

NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES NO DIREITO BRASILEIRO

Matheus Soubhia Sanches*

Gustavo Favero Vaughn**

Rodrigo Tannuri***

Resumo: Este artigo trata da responsabilidade civil entre cônjuges sob a perspectiva doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil – Direito civil – Casamento – Cônjuge.

NOTES ABOUT THE LIABILITY OF ONE SPOUSE TO THE OTHER FOR PERSONAL TORTS REGARDING BRAZILIAN LAW

Abstract: This article aims to discuss the civil liability between spouses from a doctrinal and jurisprudential perspective.

Keywords: Civil liability – Civil law – Marriage – Spouse.

Sumário: 1. Introdução; 2. Natureza jurídica do casamento; 3. Responsabilidade civil entre cônjuges; 4. Deveres do casamento aplicáveis a terceiros?; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

* Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP. Advogado.

** Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Processo Civil pela PUC-SP/COGEAE. Advogado.

*** Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP. Advogado.

1. INTRODUÇÃO



m regra, todo aquele que acredita ter sofrido um dano causado por ato ilícito tem a possibilidade de se valer do Poder Judiciário para ser indenizado. Também em regra, o descumprimento de um dever, imposto por lei ou por contrato, é caracterizado como ato ilícito passível de causar dano a outrem, podendo gerar à vítima o direito de ser recompensada patrimonialmente pelo prejuízo, desde que preenchidos os pressupostos para responsabilização civil¹.

Segundo ensina Pontes de Miranda, “a obrigação resulta do dever; quem é obrigado só é porque deve”². A responsabilidade civil surge, então, do descumprimento da relação jurídica obrigacional estabelecida pela vontade das partes ou por lei³.

Para Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil é “uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento. Tal obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode originar-se: a) da inexecução de contrato; e b) lesão a direito subjetivo, sem que preexista entre lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilite”⁴.

Logo, quando há rompimento daquilo que foi estabelecido numa relação jurídica, haverá responsabilidade civil, a qual cinge-se “à reparação do dano causado a outrem, desfazendo

¹ Não se pode negar que o Código Civil francês de 1804 inspirou o modelo brasileiro de teoria da responsabilidade civil, sendo certo que a regra moral e paradigma do *neminem laedere*, segundo a qual a ninguém é permitido causar lesão a outrem, foi consagrada no Código Civil Francês ao dispor: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer” (qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano).

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 3. ed., tomo 22, 1984, p. 24.

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 38.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, vol. 7. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

tanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao status quo ante”⁵.

Nesta esteira, o descumprimento obrigacional gera dano à outra parte, surgindo assim o dever de indenizar. A responsabilidade civil, portanto, nada mais é do que o dever de indenizar o dano.

A depender da natureza jurídica da obrigação inadimplida, se contratual ou extracontratual, a obrigação de indenizar estará sujeita à apuração dos aspectos subjetivos do devedor⁶. Na responsabilidade contratual não se exige a comprovação de culpa do contratante inadimplente para a reparação das perdas e danos, bastando que se prove a inexecução do contrato⁷. Já na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, para que possa ser indenizada, caberá à vítima provar que o causador do dano agiu com culpa ou dolo⁸.

Neste artigo, busca-se responder, resumidamente, as seguintes indagações: i) seriam as regras gerais de responsabilidade civil aplicáveis entre os cônjuges?; ii) sendo aplicáveis, qual seria a natureza da responsabilidade civil entre os cônjuges?; iii) o descumprimento dos deveres do casamento gera direito à indenização?; iv) é possível a aplicação da teoria do terceiro cúmplice pelo descumprimento dos deveres do casamento?

2. NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Antes de se discorrer sobre a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil entre os cônjuges, é

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, vol. 7. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22 - 23.

⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 53, jan – mar de 2005, p. 30.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 17.

imprescindível trazer à tona a discussão existente na doutrina a respeito da natureza jurídica do casamento, sem qualquer pretensão de esgotar o trato da matéria.

O casamento nem sempre teve ligação com dogmas religiosos. No Direito Romano, por exemplo, o casamento era visto como um contrato por meio do qual se transferia o poder sobre a mulher (*conventio in manum*), que passava do poder paterno para o poder do marido (*pater familias*)⁹. Com a decadência da típica família romana, tornou-se possível a realização do casamento sem a aquisição do poder sobre a mulher (*cum manu e sine manu*), o que foi um grande e necessário avanço civilizatório.

