratual do cônjuge que comete adultério desde que preenchidos os requisitos inerentes à responsabilidade civil. Contudo, é necessário salientar que o entendimento aqui trazido não se propôs a estender o dever de fidelidade recíproca em face do terceiro que concorre com o cônjuge traidor para sua violação, já que, na constância de uma adequação da teoria do terceiro cúmplice a esta situação jurídica, cabe a evidência da relatividade dos contratos, de modo que o dever de fidelidade recíproca está adstrito às partes.

Em paralelo a essa questão, trouxe-se a função social no Direito de Família como um argumento plausível para justificar a oponibilidade de terceiro diante de uma relação conjugal que seja do seu conhecimento. O princípio da Função social no Direito de Família trata da entidade familiar como um local privilegiado para a efetivação de direitos da personalidade de cada componente e também da dignidade da pessoa humana de cada um, sendo, portanto, um alvo de tutela específica do Estado, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Tratando-se o casamento de uma forma de concretização da unidade familiar, juntamente com a sua característica de situação subjetiva existencial, ocorre uma oponibilidade frente a terceiros que já conheçam a relação conjugal existente, na qual, caso

venha interferir, sofrerá as consequências da responsabilidade civil, esta que possui a ilicitude lastreada na violação do princípio da função social no Direito de Família.

Forte nestas questões, o presente trabalho mostrou um minucioso estudo em face da problemática aqui proposta, de modo que conclui pela possibilidade de responsabilização contratual do cônjuge em face de violação do dever de fidelidade conjugal, da mesma forma que propõe a responsabilização extracontratual de terceiro que concorre para tanto, desde que seja provado o conhecimento prévio deste em face de relação conjugal preexistente, pois a sua interferência nestas circunstâncias demonstraria um desrespeito aos direitos da personalidade e da dignidade humana do cônjuge traído, valores estes informados por princípios constitucionais, que geram oponibilidade perante figuras alheias ao casamento.

Por fim, pontue-se que, em face do ilícito praticado na conduta do cônjuge traidor e do terceiro que corrobora para violação do dever de fidelidade presente em relação conjugal de conhecimento anterior deste sujeito, seria possível suscitar a responsabilização solidária de ambos os autores, quantificada em atenção à extensão do dano sofrido pelo cônjuge traído.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **Negócio Jurídico e Sua Teoria Geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. *In*: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hassen. **Direitos Fundamentais no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 359- 371.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 2 v.6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui Para o Inadimplemento Contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 750, ano 87, p.117, 1998.

BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 30, abr./jun. 2007, p. 81 *et seq.*

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/03clovis/Direito%20de%20Família.pdf> acessado em 21/04/2017> Acesso em 24 maio de 2017

BIGI, José Carlos. Dano moral em separação e divórcio. **Argumenta: Revista dos Tribunais**, São Paulo (SP), ano 81, v. 679, 1992, p. 46-51

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 208 *et seq.*

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: Teoria & Prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 17 out. 2017

_____. **Projeto de Lei nº5716/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1473966&filename=PL+5716/>. Acesso em: 7 out. 2017

_____. **Enunciado 21 da 1ª Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <
<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>
 Acesso em 18 out. 2017.

_____. **Decreto nº1144 – De 11 de setembro de 1861**<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=79955>> Acesso em 5 maio 2017

_____. **Lei 6.515/1977 (lei do divórcio)** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em 24 mar. 2017.

_____. **Emenda Constitucional 66/2010.** Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acesso em 24 mar. 2017.

_____. **Projeto de lei 5716/16.** Disponível em:
 <[emhttp://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7E9B8FC1DBF413C49FD107E02DCEEFDC.proposicoesWebExterno1?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7E9B8FC1DBF413C49FD107E02DCEEFDC.proposicoesWebExterno1?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016)> Acesso em 25 mar. 2017.

_____. **REsp:922462 SP 2007/0030162-4.** Disponível em:
 <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23336120/recurso-especial-resp-922462-sp-2007-0030162-4-stj/inteiro-teor-23336121>> Acesso em 25 mar. 2017.

