



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**Responsabilidade civil por violação do dever conjugal de fidelidade – Estudo do problema à luz do direito português e do direito brasileiro**

**BIANCA ESTEVES LEMOS**

Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas em Direito Civil (2 Ciclo)

**LISBOA**

2024

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**Responsabilidade civil por violação do dever conjugal de fidelidade – Estudo do problema à luz do direito português e do direito brasileiro**

Bianca Esteves Lemos

Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Lisboa como requisito parcial para a conclusão do Curso de Mestrado – Ciências Jurídicas – Civis 2019/2020.  
Orientador: Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro

Lisboa

2024

“A Rita levou meu sorriso  
No sorriso dela  
Meu assunto  
Levou junto com ela  
E o que me é de direito  
Arrancou-me do peito  
E tem mais  
Levou seu retrato  
Seu trapo  
Seu prato  
Que papel!  
Uma imagem de São Francisco  
E um bom disco de Noel  
**A Rita matou nosso amor**  
**De vingança**  
**Nem herança deixou**  
**Não levou um tostão**  
**Porque não tinha não**  
**Mas causou perdas e danos**  
**Levou os meus planos**  
**Meus pobres enganos**  
**Os meus vinte anos**  
**O meu coração**  
**E além de tudo**  
**Me deixou mudo**  
**Um violão”**

**A Rita – Chico Buarque**

## RESUMO

O presente trabalho de mestrado tem como foco a análise da responsabilidade civil decorrente da violação do dever conjugal de fidelidade, abordando o tema sob a perspectiva do direito português e brasileiro. A infidelidade conjugal, embora de natureza íntima, pode gerar repercussões jurídicas relevantes, especialmente no que diz respeito aos danos causados ao cônjuge traído. O estudo busca compreender as bases jurídicas que sustentam a responsabilidade civil nesse contexto, examinando a evolução histórica e as nuances legislativas e jurisprudenciais pertinentes nos sistemas legais de Portugal e do Brasil. A pesquisa se propõe a identificar as semelhanças e diferenças nas abordagens adotadas por ambos os ordenamentos, destacando as peculiaridades culturais e sociais que podem influenciar a compreensão e aplicação do direito no âmbito da infidelidade conjugal. Além disso, serão analisadas as possíveis soluções jurídicas oferecidas pelos tribunais diante de casos envolvendo violação do dever de fidelidade, visando contribuir para o aprimoramento da compreensão e aplicação do direito civil no contexto matrimonial.

**Palavras-chave:** família; responsabilidade civil; deveres conjugais; infidelidade; direito civil.

## **ABSTRACT**

This master's thesis focuses on the analysis of civil liability arising from the violation of the conjugal duty of fidelity, addressing the issue from the perspective of Portuguese and Brazilian law. Infidelity, although of an intimate nature, can have significant legal repercussions, especially regarding the damages caused to the betrayed spouse. The study aims to understand the legal foundations that support civil liability in this context, examining the historical evolution and the legislative and jurisprudential nuances relevant to the legal systems of Portugal and Brazil. The research aims to identify similarities and differences in the approaches adopted by both legal frameworks, highlighting the cultural and social peculiarities that may influence the understanding and application of law in the context of conjugal infidelity. Additionally, the study will analyze possible legal solutions offered by the courts in cases involving a breach of the duty of fidelity, aiming to contribute to the improvement of the understanding and application of civil law in the marital context.

Keywords: family; civil responsibility; marital duties; infidelity; civil rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A., AA.	autor, autores
AAF DL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AA.VV.	autores vários
art., arts.	artigo, artigos
bibl.	bibliografia
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
cap.	capítulo
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
cit., cits.	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CCB	Código Civil Brasileiro
CCP	Código Civil Português
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed., eds.	edição, edições; editora, editoras
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
MP	Ministério Público
n.	nota
n.º, n.ºs	número, números
n. m., ns. ms.	número marginal, números marginais
n. p.	não publicada(o)
N.T.	nota do tradutor
org.	organizador, organização
p., pp.	página, páginas
parág.	parágrafo
Port.	Português
reimp.	reimpressão
rev.	revisão, revista
RFDUL	<i>Revista da FDUL</i>
s., ss.	seguinte, seguintes
s. d.	sem data
séc.	século

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	<b>13</b>
2.1	BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA MATRIMONIAL .....	13
2.2	PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA QUE NORTEIAM A CONJUGALIDADE .....	19
2.2.1	<b>Princípio da liberdade e da não-intervenção</b> .....	20
2.2.2	<b>Princípio da Igualdade entre os cônjuges</b> .....	21
2.2.3	<b>Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana</b> .....	22
2.2.4	<b>Princípio da Solidariedade Familiar</b> .....	23
2.2.5	<b>Princípio da pluralidade das entidades familiares</b> .....	24
2.2.6	<b>Princípio da Afetividade</b> .....	25
2.3	O PRINCÍPIO DA MONOGAMIA .....	28
<b>3</b>	<b>DOS DEVERES CONJUGAIS</b> .....	<b>30</b>
3.1	O CASAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL .....	30
3.2	OS DEVERES CONJUGAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS .....	34
3.3	DEVER DE FIDELIDADE.....	44
3.4	BREVE ANÁLISE DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO .....	47
<b>4</b>	<b>ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>52</b>
4.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	53
4.2	OS PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ..	54
4.2.1	<b>Dano</b> .....	58
4.2.1.1	<i>Dano material</i> .....	61
4.2.1.2	<i>Dano Moral</i> .....	65
4.2.2	<b>Nexo de causalidade</b> .....	69
4.3	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	72
4.3.1	<b>Responsabilidade civil subjetiva</b> .....	72
4.3.2	<b>Responsabilidade civil objetiva</b> .....	74
<b>5</b>	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES</b> .....	<b>76</b>
5.1	DA APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA .....	76

5.2	A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS .....	79
5.3	A RESPONSABILIDADE CIVIL NA QUESTÃO PARENTAL.....	83
5.4	RESPONSABILIDADE PELA QUEBRA DA PROMESSA DE CASAMENTO ...	86
5.5	A ILICITUDE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	90
5.6	ÔNUS DA PROVA.....	94
5.7	DA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO .....	96
<b>6</b>	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE .....</b>	<b>100</b>
6.1	A INFIDELIDADE COMO ATO ILÍCITO: PREENCHIMENTO OBRIGATÓRIO DOS REQUISITOS PARA ENSEJO DE REPARAÇÃO .....	100
6.2	BUSCA PELA REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL.....	106
6.3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO.....	115
6.4	INFIDELIDADE VIRTUAL .....	119
6.5	DA POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DE INDENIZAÇÃO OU AFASTAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE NOS PACTOS ANTENUPCIAIS.....	122
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>127</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>132</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito das famílias regula as relações existentes entre os diversos membros da família e as suas influências sobre as pessoas e bens<sup>1</sup>, sendo possível afirmar que se trata do ramo mais dinâmico dos estudos jurídicos. Isso porque ele regula relações subjetivas, que devem ser analisadas casuisticamente e conforme a vontade dos indivíduos envolvidos. Para regular relações familiares, é necessária uma “legislação céptica”<sup>2</sup>, pois um texto legal jamais apreenderá o fenômeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade<sup>3</sup>. Não existe dogma capaz de totalizar o conceito de família diante das mudanças culturais.

Essa área do Direito toca em questão sensível e particular ao ser humano: regula os vínculos afetivos que se constituem e se rompem em vida e as consequências de seu fim em razão da morte<sup>4</sup>. Por essa razão, toda análise e estudo realizados neste campo de conhecimento devem ser feitos com grande cautela. Mas não é só; para muitos autores, no Direito de Família, não devemos levar em consideração somente as fontes clássicas do Direito, como a lei e a jurisprudência<sup>5</sup>, mas também as fontes de natureza interna, ou seja, os padrões adotados por cada família<sup>6</sup>, o que explica o emprego de conceitos indeterminados e fórmulas flexíveis, pois cada família é um microcosmo<sup>7</sup>.

A família é a primeira célula de organização social e por essa razão sempre recebeu especial tutela do Estado, que por muito tempo só reconheceu um único modelo de família: entre homem e mulher, fundado no matrimônio. A tutela jurídica não se destinava à pessoa, mas sim à família enquanto instituição constituída pelo casamento e pelas relações biológicas, como unidade de produção e reprodução dos valores culturais, religiosos e econômicos<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> WALD, Arnold. *Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 3.

<sup>2</sup> CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. Paris: Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 175.

<sup>3</sup> GAUDEMET-TALLON Hélène. De quelques paradoxes en matière de droit de la famille. *RTD civ.*, [s. l.], 1981, p. 731.

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a, p. 7.

<sup>5</sup> “Destaca-se assim nele a importância primordial do elemento social e ético, dependendo pois de uma realidade oriunda de contingências históricas. Abrange o direito de família, além de normas essencialmente jurídicas, diretrizes morais que só revestem o aspecto jurídico e passam a ser munidas de sanção quando frontalmente violadas” (WALD, 1981, p. 4).

<sup>6</sup> VIEIRA, José Manuel Bracinha. *Alguns aspectos da evolução do Moderno Direito Familiar*. Lisboa: Direcção Geral da Assistência; Gabinete de Estudos Sociais, 1969, p.1.

<sup>7</sup> CARBONNIER, Jean. Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille. In: PERELMAN, C.; VANDER ELST, R. *Les notions à contenu variable em droit*. Bruxelles: Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1984, p. 109.

<sup>8</sup> PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86.

Antes da reforma do Código Civil Português de 1977<sup>9</sup>, ano em que se publicou também a legislação que regulava o divórcio no Brasil, a paz da família era tida como primordial, e a entidade da família era priorizada em detrimento da individualidade de seus integrantes<sup>10</sup>. Havia, então, o entendimento de uma imunidade matrimonial que fechava as portas para eventuais litígios envolvendo os membros familiares.

Porém, com os avanços sociais e mudanças de comportamento, as prioridades também mudaram, assim como as definições dadas ao instituto jurídico “família”. A família, como construção cultural, consiste em grupo em que cada pessoa desempenha uma função, sem necessariamente haver vínculo biológico entre eles. Giselda Hironaka, renomada doutrinadora do direito brasileiro, afirma que não importa a qual grupamento familiar um indivíduo pertence, o que importa é pertencer a seu âmbito, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e realizar seu projeto de felicidade<sup>11</sup>.

Com as mudanças culturais, a família passou a ser constituída pelos laços do afeto<sup>12</sup>, tirando dela o cunho essencialmente econômico e biológico, antes priorizado. As liberdades individuais e a autonomia do indivíduo passaram a ser priorizadas, permitindo ao casal, por

---

<sup>9</sup> Alteração legislativa que marcou a transição do modelo casamento/família como instituição para um reconhecimento dos indivíduos que dele fazem parte e promulgou o texto do art. 1671.º, n.º 2: “A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro”. Reconheceu-se, portanto, o dever de respeito não só em relação a instituição da família/casamento como também em relação aos indivíduos que constituem a referida instituição. (OLIVEIRA, Guilherme de. Responsabilidade Civil por violação dos deveres conjugais. *Lex Familiae*, Ano 16, n.º 31-32 (2019). Disponível em: <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2024).

<sup>10</sup> “Para resumir a ideia da garantia da paz da família, basta afirmar que se pretendia evitar que os tribunais (o Estado) interviessem facilmente em assuntos do casamento; e basta lembrar como era difícil a dissolução do casamento por divórcio. Para exemplificar a ideia da defesa da honorabilidade do homem, pode lembrar-se como o presumido pai tinha de se sujeitar a regras muito restritivas para a impugnação da sua paternidade. Ou seja, o casamento/família—instituição chegava a sacrificar o chefe da família, apesar do estatuto privilegiado que lhe reservava, quando era necessário dar prioridade ao que se considerava ser o “bem da família”; em suma, a força do casamento/ família—instituição primava sobre os interesses individuais dos cônjuges.” (OLIVEIRA, 2019).

<sup>11</sup> HIRONAKA, Giselda. Família e Casamento em Evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n.1, p.7, abr-jun. 1999, p. 8.

<sup>12</sup> “O grande desafio dos dias de hoje é descobrir o toque diferenciador das estruturas interpessoais que permita inseri-las em um conceito mais amplo de família. Esse ponto de identificação é o afeto. Envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b, p. 10).

exemplo, a opção por ter ou não filhos e de decidir qual será o regime de bens que regulará sua relação.

Entretanto, no caso do casamento, que consiste formalmente em um contrato, não se pode ignorar as regras que o ditam, sendo elas previstas em lei. Nesse caso, há de se destacar especialmente a existência de deveres conjugais básicos e impositivos, que são a espinha dorsal do instituto do casamento e estão elencados no artigo 1.672 do Código Civil Português: respeito, coabitação, cooperação, assistência e fidelidade<sup>13</sup>. A violação desses deveres conjugais permite a obtenção imediata do divórcio por um dos nubentes, além, a depender do caso, da aplicação do instituto da responsabilidade civil, tema que será desenvolvido no presente trabalho.

Diante desse cenário, será analisada a possibilidade de incidência da responsabilidade civil nos casos de quebra do dever conjugal da fidelidade, sob a ótica do Direito Português e do Direito Brasileiro. Buscando cumprir o que se propõe, este trabalho adotou uma metodologia baseada na pesquisa teórica, bem como na análise qualitativa do direito familiar. Ou seja, para explorar o tema da responsabilidade civil por violação da fidelidade, pretendeu-se realizar uma avaliação dos valores e conceitos em jogo, optando pela adoção de uma posição própria nas considerações finais. Para tal, fez-se necessário avaliar, de forma qualitativa, os variados elementos teóricos – como ‘responsabilidade civil’, ‘dever conjugal’, ‘fidelidade’.

De modo a estabelecer sólido arcabouço teórico para o debate do tema em questão, foram analisadas principalmente três fontes, quais sejam, a legislação, a doutrina e a jurisprudência em torno dos principais conceitos e debates em torno do tema. Por exemplo, para analisar-se os princípios norteadores da conjugalidade, tema carregado de divergências doutrinárias, fez-se necessária a análise de diferentes autores e vertentes, de modo a entender-se quais opiniões possuem impacto acadêmico e determinar qual o entendimento defendido no presente trabalho. A legislação, por sua vez, é apoio essencial para a discussão sobre os deveres conjugais, definidos em lei tanto no Brasil quanto em Portugal, o que ilumina a discussão, bem como traz efeitos práticos nas relações conjugais nestes países.

Esta pesquisa não pretende realizar análises empíricas ou qualitativas, modalidades que comumente se baseiam na análise jurisprudencial. Entretanto, o objeto da presente

---

<sup>13</sup>“Estas situações jurídicas integram o núcleo intangível da comunhão conjugal, exprimindo, no seu conjunto, um entendimento legal da obrigação de comunhão tendencialmente plena de vida a que se vinculam as partes que contraem matrimónio. Deste modo, é clara a inderrogabilidade dos deveres conjugais, que, se já decorreria do art. 1618, é reforçada expressamente pelo disposto no art. 1699, nº 1 al. B)” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6. ed. [Portugal]: AAFDL, 2019, p. 358).

investigação, apesar de marcado por forte caráter teórico e conceitual, pode ser considerado matéria viva. Isto é, o entendimento dos tribunais sobre os elementos que compõem a possibilidade de responsabilização do violador de dever conjugal é matéria viva, estando em constante alteração nos julgados. Dessa maneira, apesar de não pretender esgotar a análise de jurisprudência, buscou-se o apoio de decisões judiciais relevantes, ou seja, que tratam de temas relevantes e/ou foram proferidas por tribunais de notória influência. Tais decisões foram trazidas à tona para reforçar o caráter interpretativo de diversas discussões concernentes ao tema, bem como para ilustrar os efeitos práticos que tais divergências teóricas causam.

O trabalho está estruturado em seis capítulos, sendo este o primeiro capítulo, introdutório, seguido por cinco capítulos de desenvolvimento e um capítulo final, conclusivo.

No Capítulo I do desenvolvimento faz-se um breve histórico do conceito de família constituída pelo matrimônio e da conjugalidade de uma forma geral, deixando claros os avanços e mudanças de pensamento ocorridas no último século em nossa sociedade. Em seguida, há uma sucinta análise sobre os mais importantes princípios norteadores do direito de família contemporâneo relacionados à conjugalidade, dando principal destaque ao princípio da monogamia. Tal capítulo pretende formar uma base teórica sobre o conceito de família, de modo a entender sobre qual base se formará a discussão sobre a responsabilização civil por atos que afetam diretamente o núcleo familiar.

O Capítulo II do corpo do trabalho passará à análise do conceito de casamento em si e de sua natureza jurídica, além das características e efeitos pessoais do casamento. Em seguida, serão mais bem debatidos os deveres conjugais previstos no Código Civil Português e no Código Civil brasileiro, dando-se especial destaque ao dever da fidelidade. Faz-se necessária a análise dos deveres conjugais para entender em que contexto ocorrerá a violação deles e, em seguida, quando tais violações serão fatos geradores de responsabilização cível.

No terceiro capítulo de desenvolvimento, serão analisados os pressupostos para a aplicação da responsabilidade civil em geral, como a ocorrência de dano, a existência de nexo de causalidade e as espécies de responsabilidade civil possíveis, sob a ótica do ordenamento jurídico português e brasileiro. A delimitação dos conceitos gerais de responsabilidade civil é essencial para que possamos, posteriormente, aplicar o regime de responsabilidade ao tema desta pesquisa. Isso pois, apesar de as relações familiares possuírem características próprias, o Direito das Famílias ainda integra o ramo do Direito Civil.

Em seguida, o capítulo IV do corpo do texto passa à descrição da aplicabilidade da responsabilidade civil no Direito de Família e suas nuances específicas. Após a delimitação da

teoria generalista sobre responsabilidade civil, o capítulo passa, então, à diferenciação necessária ao ramo familiarista, cuja responsabilização tende a atrair desafios peculiares, como a dificuldade de mensuração do dano e fixação de indenizações.

Então, no capítulo seguinte, após o estabelecimento de um amplo esteio doutrinário, passa-se à análise do problema que motiva este trabalho, qual seja, a aplicação da responsabilidade civil em casos de violação do dever conjugal da fidelidade através de uma aplicação técnica dos conceitos abordados anteriormente. Após a supracitada análise, serão tecidas, no último capítulo, as considerações finais sobre o material abordado, concluindo pela possibilidade da responsabilização civil daquele que viola o dever conjugal de fidelidade. Entretanto, como se verificará adiante, tal análise dependerá diretamente do caso concreto e dos requisitos da responsabilidade civil, não existindo resposta automática para questão tão complexa.

## 2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é o centro da organização social desde os princípios de existência de humanidade e o estudo jurídico em torno desse núcleo tão essencial fica a cargo do Direito de família. O Direito de família é um ramo do direito privado, uma subdivisão do direito civil, que contém comandos e princípios do direito Público, em razão da essencialidade de seus preceitos para a organização social.

Portanto, é de extrema relevância que se exponha não só um histórico em relação ao surgimento da família matrimonial, essencial para a compreensão da problemática trazida com o presente trabalho, como também os princípios que norteiam o referido instituto a fim de se embasar o entendimento acerca do dever conjugal de fidelidade e possíveis consequências diante de sua inobservância.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA MATRIMONIAL

A família é a primeira célula de organização social, sendo reconhecida pela Constituição da República Portuguesa como “elemento fundamental da sociedade” (artigo 67, nº1). Na sociedade romana, a família independia da consanguinidade e era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a proteção do *pater familias*. A família era uma instituição simultaneamente econômica, religiosa, política e jurisdicional<sup>14</sup>.

No direito canônico, o matrimônio era visto não só como um contrato, mas também como um sacramento, não havendo, inicialmente, hipótese para o divórcio. A exceção para a possibilidade de realização de divórcio se dava somente quanto aos infiéis, cujo casamento, em razão da infidelidade, não se revestia com o caráter sagrado do casamento católico<sup>15</sup>.

Já na Idade Moderna, em Portugal, e, conseqüentemente, no Brasil, em razão de seu *status* de colônia, com a observação das disposições do Sagrado Concílio Tridentino, as ordenações Filipinas previam, além do casamento religioso, o casamento de marido conhecido,

---

<sup>14</sup>“A família era uma unidade religiosa pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos. O pater familias administrava a justiça dentro dos limites da casa e na primeira fase do direito romano a família era uma unidade política e o Senado constituía-se pela reunião dos chefes de famílias (patres conscripti). O pater era uma pessoa sui juris, independente, chefe dos seus descendentes e estes eram alieni juris, sujeitos à autoridade alheia” (WALD, 1981, p. 8).

<sup>15</sup>WALD, 1981, p. 12.

provado pela *affectio maritalis*<sup>16</sup>, pela fama pública de marido e mulher no decurso do tempo, um conceito que muito se assemelha à União de Facto ou União estável atuais.

Em razão de todo o histórico da família como base social, o conceito mereceu especial destaque na criação das legislações cíveis mais modernas, inicialmente reconhecendo-se um único modelo de família: entre homem e mulher, fundado no do matrimônio. O Estado não priorizava a proteção da dignidade da pessoa humana e, influenciado pelos valores da Igreja, definia a família como instituição constituída única e exclusivamente pelo casamento<sup>17</sup>.

O casamento, desde o princípio, figurava como o centro do Direito de Família na sociedade contemporânea. Sua importância como negócio jurídico formal vai desde as formalidades que antecedem a sua celebração passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio entre os cônjuges e quando do fim da relação<sup>18</sup>. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o casamento possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Nesse sentido, Silvio Rodrigues conceitua o casamento como o contrato essencial do direito de família<sup>19</sup>.

O conceito de casamento, no entanto, não pode ser imutável. Foram drásticas as alterações sofridas na instituição do casamento com o passar dos anos e com as mudanças culturais nas sociedades. Segundo as análises de Silvio Rodrigues, a família abarcada pelo legislador do Código Civil brasileiro de 1916 era a de modelo tradicional, inspirada no privilégio do cônjuge varão, figurando o homem como o chefe da sociedade conjugal<sup>20</sup>.

Pelo ordenamento supracitado, o casamento civil era o principal elemento para se legitimar a existência de uma família. Por conta disto, esse instituto foi extensivamente regulado pelo antigo código, apresentando mais de 68 artigos e prevendo desde a habilitação para o casamento até os deveres de marido e esposa.

Tradicionalmente, tal instituto é definido como um ato solene em que o Estado intervém desde a habilitação, para controle da inexistência de impedimentos, até a celebração por autoridade competente. É caracterizado como contrato, por ser resultante do necessário consentimento dos contraentes. Para que tenha eficácia “*erga omnes*”, efetua-se o registro de

---

<sup>16</sup>Afeição marital ou conjugal. Desejo recíproco dos cônjuges de se tratarem como esposos.

<sup>17</sup>PEREIRA, 2007, p. 86.

<sup>18</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.

<sup>19</sup>RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19.

<sup>20</sup>RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil: parte especial do Direito de Família – do casamento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7-9.

casamento no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, extraindo-se a certidão que constitui prova do ato<sup>2122</sup>.

o casamento é a união de direito, solene, pomposa, com fiscalização prévia do poder público (habilitação de casamento, arts. 1525 e incisos; 1526, parágrafo único do CC) exigindo, como regra, a presença do Estado na sua formação através do juiz de casamentos<sup>23</sup>.

O Código também estipulava a família patriarcal, estruturando-a em torno do patrimônio familiar, tendo finalidade principalmente econômica. As famílias eram consideradas grandes núcleos econômicos, normalmente formadas por casamentos arranjados, nos quais o homem era o responsável financeiro pela família, o *pater familias*, o grande chefe<sup>24</sup>, enquanto a mulher criava os filhos e cuidava da casa.

O professor Luiz Edson Fachin<sup>25</sup>, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Brasileiro, afirma que o Código de 1916 valorizava mais o “ter” do que o “ser”, direcionando suas normas aos grandes proprietários. A legislação, à época, foi idealizada para os indivíduos com patrimônio, proprietários de bens e chefes de família, sempre privilegiando a figura masculina em detrimento da figura feminina.

<sup>21</sup>OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

<sup>22</sup>“Em Portugal, a Concordata de 1940, o Protocolo Adicional à mesma, de 15 de Fevereiro de 1975, e a Concordata de 2004, são um latente motivo de alguma perplexidade por parte dos cidadãos na apreensão da essência do casamento. O Código Civil admite ainda no art. 1587º, como modalidades do casamento, o casamento civil e o casamento católico, acrescentando o art. 1589º a ideia de que se trataria de uma dualidade de casamentos. Tal leitura não será correcta, hoje em dia. O casamento civil é o único casamento a que se refere o art. 36º da Constituição (CRP), como inequivocamente decorre do nº 2 do mesmo preceito, ainda que o nosso ordenamento reconheça eficácia também ao casamento religioso (que não apenas o católico) nos termos da Lei 16/2001, de 22 de Junho. Ou seja, o Estado Português já não se diz uma nação católica e respeita genericamente as religiões radicadas, que não contrariem a ordem pública interna, quanto aos respectivos casamentos, que apenas deverão ser precedidos da obtenção de um certificado prévio da capacidade civil matrimonial e, depois, devidamente sujeitos a uma controladora, no mero plano civil, transcrição no Registo Civil.” (CORTE REAL, Carlos Pamplona. Relance crítico sobre o Direito de Família Português. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *Textos de Direito de Família*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: [https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Textos\\_de\\_Direito\\_da\\_Familia.pdf](https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf). Acesso em: 24 jan. 2024).

<sup>23</sup>CARVALHO. Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 376.

<sup>24</sup>PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da Família*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 127. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/2272>. Acesso em: 24 jan. 2024.

<sup>25</sup>FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 298.

No caso português, o Código Civil de 1967 não formula uma noção de família única, provavelmente pela dificuldade do recorte ideal de uma instituição familiar. A família é entendida como o grupo de pessoas unidas entre si por qualquer uma das relações jurídicas familiares que se extraem do artigo 1576<sup>26</sup>. É permitida a uma pessoa a existência de várias famílias: a família conjugal, a família parental, a família adotiva ou a família por afinidade.