Em estudo sobre a natureza jurídica do casamento romano, José Carlos Moreira Alves escreve que “os glosadores, de início, caracterizaram-no como *contractus personarum* (contrato sem conteúdo patrimonial), e, mais tarde ao que parece, passaram, por influência dos canonistas, a tê-lo como um dos *actus legitimi*, à semelhança do que ocorria com a adoção. Já os pós-glosadores permaneceram fiéis à tese do *contractus personarum*, deles não discrepando a Escola que se lhes seguiu – a dos Cultos – que o classificou como *species societatis* (uma espécie do contrato de sociedade), o que, aliás, se sustentava na *Summa Codicis Tricensis*, obra de data incerta, mas não posterior à segunda metade do século XII. Nos Séculos XVII e XVIII, dominou, amplamente, o entendimento de que o casamento, no Direito Romano, era um contrato, e contrato de sociedade”¹⁰.

A ideia de que o casamento era um contrato no Direito Romano encontra respaldo na definição de Savigny, por meio da qual contrato é o concurso de muitas pessoas numa concorde declaração de vontade, pela qual são determinadas as suas relações.

⁹ CAMUS, Emilio Fernández. *Curso de Derecho Romano – personas y derecho de familia*, vol. II. Havana, Universidad de la Havana 3. ed., vol. II, 1946, p. 104-105.

¹⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico, p. 3 – itálico no original. *Revista da Faculdade de Direito USP*, v.90. 1995.

Vicente Montserrat Meliá observa que o casamento, tal como conhecemos no dia de hoje, “está más cerca del matrimonio canónico que del romano. Aun en los ambientes abiertamente arreligiosos, el instituto matrimonial, su función, sus finalidades, no se conciben en forma sustancialmente diversa de la concepción canónica”¹¹.

A exemplo do que ocorria no Direito Romano, também se falava no Direito Canônico na existência de um contrato porque, para a sua caracterização, bastava apenas a declaração de vontade dos nubentes. No entanto, o Direito Canônico reconhecia que a declaração de vontade em si era menos importante do que o próprio estado de casado, que conferia aos nubentes “o direito perpétuo, exclusivo e recíproco sobre os seus corpos, tendo em vista a procriação, afirmando ser ele uma verdadeira instituição”¹². Além do viés conjugal, o Direito Canônico via no patrimônio um fim espiritual, com forte influência da Igreja e do Estado¹³.

No Brasil, Pontes de Miranda via o casamento como um contrato de Direito de Família a regular a união entre marido e mulher¹⁴. Clóvis Bevilacqua, por sua vez, destacava que o casamento é um “contracto mais solemne do que qualquer outro, pois que envolve elle, como dizia Lord Robertson, a mais importante de todas as transacções humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilisada; terá effectos mais extensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensissima de relações, direitos e deveres; mas, em todo caso, é um contracto”¹⁵.

¹¹ MELIÁ, Vicente Montserrat. *Derecho Matrimonial Canónico*. Barcelona: Litúrg Española, 1961, p. 1.

¹² GONÇALVES, Paulo Henrique de Arruda. Da natureza Jurídica do Casamento. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, vol. 2, ago/2011, p. 240.

¹³ CIFUENTES, Rafael Llano, *Curso de Direito Canônico*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 191.

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. v1. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 93.

¹⁵ BEVILACQUA, Clovis. *Direito de Família*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1896,

Sem embargo da ampla utilização do termo “contrato”, não é esta a melhor maneira de se referir ao casamento. Assiste razão a Orlando Gomes quando o referido jurista defende a natureza híbrida do casamento: “contrato, na formação; instituição, no conteúdo”¹⁶.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira boa parte da doutrina brasileira converge para a natureza jurídica híbrida do matrimônio, considerando-o como um contrato especial “dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou um “contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas”¹⁷.

Portanto, pode-se definir o casamento como um ato complexo, dependente em parte da autonomia de vontade dos nubentes, mas complementado com a adesão dos nubentes ao conjunto de regras preordenadas, para vigerem a contar da celebração do matrimônio, esta como ato privativo do Estado.

Sendo assim, entende-se que a conceituação do casamento como sendo um simples contrato não pode subsistir. E isso, naturalmente, acaba produzindo efeitos em termos de responsabilidade civil. Afinal, fosse o casamento um simples contrato, qualquer descumprimento contratual, desde que produzisse danos, seria passível de indenização. Não é o que ocorre na prática, como se passa a expor.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES

De acordo com Ruy Rosado de Aguiar, para se entender melhor o modelo de responsabilização civil entre os cônjuges devem ser sopesados, primeiramente, dois valores constitucionais em confronto: de um lado, o princípio da dignidade da

p. 27.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11 ed Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 60.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*, vol V. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.86/87.

pessoa humana (artigo 19, III), que deve ficar protegido de qualquer agressão; e, de outro lado, a disposição constitucional que “atribui ao Estado o dever de preservar a família, instituição social valiosa, ‘base da sociedade, que tem especial proteção do Estado’ (artigo 227)”¹⁸. Como bem ilustra o saudoso jurista, “esse fim (proteção da família) por certo fica dificultado ou pelo menos abalado com a possibilidade de pleitos judiciais entre os cônjuges, reparatórios de ofensas e prejuízos, ou entre pais e filhos, litígios que podem ir desde a definição da filiação à conservação do nome”¹⁹.