_____. **Lei nº 10.406/2002 .** Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 757.411/MG. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR) Relator: Fernando Gonçalves. DJ 29 nov. 2005. Disponível em:
 <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF> Acesso em 10 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 742137/RJ. Recorrente: P C H e OUTRO. Recorrente: M L F DE B E OUTRO. Recorrido: OS MESMOS. Relator (a): Ministra Nancy Andrichi, Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 29 set. 2007. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2468737&num_registro=200500602952&data=20071029&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 14 ago. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 922.462/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: A. L. A. P. Recorrente: L. A. S. Recorrente: F.G. B. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 4 abr. 2013. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=>

22683746&num_registro=200700301624&data=20130513&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 16 ago. 2016.

_____. **Lei nº 8.069/1990.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm > Acesso em 23 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.115.242/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS. Recorrido: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA Relator: Nancy Andrighi. DJ 29 nov. 2005. Disponível em:
 <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF> Acesso em 20 ago. 2016.

_____. **Enunciados do Instituto Brasileiro de Direito de Família.** Disponível em:
 <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 4 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.122.547/MG. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: G. V. C. Recorrido: V. J. D. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ 10 set. 2009. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7250849&num_registro=200900251746&data=20091127&tipo=91&formato=PDF> Acesso em 2 out. 2016.

BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade.** 2012. Dissertação. Orientador: Prof. Hector Valverde Santana. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília.

CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v.20, out. /dez. 2004, p.125-150

CARLI, Vilma Maria Inocência. Paradigmas Contemporâneos da Responsabilidade Civil no Direito de Família. **Argumenta: Revista Prática Jurídica,** Brasília: Consulex, ano 8, n.90, set. 2009, p. 16-19

CARPENA, Heloísa. O Abuso de Direito no Código de 2002: Relativização de Direito na Ótica Civil-Constitucional. *In:* TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código Civil.** 3 ed. Rio Janeiro: Renovar, 2007, p. 405.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo.** Rio de Janeiro: Renova, 2001, p.56

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família.** 4 ed. Curitiba: Juruá. 2011

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. A Família nas Constituições Brasileiras. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná**, Jacarezinho (PR), n.17, jun./dez. 2012, p. 181-204

CASTRO, Flávia Lages. **História do direito: Geral e Brasil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014

_____. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. **Argumenta: Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro (RJ), v.6, n.24, 2003, p. 30-47

COSTA, Dilvanir José da Costa. A Família nas Constituições. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 2006, n. 48, Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/89>> Acesso em 15 maio 2017

COUTINHO, Marcela de Alencar Araripe. Do Dano Moral por Abandono Afetivo nas Relações Paterno-filiais. **Argumenta: Revista Científica da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília (Bsb), Ano 4, n.2, dez. 2015, p. 247-275.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação Como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006

CURRY, Carlos Roberto Jamil. Educação Básica Como Direito. **Caderno de Pesquisa**, v. 38, n. 134, maio/ago, 2008, Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v38n134/a0238134>> Acesso em 4 jul. 2017, p. 293-303.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

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

DIAS, Maria Berenice. O Dever de Fidelidade. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Método, 2005, p. 63-66.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil Famílias**. v.6. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. **Escritos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

_____. *In:* FARIAS, Cristiano Chaves de. (coord.). **Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas Versus Famílias Reconhecidas Pelo Direito: Um Bosquejo Para Uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional Temas Atuais de Direito e Processo de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004

FERRAZ, Carolina Valença. **Análise da Culpa Pelo Fim do Casamento no Contexto da Nova Sistemática do Divórcio** *In:* FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil.** Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 221-250.

FERNANDES, Regina Bueno. **A Responsabilidade de Terceiros nas Relações Contratuais.** **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, V. 50, 2012, p. 227-259.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. **Boa-fé objetiva e Constitucionalização do Direito Privado. Os Deveres Anexos e a Violação Positiva do Contrato. Conceitos Parcelares da Boa-fé Objetiva.** **Argumenta: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** São Paulo (SP) n.87, jan./fev. 2014, p. 53-71

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Relexões.** **Argumenta: Revista Síntese, Direito de Família,** São Paulo (SP), n.61, ago./set. 2010, p. 86-99.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Novo Divórcio.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

_____. _____. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

_____. _____. v. 6. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

GIANDOSO, Wanessa de Figueiredo. **Responsabilidade Civil Decorrente de Abandono Afetivo Paterno/Maternal Filial.** 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Oswaldo Peregrina Rodrigues. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 73 *et seq.*