Na ocasião da promulgação do Código Civil Português, o divórcio tinha que ser litigioso e só poderia ser requerido por quem tivesse contraído casamento civil. Esse *status* só mudou após a Revolução dos Cravos, em 1974, quando foram conferidas faculdade de divórcio para quem tivesse celebrado casamento católico e a possibilidade de divórcio com mútuo consentimento, consagrando-se o princípio de igualdade de direitos e deveres dos cônjuges<sup>27</sup>.

No Brasil, na mesma época, ocorreu fenômeno similar, com a Lei nº 6.515 de 1977, que disciplina a ação direta de divórcio, que poderia ser concedido após 5 (cinco) anos de separação de fato do casal. Com a lei, a mulher passou a poder escolher se manterá o nome de casada ou não. Uma década depois, em 1988, foi promulgada a nova Constituição Federal Brasileira, que também trouxe profundas transformações no conceito de família.

Essas alterações legislativas em ambos os países demonstram a indignidade com que algumas camadas da sociedade eram tratadas pelo Direito de Família:

Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio de igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não-reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento<sup>28</sup>.

A partir dessa época, a família passou a sofrer fortes transformações, com o reconhecimento das famílias monoparentais, das uniões estáveis/uniões de facto, e também do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tanto no Brasil quanto em Portugal. Em apertada síntese, o casamento deixou de ser a finalidade e o objetivo central da vida das pessoas. Casar virou questão de opção pessoal, de realização de um desejo baseado na autonomia e na autodeterminação<sup>29</sup>. Por essa razão, muitos casais não mais buscam a oficialização de sua relação perante o Estado, pelas mais diversas razões, o que abre caminho para a criação de novos institutos e formas de constituição de núcleos familiares.

---

<sup>26</sup>PINHEIRO, 2019, p. 13.

<sup>27</sup>*Ibid.*, p. 15.

<sup>28</sup>PEREIRA, 2004, p. 71.

<sup>29</sup>FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 109-110.

Os novos modelos familiares, reconhecidos legalmente, alteraram o conceito de família, que passou a apresentar um caráter mais elástico e complexo<sup>30</sup>. A Constituição Federal Brasileira o fez através do artigo 226, que passou a simbolizar a união pelo amor recíproco, fundada na igualdade e no afeto<sup>31</sup>. A hegemonia do modelo “pai-mãe-marido-mulher-filho-filha” fica para trás, havendo uma multiplicidade de construções familiares possíveis, segundo Gustavo Tepedino<sup>32</sup>:

[...] o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a tutela essencialmente funcionalizada a dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento de personalidade dos filhos.

Nota-se, contudo, pela redação do artigo constitucional, que ele trata de duas realidades distintas e, com base nisso, parte da doutrina fez a seguinte classificação: a família, objeto da proteção do Estado, deve ser entendida como gênero, enquanto as entidades familiares

---

<sup>30</sup>“A família cria-se e recria-se em tantas situações, pelo que parece perfeitamente inconsequível amarrar as suas manifestações coexistenciais a um leque pré-determinado de casos. Parece mais ajustado tecnicamente procurar-se nas situações contempladas no art.º 1576.º a essência comum às mesmas, em ordem a admitir que possam relevar como tais outras que pisem os mesmos parâmetros, em termos analógicos” (CORTE REAL, 2016).

<sup>31</sup>Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

<sup>32</sup>TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999, p. 349.

seriam classificadas como espécies, que podem ser famílias formadas pelo casamento, pela união estável ou monoparentais<sup>33</sup>:

Também salientei que a Carta Maior prevê, de modo expresse, em seu art. 226, que o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) são espécies de “entidades familiares”, não se podendo afirmar que o conjunto de suas normas permita excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas nos mesmos suportes fáticos: (i) autodeterminação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável com o fim de se alcançarem objetivos comuns<sup>34</sup>.

Atualmente a maior parte da doutrina entende *família* por conceito mais amplo. Para Paulo Nader, família é "uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum"<sup>35</sup>.

Ou seja, *família* passou a apresentar um conceito mais aberto, com maior variedade. Dentre esses conceitos, destaca-se a definição dada pelo Professor Rodrigo da Cunha Pereira<sup>36</sup>: “A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”. Já Maria Berenice Dias apresenta uma definição de família que exalta o papel do princípio do afeto na sua constituição:

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função- lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filios-, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito<sup>37</sup>.

<sup>33</sup>MARX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do companheiro. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. (Coords.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 320.

<sup>34</sup>Voto vista do Ministro Dias Toffoli em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 878.694/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 10 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 24 jan. 2024; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 646.721/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 10 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 24 jan. 2024.

<sup>35</sup>NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5 - Direito de Família. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

<sup>36</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-227.

<sup>37</sup>DIAS, 2011b, p. 27.

A autora ainda define:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. [...] A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural<sup>38</sup>.

No mesmo sentido, de valorização da liberdade familiar, é importante destacar a doutrina de Guilherme de Oliveira, que atribui à família “a função de propiciar o desenvolvimento emocional e afetivo de seus membros”<sup>39</sup>. Ou seja, seus membros procuram, no seio familiar, alcançar suas aspirações livres e autônomas, de modo que poderiam participar ou não de tal núcleo ao seu bel prazer.

A doutrina de Paulo Lobo vai além e afirma que a família possui duas estruturas: os vínculos – de sangue, de direito e de afetividade – e, a partir deles, se compõem os grupos – conjugal, parental ou secundários (de outros parentes e afins)<sup>40</sup>.

Como se nota a partir das definições expostas, *família*, então, passa a ter um novo significado, representando a união de pessoas ligadas pelo amor e pelo afeto, o que lhe possibilita possuir diversas e complexas formas, independentemente de sexo ou conceitos biológicos ou científicos, sendo permeada por diversos princípios jurídicos que enfatizam sua pluralidade de conceituação.

## 2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA QUE NORTEIAM A CONJUGALIDADE

Hoje, o Direito de Família mais moderno é baseado nos princípios de proteção à família e seus membros, comuns ao ordenamento jurídico brasileiro e português. Alguns deles estão previstos na Constituição de ambos ou de um dos países, ou em leis federais, enquanto outros foram criações da doutrina. De todo modo, todos eles são de suma importância para o entendimento mais contemporâneo dos núcleos familiares.

---

<sup>38</sup>DIAS, 2011b., p. 27.

<sup>39</sup>OLIVEIRA, Guilherme de. *Estudos de direito da família II: Passear os dogmas*. Coimbra: Almedina, 2022, p. 43.

<sup>40</sup>LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

### 2.2.1 Princípio da liberdade e da não-intervenção

Esse princípio vem acompanhado do princípio da autonomia privada, conceituado por Daniel Sarmiento como o poder que a pessoa tem de auto regulamentar os próprios interesses<sup>41</sup>. Faz parte de nossa autonomia enquanto seres humanos possuir o direito de escolha sobre com quem se casar, com quem namorar, com quem constituir união estável e como viver nossas relações. O princípio da autonomia no Direito de Família está ligado a uma menor interferência do Estado nas relações privadas familiares e no respeito à liberdade de decisão do indivíduo<sup>42</sup>.

Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira afirma que as normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, visto que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesses coletivos que permeiem o debate. Os interesses da família não devem sofrer intervenção direta do Estado, que deveria somente tutelá-los<sup>43</sup>.

O princípio da liberdade é sintetizado, no âmbito do direito de família, no artigo 1.513 do Código Civil, que garante ao indivíduo a proteção de sua vida familiar em face do Estado ou de outras pessoas. O instituto refere-se, principalmente, à liberdade das formas de constituição da família, das quais decorre o princípio do afeto. As pessoas são livres para se relacionarem umas com as outras, de forma que não há nenhuma obrigatoriedade na manutenção de relações, desde que respeitados os limites da liberdade do outro envolvido. É facultada às partes a escolha quanto ao planejamento familiar, o regime matrimonial e sua continuação nas relações matrimoniais ingressadas, podendo as partes se casarem ou constituírem uniões estáveis quantas vezes acharem necessário. Deve valer a seguinte máxima: enquanto há afeto, há família.

Portanto, não cabe ao Estado regular as relações privadas familiares, visto que a sua constituição é prerrogativa dos indivíduos envolvidos naquele contexto.

---

<sup>41</sup> “[e]sse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188).

<sup>42</sup> PEREIRA, 2004, p. 109.

<sup>43</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3-4.

## 2.2.2 Princípio da Igualdade entre os cônjuges

Segundo o que leciona Rodrigo da Cunha Pereira, a igualdade e o respeito às diferenças constituem princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, não havendo, portanto, justiça<sup>44</sup>. Para o autor, o discurso da igualdade encontra-se vinculado à cidadania, que também pressupõe o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social<sup>45</sup>.

As paridades mais importantes e destacáveis estabelecidas contemporaneamente foram entre filhos, entre homens e mulheres e entre cônjuges. A igualdade entre os cônjuges encontra-se positivada no artigo 226, parágrafos 5º e 7º da CRFB, nos artigos 1.531, 1.534 e 1.566 do Código Civil Brasileiro e no artigo 1.671, nº1 do Código Civil Português.

Apesar de o artigo 1671 determinar estarem os cônjuges reciprocamente vinculados pelos deveres de fidelidade, coabitação e assistência, a verdade é que o conteúdo e a intensidade desses deveres não eram idênticos para ambos. A violação do dever de fidelidade pela mulher era tida como mais grave, como resulta da solução prevista para a hipótese de homicídio de cônjuge em flagrante adultério. O dever de coabitação obrigava a mulher a adoptar a residência do marido. O dever de assistência implicava que a mulher coubesse o governo da casa. E o reconhecimento ao outro cônjuge do poder de decisão “em todos os actos da vida conjugal de interesse comum” levava a pensar que a determinação dos deveres conjugais ficava, no restante, ao dispor do marido<sup>46</sup>.

Como já brevemente elucidado, atualmente o casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges<sup>47</sup>, afastando o antigo conceito existente de “chefe de família” que implicava uma superioridade da figura do marido em detrimento da esposa. É importante destacar, contudo, que a proteção estabelecida pelo princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges não está vinculada a uma noção de gênero em si, de modo

---

<sup>44</sup>PEREIRA, 2004, p. 100.

<sup>45</sup>*Ibid.*, p. 100.

<sup>46</sup>PINHEIRO, Jorge Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal - os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>47</sup>“A igualdade dos cônjuges, proibindo a discriminação em razão do sexo, é uma trave mestra do casamento ocidental moderno. A necessidade de reafirmar o princípio permanece hoje num contexto de pluralismo religioso, em que, por vezes, se sente a tentação de tolerar, senão legitimar, as convicções e práticas fundamentalistas, cristãs ou islâmicas, que assentam na subordinação da mulher ao marido” (PINHEIRO, 2019, p. 354).

que o princípio pode ser invocado também pelo marido perante a mulher ou por uma pessoa casada com outra do mesmo sexo<sup>48</sup>.

A interpretação do princípio em voga não somente implica em igual atribuição dos cônjuges ao direcionamento conjunto da família, como também estabelece que os cônjuges sejam reciprocamente vinculados a situações jurídicas em igual proporção, sem distinção em função do gênero.

### 2.2.3 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

Exposto na Constituição brasileira, em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios, conforme denota Rodrigo da Cunha Pereira. É diante do caráter inafastável desse princípio que se torna possível falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado<sup>49</sup>. Afinal, a dignidade humana se trata de um macro princípio a partir do qual irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, solidariedade e uma coleção de princípios éticos<sup>50</sup>.

Com o passar do tempo, houve, no âmbito do conceito de família, a redução da importância do patrimônio, com a consequente valorização da pessoa humana. Nessa toada, as famílias passaram a ser instituições ligadas essencialmente pelo amor e pelo afeto, sendo conferido protagonismo às relações pessoais. Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana ao *status* de fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade<sup>51</sup>.

Nesses ordenamentos jurídicos pautados no respeito aos direitos humanos e fundamentais, a exclusão de algumas formas familiares da sociedade é um desrespeito à dignidade da pessoa humana e aos valores socialmente adotados. Para o Direito de Família, o princípio da dignidade humana representa o respeito a todos os vínculos afetivos entre humanos capazes e a todas as diferenças, de forma que é vedado dar tratamento diferenciado aos vários tipos de constituição familiar<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup>PINHEIRO, 2019, p. 354.

<sup>49</sup>FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>50</sup>PEREIRA, 2004, p. 71.

<sup>51</sup>DIAS, 2011b.

<sup>52</sup>PEREIRA, 2004, p. 72.

O princípio da dignidade humana é o vínculo constitucional do princípio da afetividade com o Direito de Família. Para muitos autores, graças a esse valor, a família passou a apresentar a afetividade como vínculo principal, despatrimonializando as relações familiares. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira, ao anunciar o *V Congresso Brasileiro de Família*, realizado em outubro de 2005, enfatizou a importância do princípio para o Direito de Família:

Dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o ‘filósofo da dignidade’, certamente não imaginava que as suas idéias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano.

Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana e como seu cerne a dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desses princípios, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se for vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade. Se não por outras razões, essa soa suficientemente forte para justificar o tema central do V Congresso: Família e Dignidade Humana<sup>53</sup>.

#### **2.2.4 Princípio da Solidariedade Familiar**

A solidariedade familiar também possui estatura constitucional que se liga diretamente à afetividade e à prestação de assistência aos que mais necessitam. É com base nesse princípio que é reconhecido o direito ou dever relacionado a alimentos.

O conceito de solidariedade, segundo o dicionário de Oxford, é o compromisso pelo qual as pessoas obrigam-se umas às outras e cada uma delas a todas. Criam-se, portanto, um vínculo moral entre as pessoas e laços de fraternidade. A solidariedade perpassa os limites do individualismo, uma vez que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social tornam-se

---

<sup>53</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Boletim do IBDFAM*, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005, p. 10.

valores principais do ordenamento jurídico, tanto quando se analisa o cenário brasileiro quanto no português<sup>54</sup>.

Portanto, considerando que é a solidariedade, vinculada ao afeto, que estabelece os vínculos familiares, há um grande interesse do próprio Estado em assegurar tal princípio em âmbito constitucional, pois se a família tiver condições e for obrigada a prestar auxílio aos seus pares, o Estado ficará desincumbido de fazê-lo.

### 2.2.5 Princípio da pluralidade das entidades familiares

O Direito de Família está em constante adaptação aos novos modelos familiares, buscando adequar-se legalmente às novas situações trazidas pela realidade social, em contínua transformação. Antes da Constituição de 1988, como já explicitado, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. A partir de uma nova ordem constitucional e com a positivação da dignidade da pessoa humana, o direito tornou-se mais humano, colocando o sujeito no centro das discussões.

Gustavo Tepedino exalta o princípio da dignidade da pessoa humana no reconhecimento de uma pluralidade de formações familiares<sup>55</sup>:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado, a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.

A própria Constituição Federal, que supostamente traria, em seu artigo 226, um conceito fechado de família, afirma a pluralidade de concepções familiares com base em seu preâmbulo, segundo o qual deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais,

---

<sup>54</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>55</sup>TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 328-329.

bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade<sup>56</sup>.

Nesse sentido, com o passar do tempo, outras formas de família ganharam seu espaço, merecendo a mesma tutela por parte do Estado e a mesma valorização por parte da sociedade. Por consequência, atualmente é entendimento da doutrina que a família não possui mais um conceito fechado, podendo constituir qualquer configuração baseada no afeto, como afirma Rodrigo da Cunha Pereira<sup>57</sup>:

tornou-se imperioso o tratamento tutelar a todo grupamento que, pelo elo do afeto, apresente-se como família, já que ela não é um fato da natureza, mas da cultura [...]. Por tratamento tutelar entenda-se o reconhecimento pelo Estado de que tais grupamentos não são ilegítimos e, portanto, não estarão excluídos do laço social.

## 2.2.6 Princípio da Afetividade

*Afeto* quer dizer interação ou ligação entre pessoas, e pode ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; enquanto o negativo é o ódio, de modo que ambas as cargas estão presentes nas relações familiares<sup>58</sup>.

O princípio da afetividade aparece implicitamente no art. 226 da Constituição Federal Brasileira e, com o tempo, tornou-se um dos princípios norteadores do Direito de Família. Esse princípio foi a base argumentativa para o reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, além de ter sido aquele que permitiu o reconhecimento da existência de entidades familiares sem o laço matrimonial. Nesse sentido, como preceitua Paulo Lobo<sup>59</sup>:

A família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

---

<sup>56</sup>PEREIRA, 2004, p. 119.

<sup>57</sup>*Ibid.*, p. 119.

<sup>58</sup>TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, v. 16, n. 378, p. 28–29, out. 2012.

<sup>59</sup>LÔBO, 2008, p. 42.

O reconhecimento da centralidade do afeto na constituição da família implica que não é mais cabível analisar uma família com base em relações patrimoniais. O divórcio foi facilitado no Brasil com a Lei nº 6.515 de 1977 e hoje há a proteção aos mais diversos núcleos familiares de forma que, para o reconhecimento da constituição de uma família, o principal fundamento passou a ser a existência de afeto. Sobre esse aspecto, ensina Tânia da Silva Pereira ao versar sobre a paternidade social, em contrapartida à ênfase atribuída a uma visão estritamente biológica da paternidade<sup>60</sup>:

Há que se abandonar esta maior ênfase atribuída ao biologismo da paternidade, tão comum nos países latinos, e considerá-la no âmbito da proteção e carinho dedicados a alguém que, por opção, escolheu como filho. Há que se considerar, sobretudo, a 'paternidade social', nitidamente configurada na relação familiar decorrente da inseminação artificial e da adoção.

Corroborando a importância e a centralidade do afeto nas relações familiares, Maria Berenice Dias<sup>61</sup> apresenta uma definição de família em seu Manual do Direito de Família, na qual exalta a importância do princípio do afeto como fundador da família:

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.

Nessa mesma direção, destaca-se como a Constituição Federal Brasileira de 1988 consolidou um novo paradigma de família: o seu reconhecimento através da existência do afeto. Nesse sentido, aduz Maria Berenice Dias<sup>62</sup>:

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derrogada toda a legislação que hierarquizava homens e

---

<sup>60</sup>PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade*. São Paulo: Forense, 2003, p. 42.

<sup>61</sup>DIAS, 2011b, p. 27.

<sup>62</sup>DIAS, Maria Berenice. A Homoafetividade Como Direito. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Coord). *Novos Direitos*. item n. 5, 2007, p. 336.

mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.

Foi esse princípio que reconheceu a existência de entidades familiares sem o laço matrimonial. O afeto foi consagrado como direito fundamental, possuindo quatro fundamentos básicos para sua existência, segundo Paulo Lobo<sup>63</sup>: a igualdade entre todos os filhos, independentemente da origem; a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família; e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>64</sup> observa que a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar advindas da filiação, em detrimento dos vínculos de consanguinidade, são reflexo da promoção da dignidade de seus membros, relacionando o princípio da afetividade ao princípio da dignidade humana.

Por sua vez, Cristiano Chaves de Farias<sup>65</sup> também destaca a afetividade como elemento essencial na caracterização de uma família, fazendo a mesma correlação que Maria Celina Bodin de Moraes:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar a luz do texto constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

Pode-se concluir, portanto, que é o afeto que impede a existência de um modelo único de família, representado no modelo matrimonializado. É ele, também, o princípio que explica as relações familiares contemporâneas. Dessa forma, sob o olhar do Direito de Família, o afeto não somente possui valor jurídico, como também, de acordo com grande parte da

---

<sup>63</sup>LÔBO, 2008.

<sup>64</sup>SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo (Org.). *O Direito Privado Contemporâneo e a Família Pós-Moderna*. Edição digital. [S. l.]: Simplíssimo, 2015.

<sup>65</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas *versus* famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord). *Temas atuais de direito e processo de família*: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

doutrina, representada, neste trabalho, por Tania Pereira da Silva, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, o afeto pode ser considerado o princípio norteador do Direito de Família nos tempos atuais.

### 2.3 O PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

Influenciado pela intervenção da Igreja, o princípio da monogamia, ainda que não expresso em texto de lei, expõe a prática social e o costume da exclusividade conjugal, do qual resulta um dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, conforme art. 1.566, inciso I, do Código Civil brasileiro e o artigo 1.672 do Código Civil Português. Rodrigo da Cunha Pereira enumera outros valores que, intimamente ligados a esse dever, estão enraizados por uma cultura norteadora dos regimes familiares e que seguem ocupando o topo dos deveres de uma relação conjugal. Tais deveres podem ser compreendidos como pressupostos a serem respeitados em conjunto com a monogamia, sendo eles a honestidade, a lealdade, o respeito e o afeto<sup>66</sup>.

Mais do que um ato de traição e infidelidade em si, o desrespeito ao princípio da monogamia acarreta uma condenação moral constituída pela premissa da fidelidade e dos demais valores supramencionados. Sob essa perspectiva, é importante salientar que a consolidação do sistema monogâmico como elemento estrutural da sociedade brasileira não deslegitima as relações paralelas ao casamento ou à união estável, já reconhecidas pela Constituição Federal como espécies distintas de entidade familiar. No entanto, a monogamia impede não apenas o casamento simultâneo com mais de uma pessoa, de modo que a infração de tal impedimento constituiu o crime de bigamia; como também impede que se constitua união estável contemporânea ao casamento; e, ainda, de forma extensiva, que coexista mais de uma união estável<sup>67</sup>.

Ainda que o adultério não seja mais caracterizado como crime pelo Código Penal – espelhando assim, uma evolução da realidade social –, a infidelidade segue produzindo efeitos processuais no plano civil, não apenas por contribuir para o desfazimento de entidades familiares que se apoiavam no pilar da confiança e da lealdade dentro de sua íntima e

---

<sup>66</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 107.

<sup>67</sup>TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado*: conforme a Constituição da República. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

monogâmica relação, mas também por envolver sanções tangentes à responsabilização do cônjuge culpado por esse desfazimento.

O princípio da monogamia é basilar e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental<sup>68</sup>. Para além do que se relaciona à honestidade e à lealdade, é necessário destacar como ele está ligado aos valores de patrimônio e posse ao proibir a existência de relações paralelas àquela já existente, seja no matrimônio ou na união estável. De matriz machista, a monogamia representou historicamente uma forma de garantir a estabilidade das riquezas privadas com o casamento<sup>69</sup>, razão pela qual a validade desse princípio vem sendo contestada por parte da sociedade e amplamente debatida pelos doutrinadores brasileiros.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, a evolução dos costumes e o advento da Constituição Federal de 1988 fizeram com que o Estado passasse a reconhecer e legitimar outras formas de constituição de família. A expressão “cônjuge”, portanto, passou a ser estendida a qualquer forma de família conjugal<sup>70</sup>. Com base nessa alteração, já existem decisões de tribunais estaduais e tribunais superiores que reconhecem a existência de famílias simultâneas e do poliamor, o que relativiza e põe em discussão o princípio da monogamia como algo inquestionável no âmbito do direito de família.

Um exemplo da elasticidade que vem sendo conferida à família foi a publicação da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, que determina que os bens adquiridos pelo esforço comum, decorrentes de uma sociedade de fato em um concubinato, são partilháveis, reconhecendo a existência de uma relação familiar sem o vínculo do matrimônio<sup>71</sup>.

Entretanto, em um recente julgado, de 21 de dezembro de 2020, ao julgar o tema 529 (RE 883.168), o mesmo Tribunal reconheceu a importância do princípio da monogamia ao afirmar que a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, por entender que interpretação em sentido divergente seria contrária aos princípios constitucionais<sup>72</sup>.

Conclui-se, portanto, que há atualmente intenso debate com o seguinte questionamento: seria o princípio da monogamia um princípio estruturante do casamento?

---

<sup>68</sup>PEREIRA, 2004, p. 76.

<sup>69</sup>*Ibid.*, p. 84.

<sup>70</sup>*Ibid.*, p. 78.

<sup>71</sup>*Ibid.*, p. 86.

<sup>72</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 883.168/SC*. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicação em 25 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350341362&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2024.

### 3 DOS DEVERES CONJUGAIS

Todo contrato é formalizado envolvendo duas ou mais partes, que acordam sobre um ou mais objetos, prevendo direitos e deveres das partes em relação ao objeto negocial. Antigamente, os contratos, que possuíam um viés meramente econômico, eram vistos unicamente como a expressão máxima da autonomia da vontade das partes, sendo esta absoluta, impedindo qualquer interferência externa. Atualmente, no entanto, a natureza negocial mudou seu caráter, dialogando diretamente com os ditames constitucionais, passando a demonstrar preocupação também com dimensões existenciais do ser humano e com a promoção da solidariedade social<sup>73</sup>.

Nessa seara, surgem os contratos de casamento que possuem sim viés econômico fortíssimo ao se eleger o regime de bens que regerá a relação e até mesmo outras cláusulas possíveis que falem sobre o relacionamento do ponto de vista econômico, mas sem deixar de lado os deveres de caráter pessoal e íntimo, que afinal de contas, é a essência do matrimônio.

#### 3.1 O CASAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA

O casamento é uma instituição histórica que está presente na sociedade desde os primórdios da civilização, sendo considerado, por muitos anos, como a única forma legítima de constituição familiar. Trata-se do núcleo do Direito de Família na sociedade contemporânea, cuja importância como negócio jurídico formal vai desde as formalidades que antecedem a sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio entre os cônjuges e quando do fim da relação<sup>74</sup>.

Tradicionalmente, o instituto é definido como um ato solene marcado pela intervenção do Estado desde a habilitação, para controle da inexistência de impedimentos, até a celebração por autoridade competente.

Euclides de Oliveira afirma que o casamento é a forma tradicional e clássica de constituição da família. Tanto o casamento civil como o casamento religioso com efeitos civis

---

<sup>73</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil: volume único. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 735.

<sup>74</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 136.

têm expressa previsão na Carta Constitucional Brasileira (art. 226, §§ 1º e 2º), bem como no Código Civil e na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) do país<sup>75</sup>.