Conforme afirma Graciela Medina²⁰, a evolução do Direito de Família conduziu à supremacia da personalidade e à autonomia da pessoa diante de seu grupo familiar, não existindo qualquer prerrogativa doméstica a permitir que um membro de uma família possa causar dano doloso ou culposamente a outro membro da família e se eximir de responder em virtude do vínculo familiar, até porque a pessoa não responde em razão do vínculo familiar, mas em função do dano, passível de ter sido causado por um parente e, muito especialmente, no âmbito das relações conjugais e afetivas.

Sendo assim, não há dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser ignorado, mas pode, por outro lado, sofrer modulação em razão da necessidade de proteção familiar. Caso se pudesse cogitar de se conceder imunidade aos cônjuges, tal como ocorria no direito inglês no século XVIII em que o marido e a mulher eram considerados uma única pessoa, é evidente que isso sujeitaria os cônjuges aos mais variados tipos de violência, desnaturando completamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no Direito de Família. Doutrina do STJ – Edição Comemorativa – 15 anos, Brasília, 2005, p. 459.

¹⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no Direito de Família. Doutrina do STJ – Edição Comemorativa – 15 anos, Brasília, 2005, p. 459.

²⁰ MEDINA, Graciela. *Daño en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2002, p. 21.

Como próximo passo, torna-se necessário verificar se o descumprimento dos deveres do casamento pode ser considerado ato ilícito, bem como se isso, por si só, causa dano passível de indenização, para que então seja possível definir corretamente como se dá a responsabilidade civil entre cônjuges, que é o cerne deste texto.

Antes disso, contudo, abre-se um breve parêntese para registrar que a pessoa que decide viver em conjunto com outrem certamente enfrentará dissabores e desilusões ao longo do relacionamento, o que é natural, assim como haverá quebra de expectativa e até mesmo violação a deveres conjugais.

Considerando a natureza jurídica do casamento como sendo um “contrato especial”, tal como sustentado anteriormente, tem-se que a violação dos deveres conjugais dispostos, por exemplo, no art. 1.566 do Código Civil brasileiro, é passível de ser classificada como ato ilícito, sujeitando-se, portanto, aos arts. 186 e 927 da lei material. Caso assim não o fosse, os deveres adquiridos com o casamento seriam transformados em simples recomendações, deixando à deriva da tutela jurisdicional a integridade (física ou moral) do cônjuge eventualmente lesado.

Esse também é o entendimento de Maria Berenice Dias ao destacar que “não haveria porque isentar o cônjuge, descumpridor de seu dever, da responsabilidade de indenizar o cônjuge sofredor da ofensa. Não é o caso de tratar no tema inerente à natureza jurídica do casamento. Mesmo considerando as características peculiares do ato, é certo que o matrimônio, como qualquer contrato, gera deveres, compromissos”²¹.

Bem delineado o fato de que o descumprimento dos deveres conjugais é ato ilícito, deve-se agora analisar se há, uma vez constatada a inadimplência, dano indenizável. É nesse ponto que se entende que o princípio da proteção à família influencia decisivamente o entendimento jurisprudencial dos tribunais

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 153.

brasileiros.

Como bem assevera Ernesto Salas, o momento em que se propicia os pedidos de indenização de um cônjuge ao outro é, justamente, quando do término da relação conjugal: “(...) que una acción de divorcio há dado lugar a uma reclamación de daños y perjuicios. Es indudable que la declaración de aquél puede entrañar graves perjuicios materiales y morales para el cónyuge inocente”²².

Nesse sentido, a primeira distinção a se fazer é a de que não se pode confundir o término do afeto como descumprimento dos deveres conjugais. Ninguém é obrigado a continuar amando outrem, não se podendo admitir que o simples término do afeto constitua fundamento para ações de indenização²³. Se o casamento simplesmente chegou ao fim porque não há mais afeto entre os cônjuges, esse fato não pode ser caracterizado como sendo um ato ilícito.

Esse é o entendimento uníssono da doutrina e da jurisprudência.