GODINHO, Tânia Mara Lapa. **Deveres conjugais: Efeitos Jurídicos na Ocorrência de Ruptura da Sociedade Conjugal.** Salvador: Romanegra, 2009

GOMES, Orlando. **Contratos.** 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 40 *et seq*

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família.** v.6. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2015

_____. **Responsabilidade Civil.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.103

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família.** v.6. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português**. 2 ed. SV. XII. T. II. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 952 *et seq.*

GUERRA, Leonardo Santos. NOGUEIRA, Guilherme Calmon. A Função Social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007, p. 154-170

HAMILTON, Maria das Graças. **Alteração Judicial do Regime de Bens Entre os Cônjuges, Ato Jurídico Perfeito e Segurança Jurídica**. 2011. Monografia. Faculdade de Direito; Escola de Magistrados da Bahia, Salvador.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEITE, Glauber Salomão. A Emenda do Divórcio: O Fim da Separação de Direito?. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 171-193.

LEONARDI, Felipe Raminelli. A Produção dos Efeitos Contratuais e o Contrato Protetivo de Terceiro (*Vertrag Mit Schutzwirkung Dritt*): Esboço dogmático e tentativa inicial de aproximação com situações concretas no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V.30, 2007, p. 112-170.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960

_____. A Interferência de Terceiros na Violação do Contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 5, ano 2, out./dez. 2015, p. 307-325.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

_____. **Parte Especial: Das várias espécies de Contratos** (art.565 a 652). *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (orgs.). **Comentários ao Código Civil**. V.7 São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237 *et seq.*

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo regime das Relações Contratuais**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, JUDITH. Os danos às pessoas no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *In: Martins-Costa, Judith. (Orgs.). A Reconstrução do Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 408-446.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação.** São Paulo: Marcial Pons, 2015

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

MELLO, Adriana Mandin Theodoro. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código. *In: Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, V. 801, jul. 2002

MENDES, Giulliano Caçula. A Evolução da Responsabilidade Civil e Suas Implicações Atuais no Direito de Família: Análise da Possibilidade de Indenização por Abandono Afetivo. **Revista da Advocacia Geral da União.** Brasília: EAGU, ano 15, n. 02, abr./jun. 2016, p. 127-154

MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade Recíproca: Alarde na Judicialização de Relações Sentimentais. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.2, out./dez. 2014, p. 157-181.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MOREIRA, Thacio Fortunato. Poliamorismo nos Tribunais. **Argumenta: Revista Síntese, Direito de Família,** São Paulo (SP), n.93, dez./jan. 2016, p. 19-45

MONTEIRO, Renata Oliva. **A Emenda constitucional n. 66/2010 e a responsabilidade civil nas relações conjugais.** 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Tomasevicius Filho. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito de Família.** v.2. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Contratos. MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contrato: Novos Paradigmas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 213 *et seq*

NORONHA, Fernando. Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil. **Argumenta: Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, vol.14, ano 4, abr./jun. 2014, p. 53-78

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 488

OLIVEIRA, Dalva Trindade de Sousa. **Débito Conjugal Como Inadimplemento dos Deveres e Obrigações do Casamento**. Rio de Janeiro: Usina de Letras, 2014

PEREIRA, Caio Mário Pereira da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de família**. v.5. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade Vista Pelos Tribunais**. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2001

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

_____. _____. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: Uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. **Argumenta: Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, vol.5, maio/jun. 2014, p. 121-145

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Duarte. O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal (Os Deveres Conjugais Sexuais). **Argumenta: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, n.04, Ano X, jun./jul. 2008, p. 103- 109

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Disponível em: <<https://www.igac.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>> Acesso em 29 abr. 2017.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.12.

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70022775605., Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Julgado em 19 out. 2008.

Disponível

em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70022775605.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 6 jun. 2016.

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70036431088. Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 02 abr. 2003. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site>

=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A7.cr%3A11.crr%3A196&as_q=+#main_res_juris> Acessado em 7 set. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. v. 1, Rio de Janeiro: Aide, 1994

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. V 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1125-1250.