Em Portugal, o casamento é previsto no artigo 1.577 do Código Civil como sendo o “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. Acerca da afirmação da Lei Portuguesa quanto à natureza contratual do Casamento, vale destacar o posicionamento crítico do doutrinador Carlos Pamplona Corte-Real<sup>76</sup>:

O artigo 1577.º do CC teve a veleidade de definir casamento como um contrato celebrado entre duas pessoas, em ordem a uma comunhão plena de vida. Disse-se veleidade porque não é tecnicamente ajustado o recurso a definições jurídicas na lei, porque dificilmente abarcarão todo o tipo de situações em causa, e por que não têm um conteúdo cogente, nem sequer normativo, mas meramente programático. Quase sempre a definição peca tecnicamente e/ou, na amplitude das situações enquadradas. E, neste caso, é difícil vislumbrar-se no casamento um contrato, em termos tradicionais. Como se se pudesse contratar uma obrigação coexistencial de comunhão plena de vida; como se se pudesse contratar o exercício do afecto por forma perdurável, e fazendo face a necessárias e imprevisíveis alterações de circunstâncias; como se o casamento, a ser um contrato, pudesse circunscrever-se a um vínculo sinalagmático de direitos e deveres recíprocos, quando nem sequer é pensável a existência de direitos sobre pessoas. O casamento é um projecto existencial, um acordo de vontades de índole por essência alterável no dia-a-dia da gestão familiar. Acto jurídico que não pode, porém, desdizer o que de mais respeitável tem a natureza humana, a sua índole pessoal e intimista, necessariamente, como se disse supra, inagarrável pelo direito e indisponível.

No Brasil, a definição legal do casamento é aberta, já que a lei se limita a afirmar que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres conjugais<sup>77</sup>. Ante a amplitude interpretativa deixada pela lei, no Brasil há três correntes conceituais do instituto: (i) institucionalista; (ii) contratualista e (iii) mista.

A definição de casamento sempre suscitou controvérsias doutrinárias, dividindo as opiniões dos autores, com uma corrente defendendo a sua natureza contratual, porque requer o consentimento dos nubentes, tanto que frustradas as núpcias quando ausente a livre aquiescência dos esposos. Em contraponto, outra linha doutrinária atribui ao matrimônio uma feição institucional, porque imperaram no casamento normas de ordem pública a

---

<sup>75</sup>OLIVEIRA, 2003.

<sup>76</sup>CORTE-REAL, 2016, p. 112.

<sup>77</sup>CCB/2002, art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

impor deveres e a reconhecer direitos aos seus membros, o que limita, sobremaneira, a autonomia privada<sup>78</sup>.

A corrente institucionalista<sup>79</sup> é anterior e analisava o casamento segundo suas características históricas. O casamento era visto como a única forma de constituição de família legítima, um modelo rígido no qual o Estado ditava suas regras e determinava como os cônjuges deveriam se portar. Na ocasião, o casamento era indissolúvel<sup>80</sup>.

Muito se fala sobre a natureza do matrimônio. Parte-se, de início, do estudo de se considerar uma instituição ou contrato. É instituição porque elevado à categoria de um valor, ou de uma ordem constituída pelo Estado. É um ente que engloba uma organização e uma série de elementos que transcendem a singeleza de um contrato<sup>81</sup>.

A visão do casamento como uma instituição, e não como um contrato em si, também é defendida pelo Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real, que afirma<sup>82</sup>:

[...] um contrato não pode ter por objecto situações jurídicas indisponíveis como será o caso do exercício do afecto expesso na comunhão vivencial projectada. Não é pensável dispor-se do exercício do próprio afecto, nomeadamente a médio e longo prazo, é muito menos cruzá-lo, numa aparência de sinalgma, com o afecto pela outra parte disponibilizado [...]

O casamento é o acto mais livre e íntimo que existe, pelo que o acto constitutivo não pode expressar uma ideia de automatismo na reciprocidade, antes será um acto de estrutura complexa, formado por dois actos claramente unilaterais dos nubentes, de autovinculação a uma comunhão de vida plena, formalizada solenemente perante o funcionário do Registo Civil, mas simplesmente projectada.

A corrente contratualista – concepção originada pelo direito canônico, aplicada em Portugal e aderida por Clovis Beviláqua, pai do Código Civil brasileiro de 1916 – entende o casamento como um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de

<sup>78</sup>MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 105.

<sup>79</sup>“[...] o casamento mais do que um contrato é um encontro de duas declarações unilaterais de vinculação, cujo objecto, de cada declaração, é indisponível, pois está diretamente relacionado ou dependente da própria liberdade dos nubentes” (CARVALHO, Telma. A união de facto: a sua eficácia jurídica. In: CARVALHO, Telma et al. *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 230).

<sup>80</sup>TEPEDINO, Gustavo; BROCHADO, Ana Carolina. *Fundamentos do Direito Civil – Volume 6 – Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 45.

<sup>81</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21.

<sup>82</sup>CORTE REAL, Calos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família*. Tópicos para uma Reflexão Crítica. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 129-130.

vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas<sup>83</sup>. Caio Mário da Silva Pereira considera o casamento como um contrato especial, dotado de consequências peculiares por ele criadas, mais profundas e extensas do que convenções com efeitos meramente econômicos<sup>84</sup>.

Como já exposto, o artigo 1577 do Código Civil português demonstra a contratualidade do casamento, que vem sendo contestada pela doutrina especializada mais recente. Nele, o contrato é caracterizado como resultante do necessário consentimento dos contraentes. Para ter eficácia “erga omnes”, efetua-se o registro de casamento no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, extraíndo-se a certidão que constitui prova do ato<sup>85</sup>:

o casamento é a união de direito, solene, pomposa, com fiscalização prévia do poder público (habilitação de casamento, arts. 1525 e incisos; 1526, parágrafo único do CC) exigindo, como regra, a presença do Estado na sua formação através do juiz de casamentos<sup>86</sup>.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, o casamento possui características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Nesse sentido, Silvio Rodrigues conceitua o casamento como o contrato de direito de família<sup>87</sup>.

O conceito de casamento, no entanto, não pode ser imutável. Infinitas foram as alterações sofridas na instituição do casamento com o passar dos anos e com as mudanças culturais vivenciadas no seio da sociedade. Nesse sentido, o casamento passou a ser considerado de caráter misto, sendo formalmente um contrato, mas, na essência, um instituto.

Com base na noção do casamento como um contrato especial, criou-se a corrente mista, atualmente majoritária, que entende o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis* especial<sup>88</sup>. Ou seja, segundo essa nova corrente, o casamento seria, no que diz respeito à sua formação, um contrato, e, quanto ao seu conteúdo, uma instituição.

---

<sup>83</sup>“O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por eles 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” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 34).

<sup>84</sup>SILVA PEREIRA, 2004, p. 36.

<sup>85</sup>OLIVEIRA, 2003.

<sup>86</sup>CARVALHO, 2015, p. 376.

<sup>87</sup>RODRIGUES, 1996, p. 19.

<sup>88</sup>“Neste sentido, o casamento é um contrato mais frágil do que os contratos vulgares, de índole patrimonial, que estão regulados minuciosamente, sobretudo nos momentos críticos do cumprimento imperfeito, ou do não-cumprimento. A falta de pagamento de um preço, ou a entrega de um bem defeituoso, desencadeiam uma série de reacções desfavoráveis ao faltoso, destinadas a compensar as perdas patrimoniais e a prevenir casos futuros. Mas o casamento não é “um contrato qualquer”, neste

O que peculiariza o casamento é o fato de depender sua constituição de ato jurídico complexo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade sucessivas (*consensus facit matrimonium*), além da oficialidade de que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais (habilitação, celebração, registro público). As demais entidades familiares são constituídas livremente, como fatos sociais aos quais o direito empresta consequências jurídicas. Por isso que a prova destas, diferentemente do casamento, localiza-se nos fatos e não em atos<sup>89</sup>.

Ao tratar da especialidade do contrato de casamento, o Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro é cirúrgico ao definir o casamento utilizando-se da conceituação mista abordada<sup>90</sup>:

De qualquer modo, sendo um contrato, o casamento corresponde a um contrato especial. Em primeiro lugar, é pessoal numa segunda acepção do termo: influi no estado das pessoas, projectando-se principalmente na esfera pessoal e acessoriamente na esfera patrimonial. Em segundo lugar, é um contrato familiar, estando consequentemente marcado pelo aspecto funcional.

Assim, é pacífico o entendimento, por parte majoritária da doutrina brasileira e pela definição trazida pela legislação portuguesa, de que o casamento é formalmente um contrato em ambos os países. Ressalte-se, porém, que tal definição legal vem sendo complementada, conforme mencionado, pelo entendimento de que o casamento, apesar de possuir características de um contrato, extrapola a condição de mero instrumento contratual sendo um instituto em seu conteúdo. Se trata, assim, de um contrato especial, não comparável a nenhum outro.

### 3.2 OS DEVERES CONJUGAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

Em razão de sua solenidade, o casamento vem carregado por diversos requisitos e formalidades que visam demonstrar a seriedade do ato celebrado<sup>91</sup>. Pelo entendimento

---

sentido — é um contrato diferente, se é que se pode ainda falar de um contrato! O Direito não é capaz de regular com esta intensidade e minúcia o acordo de casamento, simplesmente porque, hoje em dia, as sociedades não querem regular a intimidade e os afectos desta maneira imperativa e estandardizada” (OLIVEIRA, 2019).

<sup>89</sup>LÔBO, 2008, p. 91.

<sup>90</sup>PINHEIRO, 2019, p. 307.

<sup>91</sup>*Ibid.*, p. 307.

doutrinário do casamento como um contrato na espécie de “ato jurídico em senso estrito”<sup>92</sup>, ou seja, um contrato do gênero “negócio jurídico bilateral”, especial de Direito de Família<sup>93</sup>, são atraídos certos efeitos e deveres jurídicos predefinidos no ordenamento aos quais é necessário se submeter<sup>94</sup>.

os direitos conjugais são direitos subjectivos peculiares. Não sendo poderes funcionais, apresentam características funcionais. Se o titular do direito conjugal não está obrigado a exercê-lo, quando o exercer tem de observar condicionalismos que ultrapassam aqueles a que estão sujeitos os restantes direitos. Os direitos conjugais são instrumentos de realização da finalidade de um casamento. Um cônjuge deve, pois, exercê-los de modo a criar, manter e reforçar os laços de comunhão com o outro. E esta vinculação no sentido de uma convergência, de uma associação de duas vidas é confirmada pela forma de consagração legal dos direitos conjugais. Há o cuidado de comunicar que os cônjuges tem deveres, evitando-se, assim, a expressão direitos, que, normalmente, sugere sobretudo autonomia ou liberdade. E há o cuidado de acrescentar que tais deveres são recíprocos, atitude que expõe a vertente comunitária das situações jurídicas em causa<sup>95</sup>.

No casamento, contrato celebrado pela vontade das partes, há deveres e obrigações, que resultam na produção de efeitos e responsabilidades. Nas palavras de Rolf Madaleno, “o casamento cria para os cônjuges, bem como a união estável cria para os companheiros, deveres e direitos recíprocos, só dispensados com a separação de fato ou com o divórcio”<sup>96</sup>.

Em que pese a vedação para interferência na comunhão de vida instituída pela família, prevista no artigo 1.513 do Código Civil Brasileiro vigente, também há a previsão, no mesmo diploma legal, dos deveres conjugais existentes entre os cônjuges, tal qual o faz o ordenamento jurídico português.

Nesse diapasão, cabe salientar que, por muito tempo, os deveres previstos pela lei para os homens e as mulheres eram distintos e desiguais<sup>97</sup>. As distinções eram tamanhas que

<sup>92</sup>AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

<sup>93</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família*: as famílias na perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117-118.

<sup>94</sup>RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Características e conseqüências do exercício do direito ao livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. *In*: RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O Direito das Famílias entre a norma e a realidade*. 2011, p. 158.

<sup>95</sup>PINHEIRO, 2004, p. 755.

<sup>96</sup>MADALENO, 2020, p.195.

<sup>97</sup>CCB/1916, art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Compete-lhe:  
I - A representação legal da família;

seria plenamente possível e necessário realizar-se um trabalho dedicado a compreender apenas essas discrepâncias. De todo modo, como esse não é o escopo principal desta pesquisa, pode-se pontuar, em apertadas linhas, algumas das atribuições exclusivas dos homens: representação legal da família; chefia da sociedade conjugal; responsabilidade pela manutenção da entidade familiar; além do poder de estabelecer o domicílio conjugal. Com isso, é perceptível como as atribuições exclusivas aos homens carregam uma superioridade material e simbólica superioridade, deixando as mulheres submissa e em um segundo plano. Nesse sentido, Maria Berenice Dias sintetiza<sup>98</sup>:

O viés marcadamente hierarquizado da família levava a atribuir, ao homem, a representação legal da família. Assim, ele era o chefe da sociedade conjugal, o cabeça do casal, com uma série de privilégios a comprovar sua superioridade.

A situação de igualdade entre homens e mulheres foi estabelecida paulatinamente no mundo ocidental contemporâneo, com o advento de legislações que visavam à reintegração

---

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

Art. 234. A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.

[...]

### CAPÍTULO III

#### Dos Direitos e Deveres da Mulher

Art. 240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1970)

[...]

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235).

II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310).

III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.

IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.

VI. Litigar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.

VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV).

VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

IX. Aceitar mandato (art. 1.299).

<sup>98</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 170

e ao restabelecimento da integridade e individualidade da mulher na sociedade<sup>99</sup>. No caso brasileiro, contudo, foi apenas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) que se estabeleceu, de maneira expressa, a igualdade entre o homem e a mulher, no que tange os deveres matrimoniais. Vejamos:

Art. 226, § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente entre homens e mulheres.

A doutrina é uníssona ao ressaltar o importante marco representado pela da CRFB/88 quanto à igualdade de gênero nos deveres do casamento – ainda que tal igualdade tenha se restringido ao campo formal, ao menos, nesse primeiro momento. Frisa-se que a alteração na legislação apenas refletiu um intenso processo de revolução social vivido pela sociedade brasileira após anos de repressão pelo governo militar, que prezava por valores patriarcais e conservadores.

É importante destacar que, embora os dispositivos do Código Civil brasileiro de 1916, que estabeleciam deveres conjugais distintos para homens e mulheres, já estivessem revogados desde o advento da CFRB/88, foi somente com a vigência do Código Civil de 2002, isto é, 14 anos mais tarde, que houve a supressão de tais dispositivo, adequando a Lei Civil ao disposto na Carta Magna. Para tanto, valemo-nos das lições de Paulo Lôbo<sup>100</sup>:

O código civil de 2002 suprimiu os deveres particulares do marido e da mulher, um dos pilares da desigualdade de tratamento legal entre os cônjuges, compatibilizando-se, nesse ponto, com os valores constitucionais. Por força da Constituição já se encontravam revogados desde o advento desta.

Há, portanto, um princípio primário e geral de igualdade entre os cônjuges que molda os deveres conjugais. A lei não se limita a declarar que os cônjuges são iguais em direitos e deveres, mas reconhece a reciprocidade das posições jurídicas e aspira a uma reciprocidade perfeita.

---

<sup>99</sup>BRASIL. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962* [Estatuto da Mulher Casada]. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 24 jan. 2024.

<sup>100</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.

Há, deveres conjugais previstos em lei que são basicamente idênticos no Brasil e em Portugal, e estão previstos nos códigos civis de ambos os países<sup>101</sup>:

Art. 1.566 do CCB. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1672 do CCPT- Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

Em que pese os deveres conjugais sejam expostos, tanto no Brasil quanto em Portugal, em dispositivos de lei cujo rol é aparentemente taxativo, é uníssono na doutrina que cada um dos deveres se trata de conceito indeterminado. Como escreve Menezes Cordeiro<sup>102</sup>, “existe toda uma série de indícios que inculcam as variáveis a ponderar e o seu peso relativo”. No entanto, a objetivação dada aos deveres conjugais não permite que se alcance algo equivalente ao grau de precisão de conceitos determinados. Nesse sentido, versa Jorge Duarte Pinheiro<sup>103</sup>:

Fidelidade, respeito, coabitação, comunhão de vida, convivência, cooperação, colaboração, ajuda, socorro... Um conjunto de expressões destinadas a condicionar o comportamento dos cônjuges, paradoxalmente desprovidas de um conteúdo claro e preciso. Todas elas, sem exceção, se caracterizam pela vaguidade.

Nesse sentido, Teixeira de Sousa<sup>104</sup>, na mesma linha da doutrina de Guilherme de Oliveira<sup>105</sup>, aponta dois grupos de deveres conjugais não referidos no artigo supra, que são: (i)

<sup>101</sup> “Os deveres conjugais enunciados no art. 1672 correspondem a ética social dominante sobre o casamento, de tal modo que se a enumeração constante desse preceito fosse substituída por uma cláusula geral referida aos deveres próprios da relação conjugal, a concretização doutrinária e jurisprudencial dessa cláusula em certos deveres específicos coincidiria certamente com os deveres que se contêm naquela enumeração legal” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *O regime jurídico do divórcio*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 37).

<sup>102</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1181-1182.

<sup>103</sup> PINHEIRO, 2004.

<sup>104</sup> SOUSA, 1991, p. 38-43.

<sup>105</sup> “Apesar de nascerem todos do compromisso assumido no sentido de iniciar uma comunhão de vida, os chamados “deveres” não tem uma natureza homogenia. Do ponto de vista do seu conteúdo, alguns têm um carácter puramente pessoal – “decidir em comum”, “socorro e auxílio mútuos” – o que deixa as leis atuais especialmente inibidas quanto à garantia do cumprimento. Quanto aqueles que traduzem de algum modo em dinheiro, as leis têm mais possibilidades de coagir o faltoso a cumprir – pagamento de “alimentos”, “contribuição para despesas domésticas” (OLIVEIRA, 2022, p. 44).

os deveres pessoais, como o dever de respeito da integridade moral e física da família e o dever de preservação do bom nome e reputação da família; e (ii) os deveres patrimoniais, exercício de poder de administração e disposição dos bens.

No primeiro grupo, cujo conceito em muito se confunde com o dever conjugal de respeito, estão compreendidos deveres cuja violação ocorre

tanto quando o cônjuge ofende diretamente a família ou algum de seus membros, como quando o cônjuge faz recair sobre si, por vários motivos possíveis, a reprovação social, pois que o cônjuge que sujeita ao opróbrio público prejudica igualmente a dignidade moral, o bom nome e a reputação da família<sup>106</sup>.

O segundo grupo contempla deveres patrimoniais correspondentes aos artigos 1.678 a 1.683 do CCPT, cuja violação tem lugar, designadamente, no caso em que um cônjuge efetua uma má administração dos bens próprios do outro ou dos bens comuns do casal, ou ainda no caso em que um cônjuge venda um bem, próprio ou comum, sem o consentimento do outro, contrariando o disposto no artigo 1.682.

Não se pode ignorar a doutrina de Carlos Pamplona Corte-Real, que afirma que, com o advento da Lei nº 61/2008, que acabou com o divórcio-sanção e mitigou a culpa entre os cônjuges, seria uma aberração a manutenção dos referidos deveres conjugais na lei civil<sup>107 108</sup>. Tal posicionamento não é corroborado com a posição adotada neste trabalho, que parte de uma compreensão de que é cabível a manutenção de tais deveres. De todo modo, antes de adotar a postura de posicionar-se de um lado ou de outro, há de se reconhecer que os deveres conjugais são um tema complexo, que enseja variadas possibilidades de análise. Diante disso, passaremos a relatar os principais deveres previstos na legislação brasileira e portuguesa.

Dentre todos os deveres do casamento, provavelmente aquele que mais sofreu mutações e ressignificações e cuja análise há de ser mais relativizada é o dever de vida em

---

<sup>106</sup> PINTO, Fernando Brandão Ferreira. Causas do divórcio. In: PINHEIRO, Jorge Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal*. Os deveres conjugais sexuais. Portugal: Almedina, 2004, p. 63-67.

<sup>107</sup> CORTE REAL, 2016.

<sup>108</sup> Acerca do referido posicionamento, destaca-se comentário de Guilherme de Oliveira: “A verdade é que se regista um movimento no sentido quer da supressão do elenco de deveres matrimoniais, quer da desvalorização da sua força jurídica, da sua coercibilidade. O direito do espaço germânico é um bom exemplo desta mudança: passou de uma enumeração extensa dos deveres conjugais, no Código Prussiano de 1794, para uma afirmação lacónica de que os cônjuges devem adotar uma “vida em comum” (OLIVEIRA, 2019).

comum no domicílio conjugal, ou de coabitação, que obriga os cônjuges a viverem em um mesmo local e a compartilharem seus projetos e ambições de vida.

Por um lado, a etimologia da palavra *cônjuge* já contempla a previsão de habitação sobre o mesmo teto, uma vez que o vocábulo advém do verbo *conjugare* (do latim *cum jugare*), cujo significado é a união de duas pessoas sob a mesma canga. Apesar desse significado, considerando as diversas alterações vividas na atualidade, com casais vivendo em locais distintos em razão de projetos profissionais, não é raro encontrar cônjuges que deixaram de viver sob a mesma canga, restando, contudo, preservada a comunhão de vidas. Portanto, no momento presente, a definição mais adequada desse dever parece ser aquela que não leva em conta necessariamente o compartilhamento de um mesmo teto, mas que considera a comunhão de projetos de vida<sup>109</sup>.

Ligado intimamente ao conceito de comunhão de vidas, o dever de mútua assistência deve ser analisado levando em consideração seu duplo conteúdo. No que tange ao seu aspecto material, ele prevê que ambos os cônjuges devem prestar o necessário auxílio econômico para a manutenção do seu par. Todavia, a mútua assistência não se restringe às questões materiais, na medida em que engloba, também, um aspecto moral, consubstanciado na noção de que os cônjuges devem se assistir nos diversos momentos de adversidade.

Conforme lecionado por Maria Berenice Dias<sup>110</sup>, o dever em comento traduz a ideia da promessa, realizada ao tempo da solenidade religiosa, na qual os nubentes prometem se amar e respeitar, seja na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença. Esse dever também pode englobar aquele previsto no inciso IV do artigo 1.566 do CCB, que faz referência, no entanto, à prole.

O dever de respeito é, provavelmente, o dever cujo conteúdo é o mais flexível. Trata-se do mais importante dos deveres conjugais, de modo que todos os outros não passam de meras formas específicas do dever de respeito. Respeitar significa “não lesar” os direitos individuais, a integridade física e moral do outro cônjuge, o que inclui não ofender seus

---

<sup>109</sup> “A doutrina costuma denominar esse dever de ‘coabitação’, mas o sentido que nele prevaleceu foi o de relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, na expressão eufemística de *debitum conjugale*, hoje tão justamente repudiada. [...]. Hoje, melhor se diz dever de comunidade de vida ou de vida em comum, em união durável, na mesma habitação” (LÔBO, 2011, p.144-145).

<sup>110</sup> “A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia religiosa do casamento, nada mais significa do que o compromisso, imposto a ambos os cônjuges de atenderem o dever da mútua assistência (CC 1.566 III) e de mútuo respeito e consideração (CC 1.566 V)” (DIAS, 2016, p. 179).

parentes, não ferir a sua própria honra, e não lesar os “direitos especificamente conjugais” do outro<sup>111</sup>.

O dever conjugal de respeito não se cinge, pois, à proibição de homicídio, ofensas corporais, maus tratos, injúrias ou difamações. Abrange, inevitavelmente todas as situações jurídicas inerentes à “dignidade da pessoa humana”. O casamento não exclui, designadamente, o direito à privacidade no seio da família: cada membro conserva “uma esfera inviolável de intimidade”; os cônjuges estão sujeitos a um “dever mutuo de respeito da intimidade”; a lesão do direito à reserva da vida privada pode “configurar uma violação grave do dever de respeito, que constitua fundamento para o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens (pense-se, por exemplo, num caso extremo de interceptação das chamadas telefônicas do cônjuge, de abertura da sua correspondência, de perseguição e espionagem por detectives privados, etc, a ponto de tornar verdadeiramente intolerável a convivência conjugal), ou até dar lugar a responsabilidade civil (resultando os prejuízos, por exemplo, da divulgação de factos íntimos do cônjuge).

Para a doutrina de Guilherme de Oliveira, o dever de respeito é um “dever de respeito reforçado”, no sentido de que “cada membro de um projeto de vida em comum tem uma obrigação especial em cumprir os deveres que lhe incumbem e um direito especial de ver satisfeitas as suas expectativas”, sobretudo de se abster de lesar direitos do outro cônjuge<sup>112</sup>.

Constata-se, portanto, que, diferentemente dos demais deveres, o respeito e a consideração mútua podem ser vistos como um “cheque em branco”, já que sua definição é atribuída pelos cônjuges e seu conteúdo poderá variar de casal para casal. Nesse sentido, como afirma Paulo Lobo, “a lei a eles [aos cônjuges] delega a responsabilidade de qualificá-lo, segundo os valores que compartilhem, sem interferência do Estado-juiz na privacidade e na intimidade”<sup>113</sup>.

Desse modo, apesar da flexibilidade do conceito, pode-se dizer que o respeito e a consideração mútua consubstanciam a ideia de um dever negativo, segundo o qual os cônjuges não podem se expor a situações consideradas vexatórias. O dever de respeito seria, portanto, “uma limitação do pensamento comunitário que está na base da sociedade conjugal”<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> PINHEIRO, 2004, p. 129.

<sup>112</sup> “Quem assume o compromisso (ou uma obrigação legal) de iniciar e manter uma relação de intimidade gera, por um lado, uma expectativa de confiança especial e recíproca de consideração; por outro lado, estabelece uma espécie de isolamento – garantido pelo direito à proteção da sua vida privada – que torna mais difícil o escrutínio dos termos em que desenvolve o seu quotidiano” (OLIVEIRA, 2022, p. 51).

<sup>113</sup> LÔBO, 2011, p. 146.

<sup>114</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Direito da Família* - 1 vol. Lisboa: Petrony, 1982, p. 342.

É certo que tais deveres sequer necessitavam de previsão legal, pois já são internalizados pelos cônjuges ao formar uma relação pautada em laços de afeto e de amor. Entretanto, uma vez que o casamento é um contrato, lhe é inerente o estabelecimento de deveres e direitos que produzirão efeitos enquanto o relacionamento perdurar.