Para Maria Berenice Dias, por exemplo, “não gera o casamento qualquer obrigação ou compromisso de caráter definitivo, cujo 'distrato' possa ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral suscetível de ser indenizado”²⁴. No mesmo sentido, Paulo Nader esclarece que “o desamor, ou o rompimento unilateral da união, por si só, não caracteriza dano moral reparável, já que não há garantia de perpetuidade da relação afetiva”²⁵.

Nessa toada, o Desembargador Silvério da Silva, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirma ser “inegável o sofrimento que um rompimento causa à uma das partes, senão

²² SALAS, Ernesto. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1947, p. 93.

²³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160.

²⁵ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*, vol 7. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 357.

ambas”, mas ressalva que “este sentimento ou dor não é passível de indenização a título de dano moral”, pois, para a materialização do dano, em suas palavras, “deve haver prova contundente da lesividade com que agiu o cônjuge”²⁶.

A título de curiosidade, registre-se que a situação acima narrada é absolutamente diferente do rompimento abrupto de um noivado, em que a jurisprudência reconhece a possibilidade de indenização pelos danos materiais decorrentes do planejamento do casamento²⁷. Em que pese precedentes mais antigos reconhecessem a quebra de expectativa do casamento como de responsabilidade extracontratual a ensejar a responsabilização por danos morais²⁸, a jurisprudência atual do Tribunal de Justiça de São Paulo vem seguindo o entendimento de que a ruptura de relacionamento amoroso não constitui ato ilícito indenizável²⁹.

Uma vez esclarecido que a simples perda de afeto e o rompimento do casamento não são fundamento suficiente para justificar a responsabilização civil de um dos cônjuges, surge a seguinte questão: quais danos são, portanto, indenizáveis?

Adiantando-se a resposta à indagação anterior, há quem defenda, com acerto, que os danos indenizáveis entre cônjuges são aqueles advindos de abalo que extrapola o mero aborrecimento e frustração próprios do término da vida conjugal. Nesse sentido, preleciona Carlos Roberto Gonçalves³⁰:

²⁶ TJSP; Apelação 1022096-85.2014.8.26.0071; Relator: Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/08/2018; Data de Registro: 13/08/2018.

²⁷ TJSP; Apelação 4000730-42.2013.8.26.0533; Relator: Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Bárbara D'Oeste - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/09/2018; Data de Registro: 24/09/2018.

²⁸ TJSP; Apelação Com Revisão 9106127-38.2002.8.26.0000; Relator: Márcio Antonio Boscaro; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado A; Foro de Ribeirão Preto - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 03/08/2005.

²⁹ TJSP; Apelação 1019841-73.2014.8.26.0001; Relatora: Rosangela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2018; Data de Registro: 29/08/2018.

³⁰ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito civil* – volume 4 – 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

“É princípio de ordem pública que qualquer dos noivos tem a liberdade de se casar ou de se arrepender. O consentimento deve ser manifestado livremente e ninguém pode ser obrigado a se casar. O arrependimento, portanto pode ser manifestado até o instante da celebração. O fato de nosso legislador não ter disciplinado os sponsais como instituto autônomo demonstra, conforme assinala a doutrina, que preferiu deixar a responsabilidade de civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito.”

Neste mesmo sentido, leciona Rui Stoco³¹:

“(…) a só ruptura do noivado por qualquer dos noivos ou o não cumprimento da promessa de casamento não enseja reparação, segundo a regra subministrada pela razão e bom senso no sentido de que espontâneo relacionamento entre duas pessoas, livre de qualquer coação, ameaça ou engodo, visa estabelecer vínculos afetivos mais aprofundados, de modo a conduzir à união formal pelo casamento. Não havendo tal a finalidade, nada impede e tudo sugere que se rompa o liame preliminar. Evidente que o relacionamento amoroso entre homem e mulher é, como ressuma óbvio, em face da sua natureza e circunstâncias, pleno de riscos e de suscetibilidades. Assim, esse rompimento quando normal e civilizado, não tem o condão de ofender a moral ou a honra da pessoa, apta a configurar ato ilícito, posto que tal ruptura prende-se a os riscos e à fragilidade de tais relacionamentos”.

Ou seja, embora se reconheça que o descumprimento dos deveres conjugais é um ato ilícito e também se admita a existência de dano, entende-se que a responsabilidade civil entre os cônjuges apenas existe caso esse dano seja de veras grave.

De acordo com Adriano de Cupis, a honra é conceituada como “l’intimo valore morale dell’uomo” (aspecto subjetivo) e “come la stima dei terzi, ovverosia la considerazione sociale” (aspecto objetivo)³². A conclusão da jurisprudência, como se verá com maior clareza na sequência, é no sentido de que, para ser indenizável, o dano deve extrapolar o aspecto meramente

³¹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.007.