_____. A Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-46

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio *Res Inter Alios Acta*, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócio Jurídicos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, V. 821, mar. 2004, p. 31-46

ROSEVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 81-111

ROSEVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. (coord.). in: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; BARROS, Daniel Conde. (Coords.) **Temas de direito civil contemporâneo: estudos sobre o direito das obrigações e contratos, em homenagem ao Professor Paulo Luiz Netto Lôbo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 185-218

RÊGO, Werson Franco Pereira. Marido Traído Ganha Indenização de R\$ 114 mil do amante da esposa. **G1**, Rio de Janeiro, 27 mar. 2010, Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1546640-5606,00-MARIDO+TRAIDO+GANHA+INDENIZACAO+DE+R+MIL+DO+AMANTE+DA+ESPOSA.html>>. Acesso em 12 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61 *et seq.*

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação N°90.262-4/3. Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelantes: Shirley Moreira da Silva; Gilberto Vilas Boas. Apelados: Shirley Moreira da Silva; Gilberto Vilas Boas. Relator: Testa Marchi. DJ 03 fev. 2000. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1387515&cdForo=0>> Acesso em 5 set. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação N°9112793-79.2007.8.26.0000. Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelantes: Primo Schincariol Industria de cervejas e refrigerantes S/A. Apelados: Companhia de Bebidas das Americas Ambev e Companhia Brasileira de Bebidas C B B.

Relator: J. L. Mônaco da Silva. DJ 12 de jun. 2013 em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00RN3S0000>> Acesso em 5 set. 2017.

SANTOS JÚNIOR, E. **Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito**. Coimbra: Almeidina, 2003

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. A culpa na ruptura do casamento. **Argumenta: Doutrinas Essenciais do Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.3, ago. 2011, p. 347- 371

SANTOS, Ulderico Pires dos. **A Lei do divórcio Interpretada**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: A erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. O Direito Adquirido e a Possibilidade de Alteração do Regime de Bens no Código Civil de 1916 e 2002. **Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex**, Ano XI, Nº 247, abr. 2007, p. 58-60

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Caso Real de Abandono Paterno**. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/caso-real-de-abandono-paterno/>>. Acesso em dia 18 ago. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Indenização na Separação e no Divórcio**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/indenizacao-na-separacao-e-no-divorcio/>> Acesso em dia 18 ago. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Livro IV do Direito de Família: Capítulo IX, da Eficácia do Casamento. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). **Código Civil Comentado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1690-1799.

_____. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável no Direito Brasileiro e no Direito Português. **Argumenta: Revista de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, jul./set. 2014, p. 169-191.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina. **Revista IOB**. Porto Alegre: Síntese, v.11, n.58, fev/mar 2010, p. 111-126

STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 3 ed. Fortaleza: FA7, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

TAVARES, Ana Carla Tavares Oliveira; Cavalcanti, Luciana da Costa. **Revista do Ministério Público de Alagoas**. n.10, jan./jun., 2003, p. 13-39

TEPEDINO, Gustavo. **Temas Especiais de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo *et all.* **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V.I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos Externos do Contrato: Direitos e Obrigações na Relação Entre Contratantes e Terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

TEXEIRA, José Guilherme Braga. Da Solidariedade na Obrigação de Indenizar. *In*: NERY, Rosa Maria Andrade; DONINNI, Ricardo Ferraz. **Responsabilidade Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 302 *et seq.*

URBANO, Hugo Evo Côrrea. A Eficácia Externa dos Contratos e a Responsabilidade Civil de Terceiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, 2010, p. 180-231.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. V. 1. 9 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998

VENOSA, Sílvio Sálvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas. 2015

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. Os Efeitos do Poliamorismo no Direito Contemporâneo: Uma análise à luz da Dignidade da Pessoa Humana. **Argumenta: Revista Síntese, Direito de Família**, São Paulo (SP), n.93, dez./jan. 2016, p. 9-17

VYENE, Paul. **História da vida privada: Do Império Romano ao ano mil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Coleção dirigida por Phillippe Airès e George Duby.

WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de família**. v.5. 17 ed. São Paulo : Saraiva. 2009.

WIEACKER, Franz. **El Principio general de la bona-fé**. Trad. José Luis de Los Mojos. Madrid: Civita, 1976