Maria Berenice Dias dá destaque ao alcance da expressão “sim” na solenidade do casamento, já que, além dos conhecidos efeitos do matrimônio – tais como eficácia *erga omnes* perante a sociedade, necessidade autorização do outro cônjuge para vender ou gravar de ônus reais bens imóveis, prestar fiança, aval e fazer doações, presunção de filiação dos filhos havidos na constância do casamento, direito à alimentos e direitos no campo sucessório –, o referido “sim” representa a concordância dos nubentes com a flagrante intervenção estatal em suas vidas. Vejamos<sup>115</sup>:

A necessidade de demarcar os núcleos familiares como elementos da sociedade leva o estado a regular, à exaustão, o casamento como forma de constituição da família. [...]. Assumindo o encargo de proteger a família, sente-se autorizado a atribuir responsabilidades ao casal e impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges. O alcance da expressão “sim”, na solenidade do casamento, significa a concordância de ambos os nubentes com que o Estado estabeleça a eles, de forma rígida, deveres.

Apesar de se compreender o descontentamento em relação à larga ingerência do Estado na comunhão familiar ao se imporem deveres legais ao casamento, o fato é que eles existem e estão previstos em lei, de modo que, uma vez descumpridos, poderão ensejar responsabilidades, como em qualquer contrato.

É certo que a ocorrência ou não do descumprimento dos deveres conjugais não necessariamente levará à decisão pelo rompimento do casamento, principalmente, no caso brasileiro, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. Tal alteração levou parte da doutrina a concluir pelo enfraquecimento de ditos deveres. Nesse diapasão, Carlos Roberto Gonçalves afirma<sup>116</sup>:

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, ficam eles contidos em sua matriz ética, desprovidos de sanção jurídica, exceto nos casos de

---

<sup>115</sup> DIAS, 2016, p. 172.

<sup>116</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família* (Vol.6). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

“sustento, guarda e educação dos filhos” e de “mútua assistência”, cuja violação pode acarretar, conforme a hipótese, a perda da guarda dos filhos ou ainda a suspensão ou destituição do poder familiar e a condenação ao pagamento da pensão alimentícia.

É nessa mesma linha de pensamento que se situa o doutrinador português Guilherme de Oliveira. Ele entende, no entanto, que a violação de determinados deveres enseja plena responsabilidade civil no âmbito extracontratual<sup>117</sup>:

Na maior parte dos casos, os “deveres” gozam, digamos assim, de uma juridicidade baixa, no sentido de que não beneficiam da garantia normal da lei quanto ao seu cumprimento e subsistência e, portanto, a sua efetividade resta nas mãos dos conviventes. Essas infrações conjugais – que não revelam como factos geradores de responsabilidade civil contratual – apenas podem relevar como factos que mostram uma ruptura definitiva e objetiva do casamento, nos termos do art. 1781, al. d [...].

Não se compreende por que, como destacado acima, a doutrina pode entender que determinados deveres autorizam sanção jurídica, enquanto outros, a depender do caso, não tenham a mesma previsão, quando todos estão embutidos no mesmo dispositivo legal.

Nesse direcionamento, outra parte da doutrina, como a de Regina Beatriz Tavares da Silva dos Santos<sup>118</sup>, defende a interpretação literal ao art. 1.566 do CC/2002. Assim, os deveres citados nesse dispositivo são interpretados como deveres na ampla acepção do termo. Nas palavras da doutrinadora:

A lei estabelece deveres aos cônjuges e obriga-os à prática de certos atos e abstenção de outros. Uma vez violado esses deveres, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – ação, dano e nexo causal – assim como ocorre diante da prática de ato ilícito em outras relações jurídicas.

Esse também é o entendimento de alguns doutrinadores portugueses, como o Professor Jorge Duarte Pinheiro:

O casamento implica a assunção de um compromisso recíproco que tem reflexos amplos no plano existencial e temporal: o compromisso de plena

<sup>117</sup> “No caso de um cônjuge violar deveres de cooperar, de cuidar ou de respeito reforçado, de tal modo que a violação dos chamados “deveres conjugais” traduza, afinal, violações de direitos da personalidade do outro, as infrações são mais graves e haverá lugar a uma plena responsabilidade extracontratual” (OLIVEIRA, 2022, p. 46).

<sup>118</sup> MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368.

comunhão de vida. Esse compromisso, assente numa clausula geral, traduz-se em deveres particulares, previstos no art. 1672 segundo a técnica dos conceitos indeterminados: o respeito, a fidelidade, a coabitação, a cooperação e assistência<sup>119</sup>.

Para o presente trabalho, entretanto, vale destacar o dever da fidelidade, cuja relevância fez com que ele ganhasse destaque pelo legislador brasileiro, compreendido como o primeiro dos deveres conjugais.

### 3.3 DEVER DE FIDELIDADE

A fidelidade é a atitude que traduz a manutenção do querer, a renúncia em nome do cumprimento rigoroso de promessas e do contrato do casamento. Por isso, o dever de fidelidade dos cônjuges pode “significar a atitude que leva qualquer deles ao cumprimento exacto das promessas feitas no momento da celebração do matrimônio, representando o elemento de seres que se unem pelo casamento e que vão iniciar uma vida nova”<sup>120</sup>.

Em que pese o conceito de fidelidade parecer intuitivo, para notória controvérsia acerca do seu conteúdo. Parte da doutrina entende que tal dever consubstancia, simultaneamente, a proibição de ter relações sexuais com terceiros e de praticar atos antecipatórios da conjunção carnal<sup>121</sup>. Outra parcela da doutrina, no entanto, entende que tal dever representa somente a abstenção de consumação de relações sexuais com outrem<sup>122</sup>.

Considera-se que o dever de fidelidade implica a proibição de qualquer dos cônjuges ter contatos sexuais ou ligações sentimentais com terceiro; que o adultério (uma manifestação de infidelidade material) constitui a sua violação mais grave; e que a violação desse dever pode assumir uma forma moral<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> PINHEIRO, 2019, p. 307.

<sup>120</sup> PINTO, 2004, p. 69.

<sup>121</sup> Nesse sentido, Regina Beatriz Tavares Silva desenvolve: "Seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal". (SANTOS, Regina Tavares da Silva Papa dos. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1365).

<sup>122</sup> Maria Helena Diniz discorre que “o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial. Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º volume: Direito de Família. 29. ed., rev. e atual. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2014, p.131).

<sup>123</sup> PINHEIRO, 2004.

Há corrente doutrinária que entende, também, que o dever de fidelidade está ligado, necessariamente, ao dever de respeito mútuo, já abordado anteriormente, delineando um posicionamento que parece razoável na perspectiva adotada neste trabalho<sup>124</sup>:

O respeito que o código Civil nomeia ao regular os efeitos do casamento é qualificado como dever conjugal. Por isso, encerra especificidade e exige uma leitura que faça jus ao seu contributo potencial para a plena comunhão de vida. Comunhão e não submissão – consequentemente, importa assegurar os direitos individuais. Comunhão e não encontro ocasional – portanto, há que se prevenir o exercício descontrolado dos direitos pessoais. Simultaneamente, o dever conjugal de respeito liberta e responsabiliza o titular de direitos gerais. Um cônjuge não pode legitimamente impedir o outro de os exercer, mas quem os detém não está autorizado a exercê-los com desprezo pela posição do primeiro. Mais precisamente: o dever de respeito exige a cada cônjuge prudência na exteriorização do respectivo poder de autodeterminação, em especial da liberdade de relacionamento (não carnal) com terceiros<sup>125</sup>.

O fato é que o conceito de fidelidade é amplo e repleto de subjetivismo: o que para alguns representa uma quebra do dever de fidelidade, para outros não tem o mesmo peso<sup>126</sup>. Portanto, no desenvolvimento do presente trabalho, passaremos a considerar que o dever de fidelidade representa a abstenção de uma conduta, qual seja, a consumação de relações sexuais com outrem, adotando o conceito de uma forma mais restritiva. A violação da fidelidade conjugal é popularmente conhecida como adultério.

[...] a fidelidade revelaria de modo duplo: como efeito do dever de responsabilidade recíproca dos cônjuges e como médio de fiscalização deste. A fidelidade estaria afinal associada à “vontade de plena união dos cônjuges”, erigida em pilar do casamento e da estabilidade do grupo. A conexão com a unidade substancial da família impediria que se atribuisse à obrigação de

<sup>124</sup> “la exigência de fidelidad es una especificacion del deber de respeto mutuo que se traduce, en su vertente de incumplimiento, em la relacion carnal o no com terceros, debiendo de valorarse em funcion de lo que la comunidad social considera em cada momento. Compreende, pues, tanto al adultério y amancebamiento (que hoy solo son ilícitos civiles) como la relacion homossexual com terceros o de cualquier outro tipo, incluso las relaciones non carnales siempre que la consciencia social asi las califique” (GETE-ALONSO Y CALERA, Maria Del Carmem. *De los derechos y deberes*. [S. l.]: [s. n.], 1984, p.338-339).

<sup>125</sup> PINHEIRO, 2004, p 70.

<sup>126</sup> “a aplicação de um sentido amplo de fidelidade ao casamento não permite expurgar a obrigação de abstenção de relações sexuais com terceiro. Declarar casar corresponde a manifestar a vontade de aderir a uma “formula de comunicação sexual” monopolizadora. Ser fiel à mulher ou ao marido passa, numa optica de senso comum, por não ter relacionamento sexual com outrem. Nem a construção criativa do conceito de comunhão de vida tentada por Streck recusa um dever de fidelidade com esta acepção. Ou seja, em sede de conteúdo, não é pertinente discutir se o dever conjugal de fidelidade impõe ou não a exclusividade sexual mas se ele se esgota ou não nesta” (PINHEIRO, 2004).

fidelidade conteúdo negativo – v.g., o dever de abstenção de relações físicas extramatrimoniais<sup>127</sup>.

Não pairam dúvidas de que há tal previsão (do dever de fidelidade), pois o impulso da infidelidade existe<sup>128</sup> e o Estado-juiz julgou importante trazer limitações a esse desejo, justamente para fins de manutenção do núcleo familiar. Ao analisar o dever de fidelidade recíproca sob um prisma histórico, como já exposto anteriormente, constata-se que ele sempre foi exigido de mais forma preponderante das mulheres, pois, como os filhos nascidos na constância do casamento presumem-se verdadeiros (art. 1.597 do Código Civil brasileiro), era necessário que as esposas se mantivessem fiéis, a fim de garantir a legitimidade sucessória. Evitava-se, assim, a *turbatio sanguinis*<sup>129</sup>.

Em razão do risco de macular a legitimidade da prole e da pretensa possibilidade de o varão criar um filho que não é seu, ao menos sob o ponto de vista biológico, historicamente se entendeu que, sob o viés psicológico e social, o adultério feminino seria mais danoso do que aquele praticado pelos homens. Entretanto, tal concepção já foi alterada, razão pela qual foi incluída na redação do dever conjugal de fidelidade do ordenamento jurídico brasileiro a expressão “recíproco”, de modo a não permitir qualquer interpretação diferenciada sob a ótica do gênero<sup>130</sup>.

A despeito da razão histórica prática por trás do dever de fidelidade, o fato é que a construção da sociedade ocidental se deu com base no princípio da monogamia, já exposto neste trabalho. Em razão desse histórico, diversas famílias deixam de ser reconhecidas pelo Estado quando não respeitam o princípio da monogamia, já que as famílias paralelas não são protegidas pelo ordenamento jurídico.

Mesmo com o rompimento do dever de fidelidade recíproca, o matrimônio continua existindo, pois não há qualquer alteração automática nos planos de validade, existência e eficácia da união. A dissolução da sociedade conjugal, ou a separação de fato, que pode ocorrer de forma mais imediata, depende tão somente da vontade dos cônjuges. Entretanto, o Estado,

---

<sup>127</sup> PINHEIRO, 2004.

<sup>128</sup> DIAS, 2016, p. 172.

<sup>129</sup> “Historicamente, volta-se em grande medida para o controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*” (LÔBO, 2011, p. 143).

<sup>130</sup> “Embora sob o prisma psicológico e social o adultério da mulher seja mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais e, com isso, introduzir prole alheia dentro da vida familiar, a ser sustentada pelo marido enganado, não se justifica, do ponto de vista jurídico qualquer distinção entre a infidelidade masculina e a feminina, por constituir um fator de perturbação da estabilidade do lar da família, além de séria injúria ao consorte” (GONÇALVES, 2013, p. 192).

visando proteger a entidade familiar, não confere efeitos jurídicos às relações adúlteras. Prova disso é que (i) tais relações ainda são tidas como concubinatos (art. 1.727, Código Civil brasileiro) e (ii) que as famílias paralelas não são protegidas pelo ordenamento jurídico.

Portanto, em que pese os deveres do casamento dependerem dos próprios cônjuges para serem cumpridos e sua desobediência não significar, de forma automática, o rompimento da relação, há de se reconhecer, pela construção social da fidelidade, que não se trata de um dever matrimonial de pouca consideração.

### 3.4 BREVE ANÁLISE DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

A discussão acerca da aplicabilidade da culpa ou não na ruptura conjugal mereceria um extenso trabalho para análise exclusiva do tema. No entanto, embora não seja esse o objetivo deste trabalho, há de se tecer breves comentários aqui que podem corroborar com o restante da temática ora desenvolvida.

Até poucas décadas, o casamento era indissolúvel. Isso se devia à cultura de influência católica e conservadora enraizada em nossa sociedade, que considerava o casamento uma instituição de natureza divina, impassível de rompimento. O Código Civil Brasileiro de 1916 previa apenas o instituto do “desquite”<sup>131</sup>, por meio do qual se dissolvia a sociedade conjugal. Contudo, dessa forma, ainda era mantido incólume o vínculo matrimonial. Apesar de ser possível solucionar, na ação de desquite, avenças referentes à guarda, alimentos e visitação dos filhos, os desquitados não podiam contrair novas núpcias, em razão da manutenção do vínculo matrimonial.

Desse modo, as novas entidades familiares formadas pelos desquitados eram tidas como meras sociedades de fato, o que resultava em enorme insegurança jurídica. Soma-se a isso, ainda, o fato de que os desquitados eram vistos com grandes ressalvas e até mesmo sob olhares preconceituosos pela sociedade daquele tempo. Visando pôr fim à referida situação, foi aprovada, no dia 28 de junho de 1977, a Emenda Constitucional nº 943, de autoria do Senador Nelson Carneiro, também conhecida como a “emenda do divórcio”. A emenda alterou a redação dada ao parágrafo primeiro do art. 175 da Constituição Federal de 1969<sup>132</sup>, revogando a indissolubilidade do casamento. Então, o divórcio passou a ser admitido no Brasil.

---

<sup>131</sup> CCB/1916, art. 315, III: A sociedade conjugal termina: III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

<sup>132</sup> CRFB/1969, art. 175, § 1º: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 943, foi apenas com a promulgação da Constituição Cidadã brasileira, em 1988, que a situação veio a se alterar. O divórcio passou a ser autorizado desde que houvesse separação de fato por 2 (dois) anos ou separação judicial há 1 (um) ano. Percebe-se, portanto, que separação judicial passou a ser uma faculdade, já que era possível requerer diretamente o divórcio, desde que configurada separação de fato pelo prazo acima referido<sup>133</sup>. A fim de sacramentar o direito ao divórcio, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) apresentou o projeto de Emenda Constitucional nº 66, aprovado em 2010, que previa a dissolução do casamento unicamente pelo divórcio, sem a necessidade de se realizar uma separação judicial prévia, reduzindo-se, portanto, a intervenção estatal no âmbito familiar<sup>134</sup>.

Em Portugal, a formalização da dissolução da sociedade conjugal se dá de forma similar, mas a “exclusão” da culpa só se deu com a alteração legislativa de 2008<sup>135</sup>. Como previsto no artigo 1.773 do Código Civil Português, o divórcio é direito potestativo, de modo que pode ser concedido sem o consentimento do outro cônjuge e sem a necessidade de se comprovar o descumprimento dos deveres de casamento.

Quando não houver o mútuo consentimento dos cônjuges quanto ao divórcio, assim como no Brasil, é necessário o requerimento judicial com base em uma das possibilidades previstas no artigo 1.783 do mesmo diploma civil: a separação de fato há um ano consecutivo; a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge; a ausência do outro cônjuge; ou qualquer outro fato que, independentemente da culpa dos cônjuges, leve à ruptura definitiva do casamento.

---

<sup>133</sup> CRFB/1988, art. 226, § 6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

<sup>134</sup> “A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resultava em acréscimos e despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis<sup>45</sup>. A superação do dualismo legal perpetua os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas nos espaços públicos dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação” (LÔBO, 2011, p. 150-151).

<sup>135</sup> “A Lei n.º 61/2008 veio finalmente – pode afirmar-se peremptoriamente – afastar a relevância da culpa no divórcio, facilitando o desenlace e quase que se bastando com a demonstração da falência do casamento” (CORTE REAL, 2016).

Assim, em ambos os países, não caberia mais discutir em juízo as causas que levaram à ruína do relacionamento, de modo que não haveria mais como ser ventilada em juízo a culpa pelo fim do matrimônio e restou simplificada a dissolução do casamento<sup>136</sup>.

“ (...) em Portugal, onde o divórcio foi introduzido em 1910, vigorou até 2008 um sistema de divórcio litigioso marcado pelo princípio da culpa. Neste sistema, na falta de acordo das partes quanto à dissolução do casamento, a lei fazia depender a obtenção de divórcio por parte de um cônjuge da violação culposa dos deveres conjugais pelo outro ou/e sujeitava a consequências patrimoniais negativas o cônjuge a quem fosse imputável o fim da vida em comum. Ora, tal sistema foi abolido pela Lei portuguesa n.º 61/2008, de 31 de outubro, que passou a regular os pressupostos e os efeitos do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, abstraindo da questão do contributo das partes para a rutura. Um cônjuge pode agora requerer o divórcio sem invocar, nem provar, a culpa do outro na cessação da vida em comum; o juiz que decreta o divórcio não pode hoje identificar um dos cônjuges como tendo sido o único ou o principal culpado na dissolução do casamento (e, portanto, nenhum dos cônjuges está sujeito a sanções, no âmbito do processo de divórcio, por comportamentos assumidos na constância do matrimônio).”<sup>137</sup>

Em razão da referida alteração legislativa, oriunda de uma onda doutrinária relevante, no Brasil majoritária e em Portugal minoritária, há de se destacar que alguns autores justificam a ausência da necessidade da análise da culpa como proibidor da condenação do cônjuge que descumpriu seu dever conjugal<sup>138</sup>.

Em que pese a referida leitura acima destacada possa ser tida como verdadeira, há de se considerar também que o legislador brasileiro, no artigo 1.572 do Código Civil, por exemplo, prevê que qualquer um dos cônjuges poderá ingressar com ação de separação judicial imputando ao outro ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, prevendo ainda a possibilidade de fixação de alimentos em desfavor do cônjuge que tiver dado azo ao fim daquela relação<sup>139</sup>. No Código Civil Português,

<sup>136</sup> “Com o fim da separação, toda teoria da culpa esvaiu-se, e não é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento” (DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à Emenda constitucional 66*, de 13 de julho de 2010. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27).

<sup>137</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. ABOLIÇÃO DA CULPA E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. 2021. Disponível em: < <file:///C:/Users/bianc/Downloads/DIR31-01.pdf> >

<sup>138</sup> “Mantenho também que o regime de 2008 quis afastar qualquer juízo de culpa no âmbito especificamente matrimonial, tanto como pressuposto do decretamento do divórcio, quanto para os efeitos tradicionais, que distinguiram a contribuição dos cônjuges para o fracasso do casamento e penalizavam o culpado ou o principal culpado” (OLIVEIRA, 2016).

<sup>139</sup> CCB/2002, art. 1.704: Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

por sua vez, há de se destacar a existência do artigo 1.792<sup>140</sup>, que expressamente traz a previsão de responsabilização não patrimonial ao cônjuge culpado, ou mais culpado, pela ruptura conjugal.

Inclusive, o número 2 do artigo 487 do Código Civil Português<sup>141</sup> prevê expressamente que a “culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”. Ora, a menção do artigo é expressa a figura do pai de família, de modo que fica contraditório que tal análise não se faça, justamente, a essa figura.

Portanto, demonstra-se que a análise da culpa não está, de fato, tão isolada do ordenamento jurídico como a doutrina mais moderna defende, e deve ser mitigada.

Sobre o tema, em relação a análise da culpa e aplicação da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais, importante destacar brevemente três posicionamentos doutrinários relevantes: (i) do catedrático Carlos Pamplona Cortes-Real que defende que a reforma de 2008 obsta a possibilidade de indenização pela violação dos deveres conjugais, de modo que o artigo 1792 seria aplicável tão-somente a violação de direitos absolutos como o direito à integridade física ou o direito de propriedade<sup>142</sup>; (ii) Já Guilherme de Oliveira, como será melhor esclarecido no presente trabalho, entende que há a aplicação da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais se tal violação ocorrer com ofensa aos direitos da personalidade, justamente pelo afastamento da culpa no divórcio<sup>143</sup>. E o terceiro posicionamento é de Jorge Duarte Pinheiro.

Segundo o último Autor, a inaplicação da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais levaria a negação da relevância dos referidos deveres, o que a lei não autoriza<sup>144</sup> (nem em Portugal, nem no Brasil, diga-se de passagem).

“Compreende-se que a formalização da extinção do vínculo matrimonial opere quando não exista nem seja viável a relação à dois, que não se insista na

<sup>140</sup> Artigo 1792.º - (Reparação de danos)

1. O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.

2. O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

<sup>141</sup> Artigo 487.º (**Culpa**)

1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.  
2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

<sup>142</sup> Cf. Corte-Real;Pereira (2011, pp.17-20, 182-183); e Corte-Real (2016, pp. 123-124).

<sup>143</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. “A nova lei do divórcio”, Lex Familiae n.º 13, 2010.p. 21

<sup>144</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. ABOLIÇÃO DA CULPA E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. 2021. Disponível em:< <file:///C:/Users/bianc/Downloads/DIR31-01.pdf>>

continuação de um vínculo sem expressão nem função. Compreende-se, assim, que a culpa na ruptura deixe de ser quer um pressuposto do divórcio quer um fator a considerar na fixação dos efeitos da dissolução. Na falta de vida comum, há que eliminar barreiras à certificação formal do final de um casamento que materialmente já terminou. No plano da responsabilidade civil, o imperativo é outro: um princípio de justiça, como é o da reparação de danos. Nada legitima uma atitude de indiferença só porque lesado e lesante estão ou estiveram unidos pelo matrimónio. A família não deve ser tida como um mundo à parte, onde reina a imunidade.”

O doutrinador Jorge Duarte Pinheiro, inclusive, entende que a assunção de culpa não pode ser afastada por pacto entre as partes, em razão da natureza dos deveres conjugais – como ficará melhor explicado adiante no presente trabalho. Segundo o doutrinador, os deveres conjugais ainda devem ser seguidos após a separação de fato do casal, uma vez que as atitudes ali praticadas podem aprofundar o estado de ruptura inicial, levando à ruptura definitiva<sup>145</sup>

Nessa direção, o artigo 1.792 do CCPT<sup>146</sup> prevê a obrigação de indenizar pelos danos não patrimoniais causados pela violação dos deveres conjugais. Os danos principais seriam o sofrimento pela destruição do casamento, a desvalorização social pela condição de divorciado, a perda de ilusões matrimoniais e de direitos conjugais pessoais. A sentença de divórcio formaliza o insucesso de um projeto afetivo que pode trazer consequências sem precedentes para o cônjuge inocente ou menos culpado<sup>147</sup>. O ato de pedir o divórcio, em si, não enseja responsabilização: a culpa só é imputável ao cônjuge que, com a sua conduta, comprometeu a possibilidade da vida em comum, seja ele o único culpado ou o mais culpado.

Portanto, se for verificado o nexo de causalidade, Jorge Pinheiro defende que há de se considerar o tipo de dano produzido com a violação do dever conjugal que levou à ruptura da vida comum, seja por imposição do artigo 1.792, I, seja pela ótica da responsabilidade civil geral do artigo 496, n° 1<sup>148</sup>.

Nessa esteira, pode-se entender, portanto, que, para se analisar a responsabilização do cônjuge pela ruptura do dever conjugal de fidelidade, não se faz necessária, *a priori*, uma

---

<sup>145</sup> PINHEIRO, 2004, p. 646.

<sup>146</sup> CCPT, art. 1792: Reparação de danos

1 - O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns. 2 - O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

<sup>147</sup> PINHEIRO, 2004, p. 651.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 704.

análise da culpa, uma vez que, sob a ótica da responsabilidade civil geral, ela não é necessariamente fundamental.

A responsabilidade civil subjetiva é pressuposta de ilícito, culpa, dano e nexó de causalidade entre o fato ilícito e o dano. Na responsabilidade subjetiva delitual, o ato ilícito consiste na violação de um dever diverso de uma obrigação lato sensu e a culpa do agente deve ser provada pelo lesado (art. 487, nº 1, CCPT). Já na responsabilidade obrigacional, presume-se a culpa do devedor na falta de cumprimento do dever conjugal (art. 799, nº 1).

Para ligar o ilícito ao dano, há necessariamente que traçar uma cadeia causal sucessiva entre o ilícito e a ruptura e entre o divórcio e o dano. A relação entre o ilícito e a ruptura é definida no momento da declaração do cônjuge culpado; a relação entre o divórcio e o dano é expressamente requerida pelo preceito em apreço. A conexão entre estas duas relações está implícita pelo regime legal dos pressupostos do divórcio litigioso (o divórcio por causas subjectivas só é decretado se estiver comprometida a possibilidade da vida comum; as causas objectivas do divórcio traduzem-se em indícios de ruptura da vida em comum). Na outra modalidade de responsabilidade civil por ilícito conjugal, de agora em diante designada como responsabilidade civil directa pelo ilícito conjugal, a ligação causal entre a dissolução do casamento e o dano nunca se interpõe entre o ilícito e o dano<sup>149</sup>.