³² CUPIS, Adriano de. *I Diritti Della Personalità*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 93.

subjetivo da honra e atingir a reputação social do cônjuge traído.

Para se ter uma ideia do rigor com que se avalia essa questão, tome-se como base o dever de fidelidade conjugal (CC, art. 1.566, inciso I), por vezes visto como um dos mais importantes, pelo menos nos sistemas tradicionais do casamento. É que dificilmente se admite uma vida conjugal dupla, ou mesmo de infidelidade. Essa questão está relacionada à honra da pessoa, daí por que violar o dever de fidelidade constitui uma das mais sensíveis afrontas aos deveres matrimoniais. Entende-se, portanto, que a infidelidade, embora seja “dever basal do casamento, não configura, por si só, ato ilícito apto a gerar abalo moral indenizável”³³.

A ementa do julgado abaixo muito bem ilustra o posicionamento da jurisprudência brasileira sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INFIDELIDADE CONJUGAL. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO PÚBLICA DO CONJUGE TRAÍDO. INOCORRENCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. INEXISTENCIA DE DANO INDENIZÁVEL.

1. O dano moral, passível de ser indenizado, é aquele que, transcendendo à fronteira do mero aborrecimento cotidiano, a que todos os que vivem em sociedade estão sujeitos, e violando caracteres inerentes aos direitos da personalidade, impinge ao indivíduo sofrimento considerável, capaz de fazê-lo sentir-se inferiorizado, não em suas expectativas contratuais, mas em sua condição de ser humano. 2. O dano moral, previsto no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal e no art. 186 do Código Civil, revela-se diante de uma ação ou omissão de outrem que, atingindo valores subjetivos da pessoa, provoca injusta dor, sofrimento, ou constrangimento.

3. Dispõe o art. 1.566 do Código Civil, que são deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca (inc. I), bem como o respeito e consideração mútuos (inc. V). Por outro lado, não há que se falar em dever de indenizar quando ocorrer o descumprimento dos deveres acima tracejados, porquanto necessita existir uma situação humilhante, vexatória, em que exponha o

³³ TJSP, Apelação nº 0007772-20.2013.8.26.0564, 31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Luis Fernando Salles Rossi, DJ 11/10/2017.

consorte traído a forte abalo psicológico que, fugindo à normalidade, interfira de sobremaneira na situação psíquica do indivíduo. Assim, a traição, por si só, não gera o dever de indenizar.

(TJ-DF 00064619720168070020 - Segredo de Justiça 0006461-97.2016.8.07.0020, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 08/08/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/08/2018)

A título meramente exemplificativo, confira-se abaixo um caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu pela indenização no caso de violação ao dever matrimonial de fidelidade:

Indenização por danos morais. Adultério durante o casamento. Casal que trabalhava na mesma Escola Estadual. Traições do marido que eram comentadas no local do trabalho causando vexame e humilhação à esposa. Conjunto probatório que comprova que a esposa sofreu de depressão, tendo que se afastar do ambiente da Escola. A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado. Valor indenizatório que foi arbitrado com observação da boa situação profissional do marido. Apelação improvida.

(TJ-SP – Apelação Cível nº 0099514-82.2007.8.26.0000, Relator: Pedro de Alcântara, Data de Julgamento: 24/10/2012, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/10/2012)

Em outras palavras, apenas se a traição causar repulsa social, se o traído se sentir humilhado no seu convívio social (*i.e.* comunidade e emprego) é que se poderia cogitar de dano indenizável³⁴. Isso ocorre justamente porque se pretende evitar que o término do casamento cause ainda mais transtorno, ou, pior que isso, que o processo judicial seja instrumento de vingança – e por vezes de enriquecimento indevido – entre os cônjuges, afetando sobremaneira a família e eventuais filhos do casal, o que

³⁴ É claro que não é a mera sensação de humilhação do traído que enseja o dever de indenizar. É preciso que haja provas concretas da humilhação, e não um mero sentir.

não se deseja³⁵.

De todo modo, essa conclusão é bastante controversa, sobretudo quando se verifica que a jurisprudência nacional reconhece a existência de indenização *in re ipsa* em situações muito menos traumáticas do que, por exemplo, uma infidelidade. Veja-se, nessa toada, que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica”³⁶⁻³⁷.

³⁵ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação dos deveres pessoais entre cônjuges. *Revista dos Tribunais*, v. 802, ago.2002, p. 25.

³⁶ REsp 1059663/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008.

³⁷ A propósito, vale conferir o seguinte excerto doutrinário, em que bem se destaca a peculiaridade da indenização no direito de família: “A ocorrência de um ato ilícito, portanto, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, nas relações familiares não é hipótese descabida, resultando, conseqüentemente, na incidência das regras de responsabilização e reparação de eventuais danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais. No entanto, a busca por tutela jurisdicional de modo desmesurado, com a ampliação excessiva da responsabilização, pode acarretar num excesso de litígios e da vitimização da convivência social, com um sem-número de demandas indenizatórias baseadas num conceito subjetivo de dano moral. Dessa forma, como afirma Aguirre, a responsabilidade civil no Direito de Família não deve servir para perpetuar um conflito ou realizar vingança, ‘em que vultosas indenizações seriam o prêmio a ser alcançado para se alquebrar o espírito e o bolso do ‘inimigo’, outrora destinatário das mais ardentes juras de amor’. Ao contrário, o direito de família deve promover as relações entre os membros do núcleo familiar, buscando o apaziguamento de conflitos na relação, conflitos esses muitas vezes relacionados ao exercício da autonomia privada (ou autodeterminação), garantindo o desenvolvimento das relações, alicerçado no convívio social. Essa autonomia, também entendida como autodeterminação, garante o desenvolvimento das relações humanas, por meio de escolhas existenciais alicerçadas no convívio social, evitando o ‘engessamento das relações intersubjetivas’. O exercício dessa autonomia, por si só, não pode ser encarado como o causador de dano ao outro participante de uma relação familiar. Mas, o tema não é tão simples, havendo uma zona de incerteza, na doutrina, quanto ao alcance da responsabilização nessas relações. É certo não haver dúvida quanto à incidência da responsabilização mesmo no Direito de Família, existindo, como se observa, discussão com relação à aplicação por violação de algum dever específico e se essa já seria o suficiente para caracterizar a necessidade de reparação civil, o que não parece ser o mais adequado.” – NUNES FILHO, José Tenório. Responsabilidade civil e dano moral: uma abordagem sobre o dever de

Além disso, com absoluta razão doutrina e jurisprudência não divergem no sentido de que o cônjuge vítima de agressão física deve ser indenizado. A esse respeito, muito bem assevera Adriano de Cupis que “Il bene dell’integrità física è, al pari del bene della vita, un modo di essere físico della persona, percepibile mediante i sensi”³⁸ e se insere entre os direitos essenciais e inatos, resultando a injustificada agressão em violação, não só a este direito da personalidade, mas, também, a sua honra, assim considerada como autoestima, consideração pessoal e dignidade, caracterizando-se o dano moral”³⁹.

Importante destacar, ainda, que a responsabilidade civil não se confunde com a perda ao direito a alimentos ou ao uso do sobrenome conjugal, que são outras consequências impostas aos cônjuges em hipóteses excepcionais pelo descumprimento dos deveres do casamento (art. 1.578 do Código Civil).

4. DEVERES DO CASAMENTO APLICÁVEIS A TERCEIROS?

No descumprimento de deveres conjugais muitas vezes estão presentes terceiros que não aderiram expressamente ao contrato especial de casamento. É o caso do descumprimento do dever de fidelidade, na medida em que pressupõe necessariamente a figura de um terceiro que interferirá diretamente na relação conjugal.

Já se foi o tempo em que o direito brasileiro ditava que as relações contratuais produziam efeitos apenas entre as suas partes. O princípio da relatividade contratual (*res inter alios acta*) vem sendo mitigado pela doutrina e pelos Tribunais brasileiros, admitindo-se cada vez mais a ideia de que contratos são

fidelidade no casamento. *Revista de Direito Privado*, vol. 94, out.2018, p. 135-154.

³⁸ CUPIS, Adriano de. *I Diritti Della Personalità*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 58.

³⁹ CUPIS, Adriano de. *I Diritti Della Personalità*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 59.

também oponíveis *erga omnes*, de forma que terceiros devem respeitar relações jurídicas em curso, abstendo-se de perturbá-las ou induzir seu descumprimento.

Ainda que a lei tenha pré-fixado a responsabilidade do aliciamento de prestadores de serviço (CC, art. 608), a teoria do terceiro cúmplice é inegavelmente acolhida pela doutrina e jurisprudência brasileiras em outros contratos como corolário do princípio da função social do contrato (CC, art. 421).

A esse respeito, Otavio Luis Rodrigues Júnior entende que, para considerar um terceiro cúmplice da ruptura de um contratual, é necessária a configuração dos seguintes requisitos subjetivos: i) prévia ciência do contrato anterior; ii) vontade manifesta de induzir ao descumprimento; e iii) a demonstração dos elementos típicos da responsabilidade aquiliana (ação, dano e nexo de causalidade)⁴⁰.