Ou seja, mesmo que se analisasse a impossibilidade de aferição de culpa na ruptura conjugal, o fato de não haver mais a culpa pelo fim do afeto não significa a ausência de responsabilidade em relação ao ato em si cometido. Portanto, o afastamento da “culpa” é mitigado e funciona como regra geral. Porém, há exceções. A ausência da necessidade de culpa para o pedido de divórcio não autoriza a violação dos deveres conjugais previstos contratualmente, e tampouco significa a permissão de atitudes abusivas em relação ao outro.

#### **4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil é o “conjunto de fatos que dão origem à obrigação de indenizar os danos sofridos por outrem.”<sup>150</sup> Para que se tenha elementos que sustentem um necessário aprofundamento do estudo da incidência da responsabilidade civil quando do

---

<sup>149</sup> PINHEIRO, 2004, p. 704.

<sup>150</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. Direito das Obrigações. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina. P. 284

descumprimento do dever de fidelidade, é necessário estabelecer um breve giro no complexo e extenso mundo da responsabilidade civil.

Assim, o próximo capítulo falará, ainda que de forma breve, sobre os elementos da responsabilidade civil que servem de embasamento para a conclusão final do trabalho.

#### 4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A concepção da responsabilidade civil remonta aos primórdios da organização social humana, embora seus aspectos tenham em muito evoluído ao longo da história do direito, de modo que ela é, atualmente, a mais importante fonte das obrigações. Sob outras denominações terminológicas, uma vez que o termo “responsabilidade” surgiu apenas no final do século XVIII, o Direito Romano não fazia distinção entre a responsabilidade civil obrigacional e a responsabilidade civil delitual<sup>151</sup>.

A *Lex Aquilia* também reprimia apenas atos ilícitos positivos, e deixava de lado a punição dos atos ilícitos negativos, como o inadimplemento do contrato. Nos tempos pretéritos, fundiam-se, ainda, princípios e fundamentos religiosos, penais e arbitrários para a reparação dos infortúnios cotidianos, de modo que não havia uma clara distinção entre “reparação” e “pena”, ou entre responsabilidade civil e criminal.

Em que pese a responsabilidade civil, tal como a conhecemos hoje, tenha começado a ganhar forma ainda com o advento do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas, as Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil colonial, confundiam reparação, pena e multa. Na ocorrência de um dano, um malefício causado a outrem, a própria sociedade insurgia-se contra o lesante, em uma reação imediata e motivada pelo ímpeto de vingança. Não havia regras, limitações ou qualquer proporcionalidade na “cobrança” daquele mal causado. Inexistia, ainda, a consideração do caráter intencional da conduta, afastando toda e qualquer noção de culpa.

---

<sup>151</sup> “Merece registro o fato de que durante o período de vigência da Lei das XII Tábuas não havia distinção entre responsabilidade civil ou penal. Na verdade, existiam apenas sanções pelas condutas consideradas ilícitas pela civilização romana. Mas, não há dúvidas, um importante pilar para o desenvolvimento da responsabilidade civil, que vigora nos dias atuais, começava a ser construído” (SANTOS, Mauro Sérgio. A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes. *Direito em Ação-Revista do Curso de Direito da UCB*, [s. l.], v. 10, n. 1, 2013).

À medida que a sociedade evoluiu, quando o Estado passou a ser mais presente na vida cotidiana e a assumir o dever de punir, passou a ser proibida a justiça com as próprias mãos, emanando uma responsabilidade proporcional ao dano, subjetiva (por debater sobre a culpa do agente causador do dano) e individual (vez que, em regra, cabe à pessoa lesada a busca pela reparação, excetuando-se o caráter individual quanto aos direitos difusos).

Assim, a punição, que antes era pessoal, ou seja, exercida sobre a própria pessoa do lesante, passou a ser econômica, patrimonial e obrigatória, ou seja, sobre os seus bens. O ofensor passou a pagar um tanto pelo dano que cometera, ainda que o prejuízo tivesse sido a morte de alguém.

O direito francês, por exemplo, aperfeiçoando lentamente as ideias romanas, estabeleceu certos princípios que influenciaram diretamente outros povos, sendo incorporados por legislações mundo afora. Dentre eles os mais importantes certamente são: o direito à reparação sempre que houver culpa, distinguindo a responsabilidade civil, que ocorre perante a vítima, da responsabilidade penal, que ocorre diante do Estado; e a noção de culpa contratual, para quem descumpre um contrato (ações negativas).

Consolida-se, assim, a premissa máxima de que a responsabilidade civil se funda na culpa, o que foi incorporado por diversas legislações posteriormente, inclusive pelo Código Civil Português, cujo artigo 483 traz como regra a responsabilização com base no dolo ou culpa, afastando-os somente em casos excepcionais e especificados em lei.

#### 4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL X RESPONSABILIDADE CIVIL DELITUAL E OS PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Se quiséssemos resumir de forma contundente a essência da responsabilidade civil, certamente diríamos que sua premissa máxima é que todo aquele que causar dano a outrem tem o dever de repará-lo.

Os juristas portugueses dividem a responsabilidade civil, de forma didática, em *responsabilidade civil obrigacional* e *responsabilidade civil delitual*.<sup>152</sup> A primeira ocorre quando há o não cumprimento de um dever pré-estabelecido, por exemplo, em um contrato,

---

<sup>152</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. Direito das Obrigações. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina. P. 284

presumindo-se a culpa e até mesmo a ilicitude, em razão da confiança inerente existente naquela relação, sustentada pelo princípio da boa-fé<sup>153</sup>; enquanto a segunda, por sua vez, verifica-se quando há a violação de deveres gerais ou genéricos, de modo que o lesante viole diretamente o direito de alguém ou interfira em algo do qual deveria se abster, causando dano, sem que haja a presunção de culpa ou ilicitude. O descumprimento da obrigação contratual presume a culpa, nos termos do artigo 799 do Código Civil, presumindo-se também a ilicitude.<sup>154</sup>

Menezes Leitão enumera em seus ensaios uma terceira via da responsabilidade civil que, por seu turno, se subdivide em responsabilidade pré-contratual, culpa post pactum finitum, contrato com eficácia de proteção para terceiros e relação corrente de negócios.<sup>155</sup> No entanto, considerando o tema central do presente trabalho, não cabe a análise de cada um desses sub-tipos, de modo que focaremos na dualidade geral da responsabilidade civil, dividida em, como dito, obrigacional e delitual.

Tratando-se de uma relação de casamento, cuja formalidade se dá por meio de contrato, necessária uma análise breve do universo da responsabilidade civil contratual. Nela, há três possibilidades: o descumprimento, o cumprimento defeituoso ou parcial e o atraso no cumprimento. Em todos, há uma obrigação de fazer de uma das partes que não é cumprida, mesmo que parcialmente. A indenização é devida pois uma obrigação sumária não cumprida geraria um dever secundário de indenizar.

No entanto, o dever de indenizar só pode ser presumido caso haja previsão contratual já fixando o *quantum* indenizatório cabível em caso de descumprimento. Quando não há tal presunção, por tratar-se de relação complexa, o dever de indenizar não é automático e passa por uma verdadeira análise de pressupostos de responsabilização. Entre o dever de prestar e o dever de indenizar há uma continuidade.<sup>156</sup>

“O incumprimento definitivo tem como consequência a constituição do devedor em responsabilidade obrigacional pelos danos causados ao credor (art. 798). Verifica-se, nessa caso, a extinção superveniente do dever de prestar, mas ocorrendo essa extinção em virtude de uma conduta ilícita e culposa do devedor, ele é obrigado a indenizar o credor pelos danos que lhe causou a não realização da prestação. Constitui-se, assim, uma nova

---

<sup>153</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Lições de Responsabilidade Civil. Ed. Principia P. 19

<sup>154</sup> MENEZES CORDEIRO, Tratado II/III, 381.

<sup>155</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. Direito das Obrigações. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina. P. 355

<sup>156</sup> ANTUNES VARELA, Das obrigações. P. 156.

obrigação, a obrigação de indemnização, que tem como fonte a responsabilidade obrigacional.”<sup>157</sup>

Porém, no caso do casamento pode se entender que os deveres impostos pela boa-fé não teriam caráter meramente contratual, mas também delitual, sendo de suma importância se entender qual é o limite do contrato. Ora, tal confusão é compreensível, uma vez que todo contrato deve ser pautado na boa-fé e nos deveres de cuidado necessários para evitar danos pessoais ou patrimoniais, sendo que muitas vezes o ato danoso tem lugar durante a execução do contrato e não por ocasião de tal execução.<sup>158</sup>

No entanto, é certo que no caso da responsabilidade civil no âmbito do casamento, poderia se entender, a depender da natureza jurídica que se adote ao referido instituto, a possibilidade de aplicação de enquadramento em ambas as divisões apontadas pelos juristas portugueses, principalmente se se compreende que a natureza jurídica do casamento é dual: contratual e existencial. Inclusive, é plenamente cabível a cumulação dos dois entendimentos a depender do caso concreto, como já entendeu o Supremo Tribunal Português.<sup>159</sup>

Em termos gerais, a responsabilidade civil delitual, por sua vez, subdivide-se em: a) *responsabilidade civil por fato ilícito-culposo*; b) *responsabilidade civil objetiva ou pelo risco*; e c) *responsabilidade civil pelo sacrifício*.<sup>160</sup> Na responsabilidade delitual, a violação do direito subjetivo é possível, sem que haja, efetivamente, culpa, porque existindo antes e para além do comportamento do sujeito, o direito subjetivo pode ser lesado sem que haja preterição de deveres por parte do sujeito. Mafalda Miranda Barbosa defende a aplicação da responsabilidade civil no seio da violação dos deveres conjugais<sup>161</sup>:

“... a violação dos referidos deveres não pode deixar de acarretar consequências no plano jurídico. Ora, tais consequências não podem deixar de se ligar ao instituto da responsabilidade civil: na ausência de sanção especial (uma vez que o divórcio deixa de ser pensado nesses moldes), resta a

<sup>157</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. Direito das Obrigações. Vol.II, Transmissão e emissão das obrigações. Não cumprimento e garantia de crédito. Ed. Almedina P. 251

<sup>158</sup> MOTA PINTO, Cessão da posição contratual. P. 409

<sup>159</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Lições de Responsabilidade Civil. Ed. Principia P. 20 e Ac. STJ, de 13 de Julho de 2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A este propósito ver ainda os seguintes acórdãos: Ac. STJ, de 23 de Janeiro de 2007; Ac. STJ, de 26 de Novembro de 2009; Ac. STJ, de 26 de Junho de 2010; e Ac. STJ, de 24 de Janeiro de 2012, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>160</sup> TITO, Karenina. Responsabilidade civil extracontratual por violação dos deveres conjugais. P. 203 Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/96335/1/Ebook%20-%20Novos%20desafios%20da%20Responsabilidade%20civil.pdf>

<sup>161</sup> Mafalda Miranda Barbosa, “Reflexões a propósito do casamento”, 944. A Autora, no entanto, entende que o casamento tem natureza personalíssima, de modo que a responsabilidade civil não seria contratual e sim extracontratual pela violação de um direito de personalidade.

responsabilidade civil como expressão da juridicidade que não pode deixar de contraminar a relação matrimonial, também do ponto de vista pessoal”

Segundo o artigo 483º, nº 1, do Código Civil Português, “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. O dispositivo se trata de uma cláusula geral de responsabilidade civil, abordada de forma semelhante pelo Código Civil francês (artigo 1.382º, 1.383º e 1.384º) e Código Civil italiano (artigo 2.043º).

Observa-se que o artigo 483º trata da *responsabilidade civil por fato ilícito-culposo*, ou *responsabilidade civil subjetiva*, regra do ordenamento, e estabelece a necessidade de atendimento de certos pressupostos para que se concretize o dever de indenizar como obrigação legal. Ocorre que a doutrina diverge quanto a esses pressupostos.

De acordo com a doutrina clássica, seguida por Antunes Varela, Almeida Costa, Galvão Telles e Menezes Leitão, são cinco os requisitos necessários à responsabilidade civil: a) fato voluntário do lesante; b) ilicitude; c) culpa; d) dano; e e) nexo de causalidade<sup>162</sup>. De forma mais sucinta, os Professores Pessoa Jorge e Menezes Cordeiro orientam que são dois os pressupostos: para aquele, o ato ilícito e o dano reparável; para este, o dano e a imputação do dano<sup>163</sup>.

Igualmente, a doutrina brasileira também diverge quanto aos pressupostos do dever de indenizar. Maria Helena Diniz<sup>164</sup> e Sérgio Cavalieri Filho<sup>165</sup>, por exemplo, apontam a existência de três elementos, a saber: a) existência de uma conduta culposa, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente como lícita ou ilícita; b) ocorrência de um dano, seja ele patrimonial ou moral; e c) nexo de causalidade, que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Para Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce, são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; e d) dano<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II – direito das obrigações*. T. IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 159-162.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 389.

<sup>164</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 200.

<sup>165</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>166</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Ao revés, em se tratando da responsabilidade civil na modalidade objetiva, como será aprofundado adiante, os pressupostos exigidos mudam, eis que alguns pressupostos antes abordados são afastados.

Contudo, analisando todos os pressupostos basilares da responsabilidade civil, indicados pela lei e pela doutrina de ambos os países, é possível concluir que dois deles são necessariamente comuns em todas as teses doutrinárias. Ao analisar as *expertises* de juristas brasileiros e portugueses, verifica-se que, fundamentalmente, seja qual for o tipo de responsabilidade civil, não há qualquer possibilidade de se debater o dever de reparação sem a existência de um *dano* e de um *nexo de causalidade*, sendo esses os dois principais e mais fundamentais requisitos para a aplicação do instituto, presentes em todas as modalidades de responsabilização civil.

#### 4.2.1 Dano

Se, por um lado, temos pressupostos inerentes a um tipo específico de responsabilidade civil, como a *culpa*, outros são comuns a absolutamente todas as modalidades, de modo que é inconcebível tratar sobre reparação civil sem a existência deles. Um desses pressupostos é o *dano*, que será melhor analisado, dada a sua importância.

Como exposto, os pressupostos para o surgimento do dever de reparar variam conforme o caso em concreto. Ou seja, precisaremos analisar cada situação de forma específica para verificar qual espécie de responsabilidade civil mais se adequa e quais requisitos serão observados para a sua caracterização.

Se a responsabilidade civil é essencialmente a reparação pecuniária por um mal causado, ainda que haja responsabilidade sem *culpa*, ou ainda que exista uma conduta lícita por parte do agente, não há que se falar em dever de reparação quando não houver dano. Assim, por pior que seja a atitude do agente, se tudo “ficar bem”, não sendo configurado dano, não há responsabilização.<sup>167</sup>

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, “ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa

---

<sup>167</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. Direito das Obrigações. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina. P.333

e até mesmo dolo por parte do infrator”<sup>168</sup>. Para Agostinho Alvim, “dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio”<sup>169</sup>.

Enquanto alguns autores conceituam o dano em sua concepção clássica, considerando-o a “diminuição do patrimônio”<sup>170</sup>, outros preferem indicar o dano como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”<sup>171</sup>. Neste último caso, o dano abrangeria não apenas o patrimônio no sentido econômico, mas a honra, a imagem, a saúde e a dignidade humana, suscetíveis de igual proteção.<sup>172</sup>

O que se busca através da indenização é, essencialmente, a reparação do dano causado à vítima em sua integralidade, restaurando-se, na maior medida possível, o *status a quo ante*, ou seja, retornando-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. No caso da indenização em relação contratual, procura-se colocar o credor na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.<sup>173</sup>

Em certos casos, quando a perda é essencialmente patrimonial, ou seja, quando é possível quantificar esse *déficit*, o lesante repõe ao lesado o que ele perdeu, o que, de modo geral, mas não necessariamente, é feito mediante prestação em pecúnia.

É importante compreender, ainda, que o dano patrimonial deve ser observado em toda a sua extensão, de modo que o ressarcimento à vítima deve acontecer não apenas em relação ao que ela perdeu, como também ao que ela efetivamente deixou de ganhar ou lucrar, o chamado *lucro cessante*, que será mais bem esclarecido a seguir.

<sup>168</sup> GONÇALVES, 2019, p. 476.

<sup>169</sup> ALVIM, 1980 *apud* GONÇALVES, 2019, p. 475.

<sup>170</sup> “Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações”. (Iturraspe, Jorge Mosset. *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Hammurabi, 1993, p. 21.)

<sup>171</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 573.

<sup>172</sup> Menezes Leitão exemplifica a diferenciação “Assim, por exemplo, se alguém embate no carro de outra pessoa, o dano em sentido real consistirá na perda ou na deterioração do automóvel. Já o dano em sentido patrimonial corresponderá as alterações que se verificam no patrimônio do lesado em consequência dessa perda ou deterioração, designadamente as despesas do conserto e as importâncias que deixou de auferir em consequência da não utilização do automóvel.” (MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina. P 334)

<sup>173</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. Ed. Principia P. P. 427

Deve-se destacar, por outro lado, que há situações nas quais o estrago não foi econômico, mas ocorreu na esfera extrapatrimonial, no foro íntimo da pessoa lesada, como no caso de um dano em sua saúde, que lhe diminuirá seu tempo de vida; um abalo em sua honra perante a sociedade, provocando reflexos ou mesmo transtornos psicológicos etc. Em tais casos, não é possível voltar à conjuntura anterior. Assim, a reparação a esse tipo de dano, se dá mediante a busca por uma indenização em pecúnia, que, no entanto, não tem a pretensão de repor o que se perdeu (vez que isso é inconcebível, a princípio), mas busca compensar o bem jurídico lesado. Outrossim, ainda que o *prejuízo* seja um pressuposto indispensável para a responsabilidade civil, é preciso observar certos requisitos para que esse dano seja capaz de gerar um dever de reparação, isto é, não é todo e qualquer dano que leva a tal obrigação. Para isso, é necessário que o dano seja atual e certo.

Como ensina Lalou<sup>174</sup>, dano atual é aquele que já existe “no momento da ação de responsabilidade”, e acrescenta: “um dano futuro não justifica uma ação de indenização”. Essa regra pode, entretanto, ser flexibilizada quando o dano futuro for consequência de um dano presente, desde que haja elementos suficientes para avaliar o prejuízo futuro. Nesse sentido, eis o que dispõe o artigo 564º, nº 02, do Código Civil português:

2. Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.

Veja-se que, em que pese o legislador mencionar “danos futuros”, ele ressalta que só será possível atender tal prejuízo se ele for ao menos “previsível”, o que reforça o argumento sob o ponto de vista da atualidade. Previsível é o dano que pode ser mensurado, pensado ou calculado no momento atual. Ainda que ele não exista de fato, é possível conceber que esse dano certamente existirá no futuro, bem como dimensionar sua extensão e proporção, pois é decorrente de um fato atual, que necessariamente causará prejuízo em algum momento. Sem essa possibilidade, torna-se impraticável o arbitramento da indenização.

Ademais, Carlos Roberto Gonçalves explica que o requisito da “certeza” do dano afasta a possibilidade de reparação de dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto é assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a certeza de que ele se teria

---

<sup>174</sup> LALOU, 1962 *apud* GONÇALVES, 2019, p. 477.

verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas.

No exemplo trazido acima, referente ao arbitramento dos lucros cessantes, antes de calcular o que se deixou de lucrar, é preciso que exista uma real expectativa de lucro, pois é ele que será usado como parâmetro para fixação da indenização. Não se admite presumir a liquidação de lucro de onde, normalmente ou habitualmente, não há.

É preciso ter em mente qual é o curso natural das coisas, aquilo que mesmo sem interferências propositais aconteceria. É o prejuízo que normalmente e naturalmente acontecerá, não é circunstancial. Este é o dano certo. Portanto, não basta a mera possibilidade do evento danoso, tampouco o prejuízo incalculável, incerto e futuro. É necessário que ele seja iminente e concreto, e que possibilite calcular a sua extensão, pois do contrário, torna-se incabível a obrigação de indenizar.

#### 4.2.1.1 *Dano material*

Os danos materiais, também chamados de danos patrimoniais, são os prejuízos que afetam o patrimônio corpóreo de uma pessoa, seja ela natural, jurídica ou um ente despersonalizado.

Nesse ponto, há uma interessante distinção feita pelo Ilustre E. Santos Junior<sup>175</sup>, ao diferenciar o dano patrimonial e dano real. Para o doutrinador, “o dano real é a perda ou a diminuição da utilidade do bem juridicamente tutelado, tal como ela ocorre realmente, na sua feição ‘*in natura*’”. Por sua vez, o dano patrimonial, ou dano de cálculo, é a “projeção do dano real no patrimônio do lesado”.

Para fins de reparação, o artigo 562º do Código Civil Português garante que “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Ou seja, se o dano tiver de ser indenizado, a prioridade é que seja feita a recomposição *in natura* do bem perdido ou danificado, voltando o lesado à situação anterior, suprimindo-se o dano real. Como exemplo, podemos pensar na reparação perfeita de um automóvel danificado, ou na entrega de coisa idêntica àquela danificada.

---

<sup>175</sup> SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Direito das Obrigações I – Sinopse Explicativa e Exemplificativa*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 172.

Entretanto, há casos em que não é possível a reparação *in natura*, seja pela impossibilidade técnica, seja porque o bem que se perdeu era único e não passível de substituição – nesse caso, bens infungíveis. Em outras situações, pode ser que a recomposição seja insuficiente para cobrir todos os prejuízos, ou, ainda, por ser excessivamente onerosa para o lesante. Nessas situações, o artigo 566º, nº 01, do Código Civil Português preceitua que há de se fazer uma avaliação do dano patrimonial, que será a base do montante pecuniário a ser pago como indenização em dinheiro, satisfazendo a reparação por equivalência econômica:

1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor. 2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.

O valor a ser calculado é objeto de abordagem do item 2 do dispositivo acima colacionado, sendo ele a diferença entre o patrimônio que o indenizado tinha antes do dano e o que tem após a sua ocorrência. Supõe-se que essa diferença é justamente o que ele perdeu em decorrência do evento danoso.

Enfim, o que se deve ter em mente é que o dano material é aquele que acontece no âmbito patrimonial de alguém, em razão da perda ou da diminuição da utilidade de um bem suscetível de avaliação pecuniária, de modo que é possível calcular de pronto a extensão do prejuízo, por meio de critérios objetivos.

Com efeito, o Código Civil Português (artigo 564º, nº 01) e Código Civil Brasileiro (artigo 402) preveem que os danos patrimoniais contemplam não apenas a diminuição patrimonial efetivamente experimentada, os chamados *danos emergentes*, mas também o prejuízo causado por tudo aquilo que o lesado deixou de ganhar, nomeado como *lucros cessantes*:

Art. 564º. 1. O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Os danos emergentes, também chamados de danos positivos, podem ser conceituados como a efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, o dano de fato suportado pelo prejudicado, traduzido da expressão – *o que efetivamente se perdeu* (Código

Civil Brasileiro) ou *o prejuízo causado* (Código Civil Português). Como exemplo, podemos mencionar o estrago do automóvel em caso de um acidente de trânsito ou a perda de um objeto delicado em caso de queda.

Por seu turno, os lucros cessantes ou danos negativos, já abordados no tópico anterior deste trabalho, referem-se aos valores que o lesado deixou de receber ou auferir em razão do fato provocado pelo lesante – *o que razoavelmente se deixou de lucrar* (Código Civil Brasileiro) ou *os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão* (Código Civil Português). Tendo em mente o acidente de trânsito, se o automóvel danificado em questão for um táxi, podemos exemplificar como lucros cessantes os valores que o taxista deixou de receber em razão do acidente, até a efetiva restauração do veículo em regra.

Interessante caso ocorrido no Brasil, em que se discute a extensão dos lucros cessantes, foi objeto de recurso no Superior Tribunal de Justiça<sup>176</sup>. O caso dizia respeito a um incêndio iniciado em um caminhão tanque que abastecia as bombas de um posto de gasolina, destruindo todas as suas instalações. *In casu*, a empresa proprietária do posto de gasolina alegava que os lucros cessantes perduravam até a atualidade, ao passo que a empresa proprietária do caminhão afirmava que eles deveriam ser delimitados ao tempo necessário para as obras de reconstrução, e calculados com base no lucro líquido auferido (deduzindo-se as despesas operacionais da empresa).

Para a Ministra Relatora, assistia razão à empresa dona do caminhão, uma vez que, de acordo com o seu entendimento, os lucros cessantes consistem naquilo que a parte deixou razoavelmente de lucrar em razão do evento danoso, devidos por certo período, representado, naquele caso, pelo período que compreendia o tempo necessário até a reconstrução do posto, e calculados sobre o lucro líquido:

Lucros cessantes. Cálculos. Incêndio. *In casu*, a recorrente (empresa que comercializa combustível) foi condenada a pagar indenização à empresa recorrida (posto de combustíveis) pelos danos emergentes e lucros cessantes decorrentes de incêndio iniciado em caminhão tanque de sua propriedade, que destruiu toda a instalação do posto em 17/5/1992. No REsp, discute-se somente a liquidação dos lucros cessantes. Alega a recorrente que, para as instâncias ordinárias, tais lucros perdurariam até a atualidade, o que ofenderia o art. 402 do CC/2002, bem como que eles deveriam ser delimitados ao tempo necessário para as obras de reconstrução e deles seriam deduzidas as despesas operacionais da empresa. Para a Min. Relatora, tem razão a recorrente quanto

---

<sup>176</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial nº 1.110.417/MA*. Rel. Min. Maria Isabel Galloti. Julgamento em 07 abr. 2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200802730754&dt\\_publicacao=28/04/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802730754&dt_publicacao=28/04/2011). Acesso em: 25 jan. 2024.

aos lucros cessantes consistirem naquilo que a parte deixou razoavelmente de lucrar; portanto, são devidos por um período certo, ou seja, somente aquele em que a parte ficou impossibilitada de auferir lucros em decorrência do evento danoso, que, no caso dos autos, seria o período necessário para as obras de reconstrução do posto. Também assevera proceder a afirmação da recorrente de que a apuração dos lucros cessantes deve ser feita apenas considerando o lucro líquido, deduzindo-se todas as despesas operacionais da empresa recorrida (salários, aluguéis etc.), inclusive os tributos. Ademais, a recorrida optou por não continuar na mesma atividade econômica, vendeu o imóvel onde existia o empreendimento para outra empresa (há mais de 11 anos) e, feita essa opção, o pagamento de lucros cessantes não pode ser perpetuado sobre atividade que não é mais exercida. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso para anular a decisão homologatória dos cálculos e determinou o retorno dos autos à origem para que seja realizada nova perícia nos termos do voto da Min. Relatora. Precedentes citados: REsp 489.195/RJ, DJ 19.11.2007; REsp 575.080/CE, DJ 26.03.2007, e REsp 613.648/RJ, DJ 16.04.2007.

No caso dos lucros cessantes, inevitavelmente, o cálculo do valor do dano e o tempo que a indenização deve perdurar devem ser feitos cuidadosamente em cada caso concreto, com critérios razoáveis, evitando-se o enriquecimento sem causa da vítima.

Outro evento que merece atenção, em razão de seus variados desdobramentos em termos de responsabilidade civil, é a morte. De acordo com a doutrina e a jurisprudência, a morte de alguém acarreta vários tipos de danos. A título de exemplo, há o dano causado pelas despesas com o tratamento da vítima e seu funeral; o dano causado à família enlutada; o dano causado àquele que recebia alimentos do falecido; entre tantos outros, todos passíveis de indenização.

Ao tratar exclusivamente dos desdobramentos econômicos causados pelo evento “morte” (pois as demais repercussões serão analisadas oportunamente), podemos dizer que os prejuízos financeiros decorrentes do homicídio também são classificados como uma espécie de lucros cessantes. Tal responsabilização está prevista no artigo 948 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima

Aqui, é necessário fazer um breve adendo para reforçar que deve haver um limite temporal máximo para o pagamento desse tipo de indenização, uma vez que entendimentos em sentido contrário conduziriam a um enriquecimento ilícito pelo indenizado.

Nesse aspecto, no Brasil, em regra, utiliza-se uma tabela elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a respeito da expectativa de vida da sociedade brasileira, que permite estimar quanto viveria a pessoa falecida em condições normais. Isso não exclui, contudo, a análise casuística, que pode levar a uma limitação ainda maior do tempo da indenização, a depender das peculiaridades.

Há de se ressaltar, também, que nesses casos é salutar que exista um vínculo de dependência econômica entre o falecido e a pessoa a ser indenizada, anterior à morte, sem o qual é impossível imputar a responsabilização civil, uma vez que, caso assim não o fosse, não haveria justificativa para o arbitramento de tal indenização.

Em síntese, muitos são os casos em que a responsabilidade civil causada por danos materiais se verifica, seja na modalidade de danos emergentes ou de lucros cessantes. É certo, porém, que cada situação demanda uma análise individualizada, que possibilita identificar a extensão dos prejuízos gerados e a melhor forma para se ressarcir tais danos. Independentemente de qual tipo de danos materiais tratemos, nem sempre será possível auferir com tamanha facilidade a perda patrimonial da vítima indenizada. Contudo, o que se deve buscar é a reparação dos prejuízos experimentados na maior medida possível, mediante os critérios estabelecidos em lei, de acordo com cada caso.

#### 4.2.1.2 *Dano Moral*

O dano moral, também denominado de dano extrapatrimonial ou dano imaterial, é aquele cujo prejuízo acontece no âmbito pessoal, subjetivo e íntimo do indivíduo indenizado, sem necessariamente lhe acarretar uma perda ou diminuição em seu patrimônio.

No passado, o dano moral não era indenizável, sob o equivocado fundamento de que é inestimável<sup>177</sup>. Partindo-se do entendimento de que, se não é possível medir a dor, não se pode indenizá-la, julgava-se, inclusive, ser imoral estabelecer um preço para a dor (*pretium*

---

<sup>177</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

*doloris*). O Supremo Tribunal Federal, até metade de século passado, afirmava, de forma categórica, que apenas os danos materiais seriam passíveis de indenização. Vejamos:

Não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material<sup>178</sup>.

Todavia, gradativamente, foi constatada a falta de lógica em negar o ressarcimento do dano moral em razão de seu caráter inestimável, já que não se pretende quantificar a dor, mas apenas estabelecer uma compensação pelo sofrimento. Nesse sentido, afirma Sergio Cavaliere<sup>179</sup>:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à restitutio in integrum do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que compense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida.

No Brasil, a reparabilidade dos danos morais só se tornou possível com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a prever tal indenização não apenas no âmbito civil, mas nas relações trabalhistas e familiares. Antes disso, era inconcebível a reparação por danos que não fossem materiais, dada a dificuldade na sua determinação e quantificação. Atualmente, a reparação pelos danos extrapatrimoniais não é apenas unânime, mas necessária, vez que todo e qualquer dano deve ser reparado. Para Flávio Tartuce, o dano moral pode ser assim conceituado:

uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do Código Civil Brasileiro), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo<sup>180</sup>.

Por “direitos de personalidade” entendem-se aqueles que são juridicamente tutelados como sendo inerentes à vida e à dignidade do ser humano, sendo os direitos mais caros da pessoa. A título de exemplo, podemos citar o direito à imagem, ao nome, à privacidade, à integridade, à honra, à liberdade, à intimidade, à saúde, e à vida. Todo ato que fere qualquer desses direitos, e eventualmente direitos correlatos a eles, é passível de indenização por danos

---

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso Extraordinário 11.786*. Rel ministro Hahnemann Guimarães. Brasília, 06 out. 1952.

<sup>179</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 109.

<sup>180</sup> TARTUCE, 2019, p. 592.

morais, ainda que nenhum prejuízo financeiro tenha sido gerado. Nesse ponto, de acordo com E. Santos Junior:

tal indenização, porém, não visa, como no caso de indemnização em dinheiro por lesão de um dano patrimonial, constituir o valor monetário por equivalente do bem lesado, pois este não é susceptível de avaliação pecuniária, mas antes estabelecer uma compensação ao lesado pelo dano (não patrimonial) sofrido; não se trata de um preço de dor (*pretium doloris*), nem de fazer qualquer comércio de bens não patrimoniais, mas apenas de, na impossibilidade de reparar verdadeiramente, não deixar de atribuir uma compensação ao lesado: é a forma de reação possível do Direito, mas uma reação que se impõe para a defesa desses bens não patrimoniais, como compensação e desagravo do lesado, sancionando também o lesante (mormente quando a sua responsabilidade seja subjectiva) e, por algum modo, valendo com uma função preventiva geral<sup>181</sup>.

A propósito, no âmbito dos danos extrapatrimoniais, também é possível ocasionalmente a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outros meios, como é o caso do direito de resposta.

É importante observar que, em se tratando de dano moral, ao estabelecer uma compensação em dinheiro, a intenção do legislador não é quantificar ou precificar o sofrimento da vítima – o que seria impraticável, já que cada pessoa sofre de um jeito diferente, sendo que o sofrimento pode tomar maior ou menor proporção de acordo com cada um. Portanto, não haveria como fixar de forma objetiva e padronizada um preço por um sentimento tão subjetivo e íntimo, que muda de indivíduo para indivíduo.

Ainda, não há como repor financeiramente uma dor de modo que ela acabe, voltando ao status *a quo ante*. Por essa razão, o termo *ressarcimento* é inadequado quando tratamos de danos morais, pois ele traz a ideia de recomposição, restituição, quando, no caso em que se está diante de um dano extrapatrimonial, em que a indenização *in natura* não é possível, a medida que se toma é de *compensação*. Por meio dela, termo tecnicamente apropriado, o legislador busca neutralizar ou mitigar os efeitos da perda ou da violação do bem imaterial, e não fazer um acréscimo patrimonial para a vítima.

Na mesma toada, Maria Celina Bodin de Moraes explica<sup>182</sup>:

Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; indenizar é a palavra que provém do latim, “in dene”, que significa devolver

<sup>181</sup> SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 174.

<sup>182</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 145.

(o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível em no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável [...].

Ou seja, pretende-se, com dano moral, apenas e tão somente uma compensação para amenizar as consequências do sofrimento. Nesse aspecto, difere-se do dano material, cujo fito é estabelecer equivalência na reparação do prejuízo. Além disso, o arbitramento do dano moral é de suma importância em razão de seu caráter punitivo, que estabelece uma infração, ainda que pecuniária, ao causador do dano.

Em regra, o dano moral causa, na vítima, dor, sofrimento, tristeza e angústia, muito embora não haja necessariamente a obrigatoriedade da presença desses sentimentos humanos negativos e desagradáveis para que ele seja indenizável. A título de exemplo, podemos citar os danos morais causados à pessoa jurídica. A possibilidade de reparação por danos morais pela pessoa jurídica é pacífica nos Tribunais brasileiros, estando este entendimento consolidado pela Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Na medida em que a pessoa jurídica é um ente dotado de personalidade e titular de direitos e obrigações, seria incoerente pensar que ela não possa sofrer um dano de ordem extrapatrimonial. No Brasil, são inúmeros os casos em que se indenizou a pessoa jurídica, não por ela ter experimentado um sentimento ruim, mas simplesmente por ter sofrido a ofensa. O mesmo ocorre com o absolutamente incapaz, que, mesmo quando não comprovado o seu sofrimento psíquico, pode ser indenizado somente por ter suportado a afronta.

No que se refere à prova do dano, por regra, o autor da demanda precisa comprovar o mal que sofreu para que seja indenizado na esfera imaterial (dano moral subjetivo). Contudo, há casos em que essa prova se torna desnecessária, de modo que o próprio legislador prevê situações em que o dano é presumido (*dano moral objetivo* ou *dano moral in re ipsa*).

Ainda quanto ao arbitramento de danos morais, há de se ter muito cuidado com as abusividades. Isso porque, há algum tempo, os tribunais brasileiros e portugueses vêm tentando combater o que se chamou de indústria do dano moral, caracterizada por demandas em que se confunde o efetivo dano imaterial com o mero aborrecimento cotidiano. Assim, todo e qualquer desgosto do dia a dia acabava virando um processo, o que, além de gerar um enriquecimento ilícito pelo demandante, leva à sobrecarga do Poder Judiciário<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação

Desse modo, pode-se compreender como, em regra, o dano moral não é presumido e deve ser provado. Além disso, não é todo e qualquer aborrecimento que gera a responsabilização civil: deve ser verificada a presença de abalo aos direitos intrínsecos da personalidade do indivíduo.

Por derradeiro, o dano moral permite uma classificação de acordo com a pessoa atingida, podendo ele ser *direto*, quando fere a própria vítima, sua honra e autoestima; ou *indireto*, também chamado de *dano moral em ricochete*, quando o abalo à pessoa se dá de forma reflexa, a exemplo de quando ocorre a morte de familiar ou a perda de um objeto de elevada estima.

Finalmente, apesar de o dano moral ter caráter subjetivo e intrínseco, há de se estabelecer certos critérios e limites para a sua caracterização, pois, do contrário, toda e qualquer chateação seria objeto de demanda judicial, objetivando uma indenização. O professor Sergio Cavalieri, acompanhado de tantos outros civilistas, conceitua o dano moral como a violação do direito à dignidade. Vejamos<sup>184</sup>:

Assim, à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral em dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Desse modo, diante da referida conceituação, como adverte Maria Celina Bodin de Moraes<sup>185</sup>, não é toda situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais.

#### 4.2.2 Nexo de causalidade

---

ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' [...]" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010)

<sup>184</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 106-107.

<sup>185</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 386, p. 183–201, jul./ago., 2006, p. 186-187.

Além do dano, outro requisito essencial para a responsabilidade civil é o nexo de causalidade, a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. Sem essa relação de causalidade, ainda que haja um dano ou uma conduta ilícita, não é possível se atribuir a alguém o dever de indenizar.

Nesse sentido, o artigo 483º do Código Civil Português prevê que a obrigação de indenizar reporta-se aos danos *resultantes* da violação, isto é, aos danos que foram causados pelo comportamento ilícito e culposo do agente.<sup>186</sup>

Contudo, há casos em que uma conduta gera múltiplos danos. Logo, surge uma problemática que até hoje não está totalmente pacificada na doutrina e na jurisprudência, referente à necessidade de se limitar essa cadeia interminável de condutas, que, por mais remotas que sejam, poderiam ser atribuídos ao dano. Assim, em situações complexas e de eventos sucessivos, como determinar a causa do dano?

Na tentativa de se resolver esse problema, a doutrina de diversos países concebeu inúmeras teorias, que tentam pacificar os critérios para identificação da conduta causadora do dano e a sua extensão, delimitando a reparação civil. Tendo em vista que o escopo do presente trabalho não é o aprofundamento desse tema, cabe, aqui, que nos limitemos à apresentação de duas das principais teorias que se propuseram a fornecer um critério para determinar o nexo de causalidade, encontradas tanto no Direito brasileiro quanto no Direito português.

A primeira delas é a *teoria da equivalência das condições* ou da *conditio sine qua non*, que estabelece que todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil. A crítica que se faz a essa teoria é que ela acaba ampliando o nexo de causalidade até o infinito. Imagine-se, por exemplo, que uma pessoa fere a outra levemente, e em razão disso a vítima precisa se deslocar para um hospital. Por um infortúnio, o hospital pega fogo, levando a pessoa ferida a óbito. Neste caso, o ferimento inicial seria a causa do dano morte, pois em razão dele é que a vítima precisou deslocar-se ao hospital que foi alvo de incêndio<sup>187</sup>.

Por sua vez, a *teoria da causalidade adequada*, desenvolvida por Von Kries, e adotada doutrinariamente por nomes como Galvão Telles, Antunes Varela, Almeida Costa e Pessoa Jorge<sup>188</sup>, considera como causadora do dano a condição que por si só é apta a produzi-lo. Ou seja, em havendo um dano, é preciso observar se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa em condições normais. Se essa relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa

---

<sup>186</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. Direito das Obrigações. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina. P.343

<sup>187</sup> SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 175.

<sup>188</sup> VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra Ed, 1987.

natureza, conclui-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Ao revés, se o dano existiu por uma circunstância excepcional, diz-se que a causa não era adequada a gerar a responsabilidade civil, salvo se essa circunstância era de conhecimento do agente, hipótese em que ele será responsabilizado. Carlos Roberto Gonçalves exemplifica:

A deu uma pancada ligeira no crânio de “B”, que seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas, por ser “B” portador de uma fraqueza particular dos ossos do crânio, isto lhe causou uma fratura que resultou sua morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por “A” não ser a causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto<sup>189</sup>.

Porém, se “A” conhecesse previamente as condições de “B”, sabendo, portanto, que a mínima pancada lhe causaria um dano grave ou mesmo a morte, “A” responderá civilmente por sua conduta. Esta teoria, apesar das críticas que lhe são feitas, é a que tem sido adotada em Portugal de forma mais ampla e majoritária.

De igual forma, para parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, o Código Civil Brasileiro também parece adotar a *teoria da causalidade adequada*, eis que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam. Essa conclusão, no entanto, não é pacífica, havendo amplo debate tanto no meio acadêmico como nos tribunais.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, que por vezes adotou a *teoria da causalidade adequada*, por outras se filiou à chamada *teoria do dano direto e imediato* – uma espécie de meio termo entre as duas anteriores, segundo a qual somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente. Logo, cada agente responde tão somente pelos danos que resultam direta e imediatamente da sua conduta.

Por exemplo, “A” fere levemente “B”, que, em razão do ferimento, tem de ser transportado ao hospital por uma ambulância. No meio do caminho, a ambulância envolve-se em um acidente de trânsito, que causa o falecimento de “B”. Nesse caso, “A” responderá apenas pelos danos provocados por sua conduta de forma imediata, ou seja, pelos ferimentos leves, sendo que pela morte responderá o condutor da ambulância, o condutor do outro veículo que se envolveu no acidente ou ambos.

Por certo, são muitos os debates sobre o tema e parece não haver consenso sobre qual teoria o Código Civil brasileiro adotou, havendo decisões jurisprudenciais que ratificam ambas as teses.

---

<sup>189</sup> GONÇALVES, 2019, p. 68

Inevitavelmente, todas as teorias até hoje desenvolvidas comportam críticas. A *teoria do dano direto e imediato* trabalha mais com as exclusões totais de responsabilidade, ou seja, a obstrução do nexo causal, enquanto a *teoria da causalidade adequada* lida melhor com a concausalidade, isto é, com as contribuições de fatos para o evento danoso<sup>190</sup>. Na prática, ambas são passíveis de aplicação, e resolvem de certa forma a limitação do nexo de causalidade. Contudo, a escolha pela teoria que será aplicada dependerá do entendimento de cada julgador.

### 4.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme demonstrado anteriormente, a responsabilidade civil pode ser classificada segundo diversos critérios. No que se refere à *culpa* do agente, a responsabilidade civil é dividida em *subjetiva* e *objetiva*, o que será objeto de breve elucidação neste trabalho, com objetivo de embasar a discussão sobre a aplicação do instituto ao caso concreto.

#### 4.3.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é a regra do ordenamento jurídico, prevista no artigo 483º, nº 1, do Código Civil Português. Segundo essa regra, aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

Também chamada de *responsabilidade civil delitual por facto ilícito-culposo*, exige-se que a conduta ilícita do agente esteja maculada pelo elemento *culpa*, sem a qual a responsabilização seria, senão, *objetiva*.

Como pressupostos para a caracterização da responsabilidade subjetiva, podemos citar a conduta voluntária, ilícita e culposa do agente, além do dano e do nexo de causalidade, já estudados anteriormente. Desse modo, a conduta do agente deve ser primeiramente voluntária e consciente, de uma forma que ele possa controlar suas ações, ou seja, se não quiser ele pode escolher não a fazer. Há de ser um ato humano, de quem seja capaz de entender e de querer, ou seja, de quem é imputável.

---

<sup>190</sup> TARTUCE, 2019, p. 545.

Sendo o agente *inimputável*, isto é, alguém que, no momento do fato danoso estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou de querer praticar a conduta, não será responsabilizado, nos termos do artigo 488º, nº 1, do Código Civil Português.

O fato voluntário do agente pode ser tanto positivo (uma ação) quanto negativo (uma omissão). Nesse último caso, a lei garante que só há o dever de reparar o dano se a omissão do agente ocorrer mesmo quando ele estava obrigado a agir, sem prejuízo dos demais requisitos relativos à sua conduta. A ação (ou a omissão) deve estar ainda eivada pela ilicitude, conceituada como a inobservância ou a afronta a um dever jurídico, de fazer ou de não fazer algo. Por fim, é importante esclarecer que esse desvalor deve incidir sobre o comportamento em si, sobre o fato, e não sobre o resultado.

Segundo Marton<sup>191</sup>, a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira causadora da ilicitude e fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de um dever legal, contratual ou social, capaz de criar normas de conduta.

Sem prejuízo do dever de observar e cumprir com tais obrigações, há fatores que podem intervir para dizer se dada conduta é ou não ilícita: os chamados *excludentes de ilicitude*. Trata-se de situações que incidem para retirar o caráter aparentemente ilícito do fato. Dessa forma, ainda que o agente pratique um ato que seja, a princípio, considerado ilícito, se observadas certas circunstâncias, sua conduta passa a ser lícita, não havendo responsabilização civil.

Resumidamente, são excludentes de ilicitude: o *exercício regular de um direito*, desde que perfeitamente legítimo; o *estrito cumprimento de um dever*, no qual, em caso de colisão com outro dever, o agente deverá observar aquele de valor maior; a *legítima defesa*; a *ação direta*, que indica o recurso à força para realizar ou assegurar o próprio direito; o *estado de necessidade*; e o *consentimento do lesado*<sup>192</sup>. Importa ressaltar que todas essas excludentes têm certas peculiaridades que devem ser observadas para a sua correta aplicação, cuja análise em muito excede o escopo da presente pesquisa.

Por fim, além de voluntária e ilícita, a conduta do agente deve ser culposa, vez que a responsabilidade civil sem culpa é exceção no ordenamento jurídico. A *culpa genérica (lato sensu)* engloba o *dolo* e a *culpa em sentido estrito*. Há dolo quando o agente atua com a intenção de causar o dano, havendo uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de

---

<sup>191</sup> GONÇALVES, 2019, p. 68.

<sup>192</sup> *Ibid.*

prejudicar outrem. E, por outro lado, a culpa em sentido estrito ocorre quando há o desrespeito a um dever preexistente, que, no entanto, não carrega a intenção de violar esse dever jurídico.

Para isso, Sérgio Cavalieri Filho apresenta três elementos na caracterização da culpa: a conduta voluntária com resultado involuntário; a previsibilidade; e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. De acordo com seus ensinamentos<sup>193</sup>,

em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito.

Ou seja, o elemento intencional é retirado da culpa, pois está presente apenas no dolo.

No Direito Penal, a culpa estrita está diretamente relacionada a três modelos jurídicos, que podem ser observados também no Direito Civil. São eles: a *imprudência*, ou seja, uma ação que ultrapassa os limites de cuidado, na qual o agente vai além do que deveria; a *negligência*, isto é, quando o agente atua com a falta de cuidado, se omite, fazendo menos do que deveria; e a *imperícia*, quando o dano é causado pela falta de qualificação ou treinamento profissional para exercer uma função.

Enfim, afastada a discussão da seara penal, presentes os elementos listados quanto à conduta, sem prejuízo do dano e do nexo de causalidade, o agente incorrerá na responsabilidade civil pelas perdas que der causa.

#### **4.3.2 Responsabilidade civil objetiva**

Embora a regra geral do ordenamento jurídico seja a de que o agente só responde por fato ilícito-culposos, o autor poderá, excepcionalmente, ser responsabilizado de forma objetiva, independentemente da aferição de sua culpa. Trata-se da chamada responsabilidade pelo risco. Nesse sentido, há certas situações em que a reparação do dano ocorre independentemente da análise da culpa, e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, essa teoria, dita objetiva ou do risco, tem como

---

<sup>193</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46-47.

postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa<sup>194</sup>.

É importante frisar que, em se tratando de hipótese excepcional, somente casos tratados expressamente em lei permitem a responsabilização civil de forma objetiva. Dessa maneira, simplesmente por estar previsto em lei, haverá a atribuição de responsabilidade civil, ainda que o causador do dano não tenha participado diretamente do evento danoso.

A reparação acontece meramente pelo risco que o indenizante se submete em certas situações. A responsabilidade pelo risco pode acontecer porque esse risco foi simplesmente criado pela pessoa que por ele deva responder; porque resulta de atividade explorada por alguém; ou porque, enfim, é um risco que decorre de atividades que uma pessoa controla (concepção do risco-autoridade).

Como exemplo, podemos citar: o artigo 500º do Código Civil Português, que impõe ao comitente a responsabilidade objetiva pelos danos que o comissário causar, verificados determinados pressupostos; o artigo 501º que trata da responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas coletivas públicas pelos danos que, no exercício da gestão privada, através de seus órgãos ou representantes, causem a terceiros; e o artigo 502º, que estabelece a responsabilidade daquele que utiliza qualquer animal em benefício de seu próprio interesse.

Em síntese, são inúmeras as situações que preveem a responsabilização objetiva do agente, sem que se faça uma análise de sua culpa, ainda que genérica, bastando que se verifiquem o dano e o nexo de causalidade. Contudo, tais hipóteses devem estar necessariamente previstas em lei, vez que comportam uma exceção à regra civil.

---

<sup>194</sup> GONÇALVES, 2019, p. 56.

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A ciência do direito é cada vez mais universal e diversificada. O direito civil, em si, tem um mundo de possibilidades, linhas de atuação e doutrinas, com riqueza de detalhes e trabalhos acadêmicos e, cada vez mais, tem sido aplicada a interseção dos mais diferentes campos de estudo do direito. E o mesmo fenômeno se aplica ao Direito das Famílias e a responsabilidade civil.

Antonio Barroso Rodrigues afirma que “os deveres familiares integram o substrato obrigacional das relações jurídicas familiares” e podem ser divididos em deveres conjugais e responsabilidades parentais.<sup>195</sup>

O presente capítulo visa conjugar esses dois riquíssimos ramos do Direito das Famílias e exemplificar, de forma superficial, situações corriqueiras em que estes dois campos de estudo se misturam.

### 5.1 DA APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Com a mudança dos costumes e o aumento da complexidade das relações humanas, os conflitos em geral vêm se tornando cada vez mais peculiares em suas características, o que requer uma análise singular e até interdisciplinar de cada caso, de modo que olhemos para cada situação através de variadas perspectivas jurídicas, na busca por soluções mais eficazes aos problemas que nos são apresentados.

Na contemporaneidade, o Direito de Família interage diretamente com o Direito das Obrigações, sendo que em muitas situações os próprios princípios de Direito Contratual são aplicados na área familiar. Com o avançar dos estudos acerca do Direito de Família, a responsabilidade civil também passou a apresentar seus reflexos. Dentre os desdobramentos da responsabilidade civil nas relações familiares, podemos citar como exemplo os problemas nas relações entre pais e filhos envolvendo abandono afetivo; ou ainda, nas relações conjugais, debates a respeito da violação dos deveres do matrimônio, como casos envolvendo infidelidade em suas mais diversas variações.

---

<sup>195</sup> RODRIGUES. Antonio Barroso. A tutela indenizatória no contexto familiar. Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa. P. 94

O que precisamos ter em mente, contudo, é que nem todas as desavenças na seara familiar, mesmo aquelas ocasionadas por relacionamentos extraconjugais, ensejam uma indenização. Isso porque os requisitos da responsabilidade civil, já debatidos anteriormente, também devem estar presentes para a verificação do dever de indenizar.