Na mesma linha, Paula Greco Bandeira elenca como requisitos para responsabilização o prévio conhecimento do contrato e de suas disposições e, especialmente, a prática de um ato comissivo, ou seja, o auxílio ou a colaboração do terceiro no inadimplemento do contrato. Dito de outro modo, é preciso que o terceiro tenha praticado algum ato que contribua para o inadimplemento, o que não equivale a mera omissão do terceiro a respeito do inadimplemento do contrato. Nas palavras da citada autora, “o terceiro deve praticar um ato comissivo, isto é, auxiliar o devedor ou induzi-lo ao inadimplemento, celebrando com ele contrato incompatível com obrigação previamente assumida, não bastando que nada faça para impedir o devedor de violar o direito de crédito”⁴¹.

Essa também é a posição de Eduardo dos Santos Júnior,

⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, 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*, vol. 821, mar/2004, p. 80.

⁴¹ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30, abril/junho 2007, p.115.

que, em sua tese de doutorado a respeito do tema no direito português, defendeu que “não resulta ... ao terceiro, desconhecedor do crédito, um concreto dever de abstenção” para sustentar que “a efectivação da oponibilidade depende do conhecimento do direito de crédito”, bem como que “o carácter ilícito-culposo da acção interferente – seja por via jurídica ou por via material – apenas ocorrerá (ao menos, de princípio), se o terceiro agir com intenção ou consciência de lesar o crédito, se agir com dolo”⁴².

Percebe-se, portanto, que ao menos em tese seria possível responsabilizar terceiros pelo descumprimento aos deveres do casamento. Para tanto, o terceiro cúmplice deve ter prévia ciência do casamento e praticar ato comissivo visando a induzir o cônjuge ao descumprimento de seus deveres, sendo imprescindível que esse descumprimento cause algum dano.

Todavia, mesmo preenchidos os requisitos para a aplicação da teoria do terceiro cúmplice, a jurisprudência tem entendido não ser possível responsabilizar aquele que não se comprometeu com os deveres do casamento. Confirmam-se abaixo as ementas de três julgados exemplificativos nesse sentido:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Adultério. Ação ajuizada pelo marido traído em face do cúmplice da ex-esposa. Ato ilícito. Inexistência. Ausência de violação de norma posta.

1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.

2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. ...” (STJ, REsp nº 1122547/MG, 4ª Turma, Rel. Min.

⁴² SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almeida, 2003, p. 509, grifou-se.

Luis Felipe Salomão, DJe 27/11/2009).

“Responsabilidade civil - Pretensão do autor a o ressarcimento de danos materiais e morais decorrentes de adultério ... O pedido de indenização por danos morais é im procedente em relação ao corréu - *O terceiro estranho à relação conjugal não pode ser responsabilizado pela violação da ré aos deveres de lealdade e fidelidade - Ausência de prática de ato ilícito pelo corréu...*” (TJSP, Apelação nº 0002072-05.2004.8.26.0168, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elcio Trujillo, DJ 09/05/2017).

“Ação indenizatória. Responsabilidade civil ... *Ilegitimidade do cúmplice do adultério - Adultério que, por si só, não gera dano moral - Ausência de circunstâncias extraordinárias - Sentença mantida. Recurso desprovido*” (TJSP, Apelação nº 0007626-45.2013.8.26.0348, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fortes Barbosa, DJ 05/02/2015).

Nota-se aqui mais uma circunstância que distancia o casamento de mero contrato. É que, se assim o fosse, não haveria justificativa plausível para afastar a responsabilidade do terceiro que, sabendo da existência do matrimônio, induziu a parte ao descumprimento. Mas não é isso o que se vê na prática.

É bem verdade que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgado inédito, condenou o amante de uma mulher a pagar indenização por danos morais ao marido traído. No entanto, a situação era bastante peculiar, na medida em que o amante era também o melhor amigo do marido, encontrando-se preenchidos os requisitos da responsabilidade civil aquiliana. Confira-se abaixo a ementa desse julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. DANO MORAL.

1) A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal.

2) O direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação

pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República).

3) A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido.

4) A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc - art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1573, Código Civil).

5) Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00.