Não se pode deixar de considerar que, quando o assunto é família, falamos de relações muito mais profundas do que meras relações patrimoniais ou negociais. Um relacionamento familiar traz consigo não apenas sentimentos, mas expectativas e deveres, de modo que, quando um desses elementos é violado ou frustrado, os efeitos resultantes são normalmente muito mais devastadores do que em uma relação comum, não familiar.<sup>196</sup>

Não raras são as situações em que os desgastes familiares geram traumas permanentes ou de difícil reparação, o que não pode ser confundido com chateações e insatisfações cotidianas, que acabam sendo elevadas a uma proporção injustificada. Por essa razão, é preciso olhar sempre com muita cautela para não banalizar todo e qualquer efeito colateral de um relacionamento familiar, transformando-o em um dano que muitas vezes não existe.

Apesar de o Direito de Família tratar de assuntos sensíveis, não há para esse ramo, no Direito Brasileiro, regras especiais de responsabilidade civil. Ou seja, caso haja um pedido de indenização no âmbito familiar, deverão ser observados os mesmos requisitos da responsabilidade civil em geral. Em contrapartida, no caso de Portugal, há a previsão legal específica acerca da possibilidade de responsabilização civil nas relações familiares.

A discussão acerca da aplicabilidade das regras de responsabilização civil no âmbito do direito das famílias é ampla e rica. Mas é seguro dizer que, embora haja vozes divergentes na doutrina, tem-se como majoritária a linha que entende a possibilidade de se aplicar os regramentos da responsabilidade civil no âmbito privado familiar. Acerca dessa afirmação, vale destacar a fala de Antonio Barroso Rodrigues:<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> “No contexto do Direito Familiar um enquadramento tradicional evita aplicar os quadros gerais da responsabilidade civil ao incumprimento dos respectivos deveres, invocando a sua autonomia dogmática nesta sede. Esse entendimento provoca, no entanto, graves iniquidades. Na verdade, um conjugue ou um filho não são menos lesados do que um qualquer terceiro, contraente ou não. Afinal, a relação de proximidade estabelecida entre estes sujeitos, a qual fundamentou uma regulação própria (cf. o livro IV do nosso código civil), não implica uma renúncia à proteção geral prévia (delitual), predisposta a qualquer individuo, nem à tutela específica (obrigacional) derivada das especificidades inerentes ao respectivo regime.” (RODRIGUES. Antonio Barroso. A tutela indenizatória no contexto familiar. Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa. P. 128)

<sup>197</sup> RODRIGUES. Antonio Barroso. A tutela indenizatória no contexto familiar. Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa. P. 97

“A dificuldade de apuramento da modalidade de responsabilidade que enquadre devidamente o título de imputação de danos não implica metodologicamente uma negação da existência de responsabilidade pelo respectivo incumprimento. Não tratamos da dificuldade de determinar quando existe incumprimento do dever conjugal, porquanto esta tarefa (prévia) apenas se logra a concretizar com a análise minuciosa do conteúdo da prestação, objeto de cada dever; (...) a especialidade da matéria, para a qual o conteúdo obrigacional é determinante, bem como, adiante-se a falta de uma disposição legal que expressamente resolva a questão, obriga a um enquadramento casuístico da modalidade de responsabilidade do título de imputação de danos.”

Importa ainda destacar que, quando tratamos de responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, nos referimos necessariamente à responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que depende da análise do elemento culpa, não havendo que se falar em responsabilidade civil objetiva. Sendo assim, para que nasça o dever de indenizar, é preciso estar presente: a *conduta* voluntária e consciente do agente; a *culpa* em sentido amplo; o *nexo de causalidade*; e o *dano* ou prejuízo, todos já devidamente abordados, mesmo que sem um viés profundo, anteriormente.

Sobre o tema, Flávio Tartuce ensina que<sup>198</sup>:

Para que o ato ilícito esteja presente, o dano deve estar caracterizado, o que pode ser retirado do tão mencionado artigo 186 do atual Código Civil Brasileiro. Nesse aspecto, houve uma sensível mudança estrutural no que concerne à ilicitude civil, uma vez que a sua fórmula pressupõe a existência do dano somada à violação de um direito alheio.

Ou seja, para que haja o dever de indenizar, sem prejuízo dos demais requisitos, é preciso existir necessariamente um dano, que, em regra, não se presume, de modo que deve ser provado pela vítima. Esse dano, para que seja considerado enquanto passível de indenização, deve se traduzir em reais humilhações vividas pela vítima, um sofrimento que lhe atinge os direitos personalíssimos. Assim, não basta um aborrecimento ou decepções com o cônjuge: as consequências devem ser pesadas, de modo a atingir a honra e a dignidade da parte lesada.

Além dos danos essencialmente morais, também é possível verificar a ocorrência dos danos materiais, que, uma vez devidamente comprovados, resultam na inconteste necessidade de ressarcimento. Todas essas variedades de dano, a propósito, podem ser constatadas no âmbito familiar, especialmente na seara conjugal.

---

<sup>198</sup> TARTUCE, 2019, p. 178.

## 5.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

Há grande divergência acerca da possibilidade ou não de responsabilização civil por violação dos deveres conjugais em razão de sua natureza *sui generis*<sup>199</sup>, como se analisará com maiores detalhes ao se tratar, especificamente, a da possibilidade de responsabilização civil pela violação do dever de fidelidade.

Enquanto parte da doutrina entende que não há tutela indenizatória aos cônjuges no contexto do casamento, me alinho ao entendimento de que é sim possível a aplicação da responsabilidade civil por descumprimento dos regramentos da relação conjugal.

Antes da alteração legislativa matrimonial portuguesa ocorrida em 2008, parte da doutrina defendia que os direitos familiares pessoais se diferenciavam dos direitos obrigacionais gerais em razão da fragilidade de sua garantia. De acordo com tal doutrina, a violação dos direitos familiares não determinava a obrigação de indenizar representando uma garantia frágil. A sanção prevista era, portanto, o divórcio.<sup>200</sup>

De modo a esfriar de vez a referida discussão, com a reforma de 2008, o artigo 1792 n° 1 do Código Civil Português passou a conter a seguinte redação: “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. Ou seja, ao cônjuge é aplicado os termos gerais da responsabilidade civil, independente se a violação se deu à direitos absolutos ou relativos ou se são de natureza patrimonial ou não patrimonial.<sup>201</sup>

Partindo para a análise concreta dos danos que podem eventualmente decorrer do casamento, podemos mencionar primeiramente os danos de caráter material, que levam à incidência das regras referentes às perdas e danos, tratadas pelos artigos 402 e 404 do Código Civil Brasileiro, e artigo 564º, n° 1, do Código Civil Português.

Os danos materiais podem ocorrer tanto durante o matrimônio como após o seu fim. É importante lembrar, de antemão, que as perdas e danos compreendem não apenas o que se

---

<sup>199</sup> RODRIGUES. Antonio Barroso. A tutela indenizatória no contexto familiar. Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa. P. 99

<sup>200</sup> DIAS, Cristina M. Araújo, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792º do Código Civil (na redacção dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”. P. 389. Disponível em: < file:///C:/Users/bianc/Downloads/11499-Artigo-20760-1-10-20220530.pdf >

<sup>201</sup> RODRIGUES. Antonio Barroso. A tutela indenizatória no contexto familiar. Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa. P. 102

perdeu, como também aquilo que se deixou de lucrar, respectivamente chamados de danos emergentes e lucros cessantes.

Exemplificando os danos emergentes inseridos no contexto do Direito de Família, ou seja, os prejuízos causados a outrem que importem em uma efetiva diminuição de seu patrimônio, podemos citar o caso em que a esposa teve que comprar um novo aparelho celular depois de o marido ter quebrado o antigo aparelho em um acesso de fúria. Ou, ainda, a hipótese ocorrida no Rio Grande do Sul, em que o marido não cumpriu com sua obrigação assumida no acordo de separação judicial, fazendo com que o veículo da esposa fosse apreendido judicialmente pela presença de alienação fiduciária não paga por ele:

Apelações cíveis. Responsabilidade civil. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Descumprimento de acordo em ação de separação consensual que culminou na busca e apreensão do carro da autora, que se encontrava com cláusula de alienação fiduciária. Dano material configurado. Danos morais. Majoração não acolhida. Juros moratórios a partir do evento danoso. Inteligência da Súmula n. 54 do STJ. Compensação de honorários. Impossibilidade. 1. O réu deve responder pelos danos causados à autora em decorrência de inadimplemento de obrigação assumida na ação de separação consensual (pagamento das prestações oriundas de financiamento de veículo que estava alienado fiduciariamente), que culminou na busca e apreensão do carro. 2. Danos materiais, impossibilidade de restituição do valor integral do automóvel como pretendido pela autora, pena de se estar onerando duplamente o requerido, que já havia adimplido parte considerável do valor do bem. [...] <sup>202</sup>.

Quanto aos danos materiais da modalidade de lucros cessantes, podemos citar a situação em que o marido causa à esposa danos de tamanha proporção que a impedem de trabalhar ou desenvolver sua atividade produtiva. Uma vez impossibilitada para o trabalho, a mulher deixará de auferir sua própria renda, por culpa exclusiva do marido, de modo que é ele quem deve arcar com indenização suficiente a manter a esposa economicamente, enquanto perdurarem os efeitos de sua lesão.

No que se refere aos danos morais, eles são a principal forma de responsabilização civil no âmbito do Direito de Família. As causas familiares muitas vezes levam as pessoas a travarem verdadeiras batalhas judiciais em busca do que acham ser seu direito. No entanto, é muito comum que os efeitos dos acontecimentos cotidianos sejam supervalorizados pelo requerente da indenização, acreditando que tenha de fato ocorrido um dano quando nem sempre

---

<sup>202</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (10ª Câmara Cível). *Acórdão 70024207490*. Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 28.08.2008, DOERS 08.09.2008, p. 39.

é o que se verifica. O que se pretende pontuar, nesse sentido, é que, em certas situações, aquele que experimenta um dissabor dentro de uma relação familiar pode acabar potencializando o conflito, anunciando que sofreu um dano. Não se nega que os conflitos envolvendo as relações familiares podem ser desgastantes: uma separação ou um divórcio não são situações fáceis, sobretudo quando o casal insiste em discutir os motivos que levaram ao término da relação. No entanto, tais dificuldades não podem ser entendidas sempre como um dano.

Diante dessas situações, comuns ao campo do Direito de Família, cabe aos operadores do Direito “separar o joio do trigo” e entender profundamente a situação, de modo a verificar o que é de fato um dano, apto a ensejar indenização, e o que é apenas uma frustração e um mau sentimento. Isso pois, como já mencionado, para que seja reconhecida a existência de um dano moral, com a consequente obrigação de indenizar, não bastam os meros transtornos cotidianos experimentados pelo cônjuge.

Tendo em vista o caráter subjetivo do dano moral, coube à doutrina e à jurisprudência estabelecer elementos que pudessem facilitar o reconhecimento de situações em que tenha havido de fato um prejuízo imaterial.

Um ponto de partida, nesse sentido, começa pela necessária compreensão de que o efeito da conduta voluntária do agente precisa causar na vítima uma humilhação e um vexame notório, que lhe cause tamanha vergonha perante a sociedade ou em seu núcleo social, de forma que lhe atinja a honra, a boa fama e a dignidade.

Em Portugal, o legislador prevê expressamente a possibilidade de indenização por danos morais em casos específicos de divórcio em que há a violação dos deveres conjugais previstos no artigo 1.672 da legislação civil portuguesa. Há a necessidade, como já explicitado, de preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (art. 483 e seguintes)<sup>203</sup>. Tal previsão ocorre mesmo com a ausência de declaração de culpa nos processos de divórcio, inaugurada pela Lei nº 61/2008<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> XAVIER, Rita Lobo. *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 24.

<sup>204</sup> SILVA, Aida Filipa Ferreira da. *Responsabilidade civil entre cônjuges no divórcio: as alterações do art. 1792º do código civil com a Lei nº. 61/2008, de 31 de outubro. 2013*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2013, p. 26-28. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/75752>. Acesso em: 25 jan. 2024.

É nesse sentido que segue a maior parte da jurisprudência portuguesa, que partilha do entendimento de que todas as violações de deveres conjugais poderiam dar lugar a indenização, em razão da redação do artigo 1792 do Código Civil Português<sup>205</sup>.

Há, no entanto, doutrina divergente, que entende só haver a aplicação das normas da responsabilidade contratual à violação dos deveres conjugais que consubstancie, simultaneamente, uma violação de direitos absolutos<sup>206</sup>. Nesse mesmo sentido há, também, doutrina de Tribunais da Relação em toda Portugal.

[...] a responsabilidade civil a que se refere o artigo 1792.º, n.º 1, nada tem a ver no seu alcance com a ruptura e inerente violação dos deveres conjugais, Mas tão só com a violação de direitos absolutos por força do relacionamento conjugal, v.g., no que ao direito à integridade moral e física ou ao direito de propriedade, entre outros, diga respeito [...] a lei só faz relevar os deveres conjugais, nos termos do citado artigo 1792.º, n.º 1, quando a sua inobservância possa beliscar direitos absolutos (nos termos gerais de direito, que não do direito especificamente conjugal. Há assim que fazer uma leitura “debilitadora” do alcance dos chamados deveres conjugais, que só extremadamente podem predeterminar situações de responsabilidade extracontratual, naturalmente apreciadas em tribunais comuns (é o caso, por exemplo, do crime de violência doméstica).

<sup>205</sup> “O lugar próprio da valoração da violação culposa dos deveres conjugais, que continuam a merecer a tutela do direito, é a acção judicial de responsabilidade civil para reparação de danos, processualmente, separada da acção de divórcio [...] E a solução do novo texto do artigo 1792º, no 1, do CC, constitui uma alteração clarificadora que, repudiando, abertamente, a tese da fragilidade da garantia, contribui para uma utilização mais efectiva dos meios comuns de tutela entre os cônjuges” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Acórdão 819/09.7TMPRT.P1.S1*. Relator: Helder Roque. Portugal, data do acórdão: 09 fev. 2012. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39c774e2ef22d7b4802579a600588a16?OpenDocument>. Acesso em: 26 jan. 2024).

“I — Sob a vigência do art. 1792.º do CC, na redação dada pelo DL n.º 496/77, de 25-11, no que respeita à admissibilidade do direito a indemnização por danos decorrentes da violação dos deveres conjugais pessoais, desenhavam-se, na doutrina nacional, duas perspetivas: i) — uma de cariz tradicional, no sentido de negar tal direito, ancorada na tese da denominada fragilidade da garantia daqueles deveres; ii) — outra, a sustentar a possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, em acção autónoma à do divórcio, mesmo na constância do casamento, nos termos gerais da responsabilidade civil, considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos subjetivos, não se justificando que a sua função institucional pudesse desmerecer aquela tutela. II — Por sua vez, a jurisprudência foi abrindo caminho e sedimentando a orientação desta segunda perspetiva. II — Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31-10, e face à nova redação dada ao art. 1792.º do CC, reforçou-se a tese da 2.º perspetiva, embora existam ainda alguns autores a sustentar, face à abolição do divórcio-sanção, que a violação dos deveres conjugais pessoais deixou de merecer a tutela direta por via do instituto geral da responsabilidade civil”. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Seção). *Acórdão 2325/12.3TVLSB.L1.S1*. Relator: Tomé Gomes. Portugal, data do acórdão: 12 maio 2016. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c56c09e13e9d3e7e80257fb1004ef1d5?OpenDocument>. Acesso em: 26 jan. 2024).

<sup>206</sup> CORTE REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família - Tópicos para uma reflexão crítica*. 2. ed. Lisboa: AAFD, 2011, p. 19-20.

Um dos exemplos mais claros de possibilidade de indenização em caso de violação dos deveres conjugais é precisamente aquele que se pretende abordar na análise do presente trabalho, isto é, a violação do dever de fidelidade, que será mais bem esmiuçada no capítulo seguinte.

### 5.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA QUESTÃO PARENTAL

Em que pese não seja esse o principal debate proposto nesta pesquisa, é válida a abordagem breve de outras hipóteses de responsabilização civil no âmbito familiar, especificamente nas relações parentais, na medida em que tais casos podem ilustrar como o Direito Civil entende a interação entre o dano e as relações afetivas. No Brasil, há casos em que filhos têm pretendido obter de seus genitores indenização por suposto abandono ou rejeição afetiva, aduzindo sofrer de transtornos psíquicos devido à falta de carinho e afeto.

O pedido indenizatório por danos morais encontra amparo no argumento de que é dever dos pais promover toda e qualquer assistência aos filhos, garantindo-lhes educação, alimentos e uma vida digna. Tal dever está, inclusive, disposto expressamente nos artigos 1.874º e 1.878º do Código Civil Português:

Art. 1.874º. 1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência. 2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar.

Art. 1.878º. 1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

Certo é que, de uma forma ideal, para garantir uma vida digna ao filho não basta que ele frequente uma escola e tenha o que comer diariamente, ou seja, não basta que sejam atendidas as suas necessidades básicas. É necessário, sobretudo, que haja uma convivência familiar pacífica, respeitosa, com afeto, amor e carinho, de modo que a questão afetiva é tão importante quanto a subsistência, sendo parte dos direitos das crianças e adolescentes.

As necessidades da criança e do adolescente são presumidas, e não necessitam ser comprovadas para que sejam exigidas de seus genitores, perdurando desde o nascimento até a maioridade, nos termos do artigo 1.877º do Código Civil Português.

Contudo, essa questão é polêmica e divide opiniões, uma vez que estabelecer uma indenização motivada exclusivamente pela ausência de afeto paterno ou materno pode gerar uma judicialização desenfreada dos relacionamentos, transformando as relações entre pais e filhos em uma verdadeira loteria judicial. Ademais, cabe ressaltar que o sistema judicial, especialmente no Brasil, encontra-se sobrecarregado, de modo que essas iniciativas, que buscam discutir judicialmente o afeto paterno/materno e pleitear eventual indenização devido à sua falta, pode agravar esse quadro, causando uma verdadeira “judicialização da vida”.

Uma corrente doutrinária predominante afirma ser impossível a criança demandar contra o pai que, apesar de prestar-lhe os alimentos, não lhe oferece amor, sob o argumento inicial de que não há amparo legal para tanto, uma vez que a lei impõe tão somente o dever de assistência material, de modo que a falta de afeto é uma questão moral, não cogente. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves ressaltava que:

A questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes no trato com os filhos. Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam<sup>207</sup>.

Nesse sentido, uma importante decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul merece destaque. Em sede de ação de alimentos, foi requerida pelos Alimentantes a cominação do pedido principal com indenização, o que foi indeferido pelo Tribunal julgador. A justificativa dada para a negativa foi a de que

a atribuição de cominação indenizatória não se justifica quando há rompimento de relações amorosas, pois as mágoas e sensações de perda e abandono são custos que fazem parte da existência pessoal e não constituem suporte fático a autorizar a reparação pecuniária. A possibilidade de indenização surgiria se caracterizado ato ilícito de extrema gravidade, cuja indenizabilidade seria cabível independentemente do contexto da relação afetiva entretida pelas partes<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> GONÇALVES, 2019, p. 562.

<sup>208</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). *Ap. 70.013.037.882*. Rel.: Des. Brasil Santos, j. 7-6-2006.

Com efeito, se a responsabilidade civil pressupõe a prática de um ato ilícito, ou seja, a violação de um dever, seria preciso, em tese, que houvesse uma afronta a uma norma dispositiva. Nesse sentido, a lei civil precisaria prever de forma expressa a necessidade de um pai amar seu filho, o que não ocorre.

Entretanto, não se pode banalizar o abandono afetivo, de modo a ignorá-lo totalmente em qualquer situação. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, manteve decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual houve o reconhecimento do abandono afetivo da autora, estabelecendo uma compensação por danos morais no importe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi afirmou que não estava em discussão “a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar”:

não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos [...]. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal<sup>209</sup>.

Como se pode compreender a partir do voto da Ministra, há uma diferenciação entre os atos de cuidar e amar, de modo que, enquanto este é uma faculdade, próprio do foro íntimo e não tutelado pelo Direito (pois não há uma obrigação de amar ou um direito a ser amado), aquele se traduz propriamente como um dever, de modo que seu descumprimento pode, sim, incorrer em um ilícito civil.

Partindo dessa compreensão, atualmente, a jurisprudência brasileira está consolidada no sentido de que abandono afetivo, por si só, não constitui fundamento para ação indenizatória por dano moral. Assim, qualquer pretensão nesse sentido deve estar fundada na prática de ilícito civil, consistente na infração do dever legal de cuidar dos filhos, e, por consequência, na comprovação do dano, que não se presume.

Isso porque nem sempre a falta do pai ou da mãe ocasionará um trauma na criança, que por vezes tem a sorte de ter o genitor ausente substituído por outro familiar que lhe cumpra

---

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *REsp 1.159.242-SP*. Rel.: Min. Nancy Andrighi, j. 24-4-2012, DJE, 10-5-2012.

o papel. Em tais casos, portanto, não é possível falar de dano ou prejuízo de ordem moral. Com isso, torna-se primordial a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta voluntária e ilícita; a culpa; o nexo de causalidade; e o dano.

#### 5.4 RESPONSABILIDADE PELA QUEBRA DA PROMESSA DE CASAMENTO

Um exemplo interessante sobre a aplicação da responsabilidade civil no direito de família é a possibilidade de indenização pela quebra da promessa de casamento, que é também motivo de ampla divergência doutrinária e jurisprudencial, inclusive de posicionamento, entre Brasil e Portugal.

A promessa de casamento é o contrato pelo qual duas pessoas se comprometem a contrair matrimônio (artigo 1591).<sup>210</sup> No entanto, a natureza jurídica de tal contrato impede a execução específica do ato do casamento, uma vez que se trata de ato personalíssimo. Por isso, a legislação portuguesa delimita especificamente os limites indenizatórios em caso de rompimento da referida promessa.

É fato que o rompimento do noivado, por si só, especialmente quando ocorre por iniciativa de apenas uma das partes, é certamente capaz de causar profundo abalo emocional. A promessa de casamento gera expectativas não só nos noivos, como também nas famílias e em todo o meio social que acompanha a relação entre eles. Começam-se os preparativos, a compra do imóvel onde será o lar conjugal, da mobília, do enxoval e as contratações para a cerimônia de casamento. Assim, na maioria das vezes, a abrupta separação do casal gera, em um primeiro momento, não somente um choque geral e um abalo psíquico, como também um dano de natureza material, os chamados *danos emergentes*, por tudo aquilo que já foi pago pelos noivos com eventual festa de casamento, com o imóvel em que iriam morar, e pela família em forma de presentes.

“O dano pode ser caracterizado simplesmente como sendo o prejuízo resultante de uma lesão antijurídica do bem alheio. Numa noção mais esclarecedora, poderá dizer-se que é o prejuízo, econômico ou não econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.”<sup>211</sup>

<sup>210</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. O direito de família contemporâneo. 7ª Edição. Editora Gestlegal. P.

<sup>211</sup> NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 579

Tais danos são perfeitamente indenizáveis. Calcula-se a extensão do prejuízo econômico realmente experimentado, e assim atribui-se o valor da indenização, com base nas regras gerais de responsabilidade civil por danos patrimoniais, já abordados anteriormente. Mas o tratamento dado a aplicação das sanções civis ao rompimento do noivado no Brasil e em Portugal, em que pese sejam muito semelhantes, tem embasamento muito distinto.

Primeiramente, a legislação brasileira não define o noivado como um instituto jurídico próprio, de modo que não há determinação legal própria às consequências jurídicas dadas ao noivado no Brasil, dependendo-se da análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema para se compreender o tratamento dado ao instituto no país canarinho. Favorável à tese de que é possível exigir uma indenização pela quebra do noivado, Flávio Tartuce ensina que

especificamente sobre a quebra de promessa de casamento futuro, é forçoso concluir que, no Código Civil de 2002, o dever de indenizar surge não com base no art. 186, que trata do ato ilícito puro, mas com fundamento no art. 187, que disciplina o abuso de direito como ilícito equiparado [...] <sup>212</sup>.

Desse modo, ao entender pelo cabimento da referida indenização, o doutrinador destaca que ela não é fundamentada no cometimento de um ilícito civil, disciplinado no art. 186 do Código Civil Brasileiro, mas com base no art. 187, que trata do abuso de direito. Ele continua, assim, seu entendimento:

Com todo o respeito, não se segue o entendimento pelo qual a reparação está motivada no art. 186 do atual CC, dispositivo que conceitua o ato ilícito. Isso porque não há de se falar em lesão ou violação de direitos quando alguém não celebra o casamento prometido, pois a promessa de casamento não vincula a sua celebração futura. Desse modo, não há ato ilícito propriamente dito. O dever de indenizar, em casos tais, decorre do abuso de direito, pelo desrespeito à boa-fé objetiva ou, dependendo do caso, aos bons costumes. Desse modo, o dever de indenizar, nos moldes do art. 927, caput, do CC, tem por fundamento o art. 187 da codificação material. Desse modo, a conduta de abuso gera uma responsabilidade pré-negocial casamentária em decorrência do desrespeito aos deveres anexos na fase anterior ao casamento <sup>213</sup>.

Em Portugal, no entanto, são estabelecidas em lei (art. 1.591 e seguintes do Código Civil Português) a natureza jurídica do noivado e as consequências de seu rompimento, limitando-se, portanto, as interpretações diversas que poderiam ser dadas ao instituto. A lei estabelece, primeiramente, que a promessa de casamento não confere direito à celebração do

<sup>212</sup> TARTUCE, 2019, p. 179.

<sup>213</sup> TARTUCE, 2019, p. 185.

mesmo, mas que há a possibilidade de indenização pelo rompimento da promessa sem justo motivo, nas despesas que tenham sido realizadas e pelos compromissos assumidos em razão do casamento previsto.

No Brasil, o noivado é entendido como uma relação pré-contratual, que antecede o contrato de casamento, enquanto em Portugal o noivado já consistiria em um contrato em si, mais especificamente, em um contrato-promessa. A diferença da natureza jurídica dada ao instituto pelos dois ordenamentos então origina um tratamento diverso acerca do tema pelos dois países.