(TJ-RJ - APL: 01209673320048190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 26 VARA CÍVEL, Relator: WERSON FRANCO PEREIRA REGO, Data de Julgamento: 18/09/2007, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/02/2008)

Vale ressaltar que não se analisou no aludido precedente se os deveres do casamento se aplicariam a terceiros, mas sim a própria quebra de expectativa gerada pela relação de amizade entre o amante e o marido traído. Tanto isso é verdade que o amante foi condenado a pagar indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), enquanto a mulher que descumpriu os deveres do casamento foi obrigada a pagar apenas R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Se o fato gerador da responsabilidade civil fosse o mesmo (simples quebra dos deveres do casamento), a indenização paga pelo terceiro cúmplice nunca poderia ser superior ao do próprio descumpridor da obrigação. Nesse sentido, Camila Rezende Martins, em sua dissertação de mestrado sobre a doutrina do terceiro cúmplice, defende que “a indenização não é devida exclusivamente pelo terceiro. Isso porque, eventual dano sofrido pelo credor, também terá sido causado pelo devedor que inadimpliu o contrato inicialmente existente, para celebrar um

novo contrato com o terceiro. Desse modo, ambos respondem solidariamente pelos danos causados”⁴³.

Trazendo à lume novamente as palavras de Paula Greco Bandeira, destaca-se que a responsabilidade do terceiro não pode ser mais gravosa que a do próprio devedor, pois isso, sem sua concepção, “*representaria verdadeiro contra-senso*”⁴⁴.

Sendo assim, percebe-se claramente o entendimento da jurisprudência no sentido de que os deveres do casamento não vinculam terceiros, afastando-se por completo a aplicação da teoria do terceiro cúmplice que, embora reconhecida pelo direito brasileiro, ainda não vingou no âmbito do direito de família.

5. CONCLUSÃO

Conquanto não haja mais controvérsia a respeito da possibilidade de ações indenizatórias entre os cônjuges, ainda há muito debate na doutrina e na jurisprudência brasileiras sobre o assunto, especialmente no que diz respeito às eventuais hipóteses indenizáveis, a justificar a relativização da proteção à família assegurada pela Constituição Federal em favor dos princípios da dignidade da pessoa humana e da felicidade individual.

Num sistema jurídico em que o simples e corriqueiro atraso na decolagem de voos é considerado como causa para indenização por danos morais, como é o caso do Brasil, os descumprimentos dos deveres do casamento (ao qual as partes livremente aderiram) parecem perder importância. Fato é que a jurisprudência sobre o tema, em vez de fundamentar a inexistência de indenização na proteção à família ou mesmo reconhecendo a natureza jurídica *sui generis* do casamento, prefere

⁴³ MARTINS, Camila Rezende. *O princípio da relatividade dos contratos*: a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. Dissertação de Mestrado (USP), São Paulo, 2011, p. 159.

⁴⁴ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30, abril/junho 2007, p. 110; itálico no original.

seguir a linha de que o mero descumprimento dos deveres conjugais não gera, por si só, dano indenizável.

De qualquer sorte, a análise detida do posicionamento dos Tribunais brasileiros sobre o tema, ao demandar bastante rigor para a concessão de indenizações e também ao rejeitar a aplicação da teoria do terceiro cúmplice, certamente contribui para que o processo judicial não seja visto como um simples instrumento de vingança dos cônjuges, o que apenas traria maior belicosidade nas relações familiares e, inclusive, poderia levar à gradativa extinção do casamento.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil no Direito de Família. Doutrina do STJ – *Edição Comemorativa – 15 anos*, 2004.
- ALVES, José Carlos Moreira. A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico, *Revista da Faculdade de Direito USP*, v.90. 1995.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges. *Revista dos Tribunais*, vol. 802, 2002.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. Dano Moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 53, jan – mar de 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 30, abril/junho 2007.

- BEVILACQUA, Clovis. *Direito de Família*, Rio, Freitas Bastos, 1896.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAMUS, Emilio Fernández. *Curso de Derecho Romano – Personas y Derecho de Familia*. Havana, Universidad de la Habana, 3. ed., vol. II. 1946.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CIFUENTES, Rafael Llano. *Curso de Direito Canônico*. São Paulo, Saraiva, 1971.
- CUPIS, Adriano de. *I Diritti Della Personalità*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- HELENA, Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil brasileiro*, vol. 7. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil – Vol. 4*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Paulo Henrique de Arruda. Da natureza Jurídica do Casamento. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, vol. 2, ago/2011.
- MARTINS, Camila Rezende. *O princípio da relatividade dos contratos: a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- MEDINA, Graciela. *Daño em el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2002.
- MELIÁ, Vicente Montserrat. *Derecho Matrimonial Canónico*. Barcelona: Litúrg. Española, 1961.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito*

- de Família*. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed., tomo 22. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1958.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, volume 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NUNES FILHO, José Tenório. Responsabilidade civil e dano moral: uma abordagem sobre o dever de fidelidade no casamento. *Revista de Direito Privado*, vol. 94, out.2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Direito de Família, vol. V. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RODRIGUES JUNIOR, 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*, vol. 821, 2004.
- SALAS, Ernesto. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1947.
- SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almeida, 2003.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.