No caso português, a violação da boa-fé em casos de Rompimento de Noivado se dá pelo abuso de direito, na modalidade *supressio*, por se entender haver a legítima expectativa da concretização daquela promessa de casamento. No Brasil, no entanto, parte majoritária da doutrina entende que a violação da boa-fé em casos de Rompimento de Noivado se daria pela modalidade da *culpa in contrahendo*, pelo noivado tratar-se de uma relação pré-contratual e não ser um contrato próprio *per se*.

No Brasil, por não haver uma legislação específica que trate do noivado no ordenamento jurídico pátrio, seu rompimento é analisado sob a égide da Responsabilidade Civil em geral, enquanto em Portugal seus efeitos vêm especificamente positivados no Código Civil, o que acarreta tratamentos diversos quanto aos efeitos do rompimento da promessa de casamento nos dois países. Por exemplo, no Brasil, no caso de rompimento de noivado, a depender do caso concreto, é lícito perseguir indenização por danos materiais, morais, lucros cessantes e danos emergentes.<sup>214</sup>, enquanto em Portugal só é permitida a indenização pelos danos materiais sofridos, como previsto em lei.

A lei portuguesa prevê ainda que os donativos feitos pelos esposados um ao outro ou por terceiros, em razão do casamento, em caso de incapacidade da realização do matrimônio, cada noivo deve restituir os donativos recebidos, excluindo bens consumidos. Quando o casamento deixa de ocorrer em razão de morte de um dos nubente, é lícito ao esposado sobrevivente ficar com os donativos recebidos.

Em caso paradigmático, no processo número 078925, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal decidiu pela impossibilidade de condenação do nubente - que havia desistido do noivado - em lucros cessantes e danos morais, conforme a letra da lei impõe. Uma mulher

---

<sup>214</sup> “(...) se a responsabilidade é a necessidade de reparar um dano, como já analisado, a indenização é o ressarcimento do prejuízo, recompondo o patrimônio do lesado, tornando-o indene da situação lesiva por ele experimentada.” (AZEVEDO, Alvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Altas, 2011, p. 277)

ficou noiva pelo período de 1 (um) ano com um senhor que era separado de fato, porém ainda não divorciado. Ela era empregada de uma empresa comercial onde era professora de corte e bordado e passou a viver com o noivo como fossem marido e mulher. Pressionada por ele, deixou seu emprego e passou a viver em união de facto, na casa comprada por ele para que vivessem como um casal. Depois de um ano, e após todas as alterações de vida feitas pela mulher, confiante na promessa efetuada de casamento, o nubente rompeu com o noivado, sem qualquer justificativa para tal, de modo que a nubente requereu judicialmente indenização em lucros cessantes, por ter desistido de sua carreira, além de danos morais pela enorme quebra de expectativa e dano gerados com o término repentino.

Entendeu o tribunal que a ruptura da promessa de casamento lhe permitiria a reclamação acerca da restituição de donativos efetuados em virtude da expectativa de casamento ou das despesas realizadas em razão dele, o que ainda não havia sido realizado, porém não caberia indenização por danos morais nem lucros cessantes, como previsto em lei, negando assim o recurso. Sobre o tema, em posicionamento contrário ao julgado acima destacado, E. Santos Junior defende a possibilidade de indenização por dano moral em casos similares:

[s]e a lei concede ou reconhece um direito subjectivo, certamente o faz para que os respectivos titulares possam exercê-los. O exercício de um direito nada tem, pois, de ilícito e, pelo contrário, é uma actuação fundada numa permissão legal. Mas a lei atende à possibilidade de um exercício disfuncional do direito: porque contrário à boa fé ou aos bons costumes – conceitos já nossos conhecidos – ou mesmo atentatório do fim econômico e social por que o direito foi atribuído. Quando esse exercício seja manifestamente disfuncional, o titular do direito age ilícitamente, dispensando aqui a lei a consciência dessa disfuncionalidade manifesta. Resultando danos a terceiros, em virtude desse exercício abusivo do direito, o seu titular, que assumiu o comportamento indevido, será responsável e deverá indemnizar<sup>215</sup>.

Em suma, quanto a possibilidade de condenação em danos morais, frisa-se que a mera quebra da promessa não gera, por si só, tal obrigação, uma vez que ele não pode ser confundido com o mero aborrecimento cotidiano. Contudo, nos casos em que a pessoa passou por algum tipo de humilhação, vexame público, teve sua honra abalada ou foi substancialmente enganada pela outra, há de se concordar que, se presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, existe o dever de reparação. Veja, o que geraria o dever de indenizar não é o rompimento do noivado, mas o dano que ele causou, dadas as circunstâncias.

---

<sup>215</sup> SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 302.

O que se pode concluir é que a quebra da promessa de casamento, ainda que às vésperas do matrimônio, não gera dano moral *in re ipsa*, sendo necessária a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil para o surgimento do dever de indenizar, especialmente o dano<sup>216</sup>. Ou seja, estabelecer a promessa de um casamento futuro, ou decidir pelo seu término são atos perfeitamente lícitos. No entanto, caso a parte promitente abuse desse direito, ao desprezar os deveres que decorrem da boa-fé, terá consequências.<sup>217</sup>

## 5.5 A ILICITUDE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

E. Santos Junior conceitua a ilicitude como sendo a “inobservância ou desrespeito de um dever jurídico, um juízo de desvalor que incide sobre o comportamento em si e não sobre o resultado dele”<sup>218</sup>. Trata-se de um desvalor sobre a conduta voluntária do agente, independentemente do resultado.

Desse modo, tendo o agente praticado determinado ato, ainda que não tenha produzido o resultado que pretendia, terá praticado o ato ilícito, uma vez que a ilicitude não está na consequência, e sim na conduta que viola uma norma ou cláusula contratual. A cláusula geral da ilicitude está descrita no artigo 483º, n. 01 do Código Civil Português como a violação do direito de outrem ou de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Importa lembrar, ainda, que o não agir também pode ser ilícito quando há um prévio dever de ação. Ou seja, se a lei obriga a prestar socorro em caso de acidente de trânsito, por exemplo, e o agente não o faz de forma proposital, quando havia a possibilidade de fazê-lo, está enquadrado na ilicitude.

Existe ainda outra forma de ilicitude, pela qual se considera ato ilícito aquele que violar o direito de outrem, ou o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente

---

<sup>216</sup> “Ora, evidente que a autonomia privada e os sentimentos que envolvem os casais devem prevalecer. Pois não é justo manter alguém preso ad eternum a determinada relação que não ve mais como promissora no sentido de entidade familiar e amor ao noivo (a). Pois o rompimento desta relação, quando pautado pela boa-fé, transparência e civilidade, em regras, não pode abrir precedentes compensatórios no campo do dano extrapatrimonial (...). E é claro que o patrimônio colocado na relação deve ser desfeito na proporcionalidade com a qual foi construído, mas ficando restrito apenas à esfera patrimonial. Situação diversa, no entanto, é aquela e que uma das partes age com desrespeito ao outro. Quando a intenção é de provocar uma expectativa desnecessária, de proceder em agressões físicas e psicológicas, de tentativa de enriquecimento sem causa ou qualquer atitude que fuja da normalidade das relações entre casais, aí sim se adentra à esfera da Responsabilidade Civil pelo cometimento de ato ilícito, no campo da lesão à dignidade da pessoa humana.” (ALMEIDA, Felipe Cunha. Responsabilidade Civil no Direito de Família. Angústias e aflições nas relações familiares. Ed. Livraria do Advogado. 2 Edição. P. 115)

<sup>217</sup> TARTUCE, 2019, p. 179.

<sup>218</sup> SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 294.

os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Trata-se da consagração do abuso de direito como ato ilícito equiparado, também festejado no artigo 334º do Código Civil de Portugal:

Art. 334º. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Apesar das semelhanças, é possível notar que o Código Civil lusitano equipara o abuso de direito com o ato ilegítimo, enquanto o brasileiro o nivela com o ato ilícito. Nesse sentido, Rubens Limongi França ensina que:

O ato ilícito (Manual, vol. 1.º, pág. 211) é toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. O ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou que ocasione prejuízo a outrem. Finalmente, o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito<sup>219</sup>.

A ilicitude presume, portanto, a existência de um dever anterior, que é violado em razão de uma conduta voluntária, produzindo ou não um resultado. No âmbito do casamento, a ilicitude ocorre, na maioria das vezes, por violação de um dever subjetivo do cônjuge ou dos deveres matrimoniais, já tratados anteriormente.

Na esfera da conjugalidade, muitas vezes os direitos subjetivos violados são aqueles relativos à personalidade, tais como o nome, a boa fama, a honra e a privacidade. Mas há também a mencionada ilicitude pela violação dos deveres do matrimônio, previstos no artigo 1.672 do Código Civil Português: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”.

Com efeito, no âmbito do Direito de Família, quando um dos cônjuges houver violado tais deveres, poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos causados ao outro. Vejamos, nesse sentido, um trecho de um recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti:

A infidelidade ofende a dignidade do outro cônjuge porquanto o comportamento do infiel provoca a ruptura do elo firmado entre o casal ao

---

<sup>219</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 45.

tempo do início do compromisso, rompendo o vínculo de confiança e de segurança estabelecido pela relação afetiva. A infidelidade ofende diretamente a honra subjetiva do cônjuge e as consequências se perpetuam no tempo, porquanto os sentimentos negativos que povoam a mente do inocente não desaparecem com o término da relação conjugal. Tampouco se pode olvidar que a infidelidade conjugal causa ofensa à honra objetiva do inocente, que passa a ter sua vida social marcada pela mácula que lhe foi imposta pelo outro consorte. Mesmo que não se entenda que houve infidelidade, a grave conduta indevida da ré em relação ao seu cônjuge demonstrou inequívoca ofensa aos deveres do casamento e à indignidade marital do autor. Indignidade reconhecida. Cessação da obrigação alimentar declarada<sup>220</sup>.

Acerca da ilicitude na violação dos deveres conjugais, vale destacar importante passagem de Nelson Rosenvald em artigo publicado para comentar decisão da corte espanhola que negou indenização pelo descumprimento do dever de fidelidade e do dever de respeito<sup>221</sup>:

“Negar o caráter jurídico das obrigações matrimoniais a fim de alforriar os cônjuges das consequências da responsabilidade civil acarreta uma indevida confusão entre a ilicitude e as suas eventuais consequências. O ilícito endofamiliar é a violação de obrigações decorrentes de uma especial relação jurídica cuja contrariedade ao direito pode ser sancionada de diversas formas em cada sistema jurídico”

O Autor afirma, ainda, que o inadimplemento dos deveres conjugais não gera mais a obrigatoriedade do divórcio, porém ainda possui caráter antijurídico e permite uma pretensão de reparação de danos de um cônjuge ao outro.

Contudo, não basta a simples ofensa ao dever conjugal. Para gerar a responsabilidade civil, é necessário verificar a existência dos demais elementos ensejadores da indenização, especialmente o dano. Assim, é imperioso que tal violação tenha causado relevante dor e sofrimento, atingindo profundamente o lesado. Em outras palavras, o desrespeito ao dever matrimonial nem sempre implicará na responsabilidade civil. Maria Berenice Dias exemplifica:

Não obstante a dissolução da sociedade conjugal ocorrer com o divórcio, é a separação de fato que, realmente, põe um ponto final no casamento. Todos os efeitos decorrentes da nova situação fática passam a fluir da ruptura da união. A separação de fato não exige que o casal esteja vivendo em residências distintas. Possível reconhecer a separação ainda que habitem sob o mesmo teto. Mas é necessária a prova da separação. Quando cessa a convivência, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. [...] Não

---

<sup>220</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp: 1269166 SP 2018/0064652-9*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, Data de Publicação: DJ 01/02/2019.

<sup>221</sup> ROSENVALD, Nelson. A singularidade do ilícito endofamiliar e da responsabilidade civil na conjugalidade. Disponível em: < <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/98/73>>

há mais deveres do casamento, sequer o de fidelidade, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade, que os separados de fato podem constituir união estável (CC 1.723, § 1º)<sup>222</sup>

Interessante caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal traz entendimento no sentido de que o dano não é presumido devendo, portanto, ser comprovado. Nesse sentido, não haveria violação do dever conjugal de fidelidade em casos em que as partes já se encontrem separadas de fato, já que as obrigações oriundas dos deveres conjugais teriam fim com tal episódio:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE FIDELIDADE MATRIMONIAL DO PRIMEIRO REQUERIDO E DA CONDUTA DESRESPEITOSA DA SEGUNDA REQUERIDA, QUE SABENDO DA CONDIÇÃO DE CASADO DO PRIMEIRO REQUERIDO COM ELE SE RELACIONOU. SEPARAÇÃO DE FATO. DEMONSTRAÇÃO. INÍCIO DO RELACIONAMENTO APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DANOS MORAIS INEXISTENTES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Para que o fato seja enquadrado como passível de dano moral, necessário a existência de um ato ilícito, a comprovação de que tal ato causou algum fato caracterizado como dano moral, o nexo de causalidade e a culpa dos agentes. 2. In casu, a autora/apelante alega que o relacionamento extraconjugal dos apelados desrespeitou o dever de fidelidade matrimonial do primeiro apelado, o que lhe gerou humilhação e sofrimento que exorbitou a normalidade de dor da separação, de modo a ensejar a reparação aos danos morais causados. 3. Nem toda ordem de abalo psíquico ou perturbação emocional é apta a configurar dano moral, porque este não pode se confundir com os percalços, aborrecimentos e alterações momentâneas ou tênues do normal estado psicológico, sob pena de banalizar-se e desvirtuar-se a concepção e finalidade de tão destacado instituto jurídico. 4. As provas produzidas nos autos demonstram que, quando os apelados/requeridos iniciaram seu relacionamento, a autora/apelante e o primeiro apelado já estavam separados de fato. Os depoimentos colacionados corroboram a alegação do primeiro requerido, no sentido de que a partir de 2012 cessou entre ele e a requerente qualquer manifestação de afeto, ainda que tenham continuado morando na mesma casa. Portanto, a autora e o primeiro requerido já estavam separados de fato quando do início do relacionamento entre os requeridos, em meados de 2014, o que afasta a configuração de qualquer ato ilícito pelos requeridos. 5. [...] 6. Consoante jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, quando há separação de fato ou judicial entre os casados", o que corrobora o entendimento de que inexistente qualquer ato ilícito apto a ensejar a condenação por danos morais em razão de relacionamento extraconjugal

---

<sup>222</sup> DIAS, 2016, p. 213/214.

iniciado após a separação de fato. 7. [...]. 8. Recurso conhecido e desprovido. Sentença parcialmente mantida<sup>223</sup>.

Diante disso, é possível concluir que a responsabilidade civil no âmbito conjugal motivada pela violação dos deveres matrimoniais somente implicará em indenização quando a conduta do agente vier acompanhada dos demais elementos ensejadores de responsabilização, ou quando, no caso prático, inexistir qualquer fato que autorize a inobservância do dever conjugal.

## 5.6 ÔNUS DA PROVA

Questão importante sobre a responsabilidade civil e que não comporta tamanhas discussões é sobre a quem compete provar os fatos ensejadores da responsabilidade civil. O artigo 342º do Código Civil português preceitua que:

1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.
2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.
3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

Da mesma forma estabelece o Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:  
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;  
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nos termos da legislação brasileira em vigor, caberá ao autor da ação a prova do dano supostamente causado pelo lesante. No caso da responsabilidade civil, tal tarefa será enfrentada pela vítima, pela pessoa lesada. Nesse sentido, confira-se a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que fixa o ônus da prova como sendo daquele que requer a indenização, devendo ele portanto comprovar a existência de dano e nexos causal:

Indenização. Dano moral. Separação judicial. Agressão física. Dever de indenizar. Quantum. Fixação a critério do julgador. Danos materiais. Prova.

---

<sup>223</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Primeira Turma Cível). *Segredo de Justiça* 0000915-31.2015.8.07.0009. Relator: Romulo de Araujo Mendes. Data de Julgamento: 03/08/2016, Data de Publicação: Publicado no DJE: 19/08/2016. Pág.: 166-177.

Ônus do requerente. Para que se possa impor a responsabilidade da reparação do dano, é necessário que a culpa imputada ao ofensor esteja robustamente demonstrada, sendo indispensável que a vítima demonstre cabalmente a ocorrência dos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Os aborrecimentos e mágoas decorrentes de separação judicial não têm o condão de por si só causar dano ao patrimônio moral da parte e acarretar a respectiva indenização. Se a parte alega que sofreu prejuízos materiais, a ela incumbe a prova, eis que fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC. Para a fixação do montante indenizatório, deve ser levada em consideração a dupla finalidade da reparação, qual seja, a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico e de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isto represente um enriquecimento sem causa, devendo o valor da indenização ser hábil à reparação dos dissabores experimentados pela vítima<sup>224</sup>.

A regra geral é que o autor deverá provar fato constitutivo de seu direito, ou seja, cabe a ele provar que sofreu um dano e que esse dano foi causado pela conduta ilícita do réu. Além disso, está incumbido de provar, igualmente, os demais requisitos de responsabilização já estudados neste trabalho. Ao revés, o réu, na tentativa de se ver afastado da obrigação de indenizar, deve provar a inoccorrência do dano, a inexistência da ilicitude em sua conduta, ou mesmo a ausência de culpa e/ou do nexo de causalidade.

Há, entretanto, casos em que o dano é presumido, sem que haja a necessidade de o autor provar a sua ocorrência. Trata-se do dano *in re ipsa*, ou *dano presumido*, situações em que o ônus da prova se inverte em favor do autor e em prejuízo do réu. Nessas situações, não será preciso comprovar o dano e sequer discutir a culpa.

O dano presumido é muito comum no âmbito do Direito do Consumidor, de modo que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro o reconhece em diversas situações, como no dano moral pela contaminação de alimento com corpo estranho; pelo uso indevido de marca; ou pela recusa do plano de saúde a autorizar tratamento médico emergencial. Na seara do Direito de Família, por sua vez, em regra, não há o que se falar em dano presumido, sendo necessária a prova do abalo moral ou material.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido, no entanto, que, em casos de violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, não há necessidade de a vítima provar a ocorrência do dano psíquico ou o grau de humilhação sofrida, “se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao

---

<sup>224</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (15ª Câmara Cível). *Apelação Cível 1.0024.04.520720-6/0011*. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, j. 15.05.2008, Belo Horizonte, DJEMG 11.06.2008.

valor da mulher como pessoa”<sup>225</sup>. Diante disso, apenas seria necessária a prova da conduta criminosa em si, pautada na Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, complementada pela Lei nº 11.719/2008 –, uma vez que, demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e sequer têm como ser demonstrados.

## 5.7 DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

A fixação do valor indenizatório por danos estritamente patrimoniais é baseada na perda econômica sofrida pela pessoa lesada, no caso dos *danos emergentes*, ou ainda calculada sobre o montante que se deixou de ganhar, no caso de *lucros cessantes*. Em ambos os casos, o cálculo do valor da indenização é feito mediante critérios objetivos, somando-se os prejuízos e chegando a um montante, que recompõe o patrimônio afetado e procura colocar a vítima no estado anterior.

Ao revés, a utilização de critérios unicamente objetivos não permite a determinação do valor reparatório do dano moral, uma vez que o abalo psíquico acontece na esfera íntima do ser humano, não podendo o Estado adentrar em uma real quantificação a seu respeito. Isso é causa de demasiada insegurança jurídica, uma vez que dificulta a fixação de parâmetros seguros para a sua estimação.

No Brasil, o critério utilizado para cálculo da indenização não é o da *tarifação*, mas sim o do *arbitramento pelo juiz*. Ou seja, não existe uma tabela prática que padronize os valores a serem pagos em caso de dano extrapatrimonial, de modo que é atribuído ao juiz do caso o arbitramento do montante devido.

A despeito das problemáticas decorrentes, sobretudo, da insegurança jurídica do modelo adotado pelo ordenamento brasileiro, não se pode negar que o modelo da *tarifação* também apresenta ressalvas. Isso porque, como pontua Carlos Roberto Gonçalves, a noção prévia do montante da indenização pode fazer com que o autor do ato ilícito estabeleça uma espécie de custo-benefício, optando, por vezes, em cometer o ilícito e suportar a indenização:

O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como

---

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *REsp: 1675874 MS 2017/0140304-3*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz; Data de Julgamento: 28/02/2018, Data de Publicação: DJe 08/03/2018.

no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei<sup>226</sup>.

Certo é que, no caso brasileiro, ainda que não existam critérios explicitamente estabelecidos em lei, a doutrina e a jurisprudência se filiam ao comum entendimento de que, na fixação da indenização, o magistrado deve agir com equidade, analisando: a) a extensão do dano; b) as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; c) as condições psicológicas das partes; e d) o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima. Tais critérios encontram parâmetro nos artigos 944 e 945 do Código Civil brasileiro, que assim dispõem:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça tem consagrado a ideia de um interessante método bifásico de fixação da indenização. Em um primeiro momento, fixa-se um valor básico de indenização, conforme o interesse jurídico lesado e a jurisprudência consolidada no Tribunal. Posteriormente, passa-se à análise concreta das circunstâncias particulares do caso prático em debate, fixando-se definitivamente a indenização conforme a gravidade do fato, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes, entre outros critérios. Confirma-se arresto contendo a aplicação do método bifásico:

O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz. Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar como titular da indenização, há que se ponderar acerca da individualização do dano, uma vez que um evento

---

<sup>226</sup> GONÇALVES, 2019, p. 531.

danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros<sup>227</sup>.

Por esses critérios, é possível notar a presença da *função social da responsabilidade civil*. Sobre o tema, Flávio Tartuce assegura que “se por um lado deve-se entender que a indenização é um desestímulo para futuras condutas, por outro não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na fixação do quantum indenizatório”<sup>228</sup>.

No que se refere às condições econômicas dos envolvidos, na VII Jornada de Direito Civil realizada em 2015, foi aprovado o Enunciado n. 588, que afirma que o patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial.

Assim, pensando, inclusive, no caráter pedagógico que a reparação deve ter para o ofensor, é inconcebível que a situação econômica da vítima seja usada para a apuração do *quantum debentur*, pois tal critério poderia causar injustiças, levando à ruína do lesante. Todavia, é mais razoável que a situação econômica do causador do dano seja considerada para a reparação imaterial, tomando-se o cuidado, é claro, de não gerar o enriquecimento sem causa da vítima.

Por fim, o STJ também tem optado por estabelecer outros dois parâmetros para a quantificação dos danos morais: o número de vítimas e o tempo de propositura da ação.

Quando da análise do número de vítimas, podemos assegurar a extensão do dano, uma vez que, quanto maior o número de pessoas prejudicadas, maior será o dano suportado. No que diz respeito ao tempo de propositura da ação reparatória, trata-se de critério que mantém relação com a boa-fé objetiva, pois deve-se imaginar que, em regra, quanto mais se demora para ajuizar a ação, menor é o dano suportado pela vítima.

Deve-se recordar, entretanto, que qualquer padronização de valores indenizatórios é problemática, pois afasta a possibilidade de análise das singularidades do caso concreto. O Direito é uma ciência complexa e humana, que impede resultados exatos, como na matemática. Por outro lado, inexistindo regras estabelecidas em lei, não é possível que cada juiz tenha seus

---

<sup>227</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *REsp 1.127.913/RS*. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/08/2014).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma) *REsp 1.332.366/MS*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2016, DJe 07.12.2016.

<sup>228</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 413/414.

próprios parâmetros de arbitramento, sendo necessário um alinhamento ao menos dos critérios a serem utilizados para o norteamento da fixação do valor indenizatório, o que vem sendo feito pela doutrina e pela jurisprudência, sem que exista disposição legislativa nesse sentido.

## 6 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE

Após a introdução necessária que perpassa por temas como (i) a construção da família matrimonial e os princípios do Direito de família que norteiam a conjugalidade, (ii) a análise acerca da natureza jurídica do casamento e dos deveres que advém do matrimônio, (iii) as noções e definições básicas da responsabilidade civil e como o Direito das famílias se conjuga com tais preceitos, por fim, se chega à análise da aplicação da responsabilidade civil pela violação do dever conjugal de fidelidade, que será melhor interpretado e esmiuçado nos tópicos seguintes.

### 6.1 A INFIDELIDADE COMO ATO ILÍCITO: PREENCHIMENTO OBRIGATÓRIO DOS REQUISITOS PARA ENSEJO DE REPARAÇÃO

É sabido que nas relações conjugais existe uma série de acontecimentos que podem causar o fim do matrimônio, não sendo possível, muitas vezes, atribuir o seu fim apenas ao ato da traição. Ocasionalmente, por trás da quebra do dever de fidelidade recíproca encontra-se um relacionamento desgastado, pautado por discussões e indiferença ao outro consorte. Nesses casos, a traição poderia ser considerada a “ponta do *iceberg*”, escondendo outras questões mal resolvidas na vida do casal. Por isso, *a priori*, a ruína do relacionamento deve ser atribuída a ambos os cônjuges, já que não há como estabelecer o nexo de causalidade – liame entre ação e dano – tomando em consideração apenas o ato da traição, como um fato isolado. Nesse sentido, Cristiano Chaves<sup>229</sup> assevera de forma precisa ao argumentar que:

Não passa, pois, de uma fantasia, um fetiche achar que seria possível descobrir o responsável pelo fim do laço afetivo. Até porque nem sempre o ‘traidor’ é o culpado e o ‘traído’ é a vítima.

---

<sup>229</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/93.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

Ou seja, em alguns casos os cônjuges já vêm vivendo sob um desgaste prolongado, e a prática de atos sexuais com uma pessoa terceira por um deles não causará dor desproporcional no outro, representando apenas a consagração do fim do matrimônio.

Outra hipótese mais inusitada, porém, não menos verossímil, refere-se aos casais que participam, com habitualidade e consentimento, de eventos para ter relações sexuais com outros pares. Novamente, a quebra do dever de fidelidade recíproca não acarretará qualquer abalo ao outro cônjuge, desde que ambos hajam consentido livremente.

Nesse sentido, há relevante corrente doutrinária contrária, ou relutante, à possibilidade de indenização pela violação do dever conjugal da fidelidade. Guilherme de Oliveira afirma que não é fácil traduzir patrimonialmente o dever conjugal da fidelidade, uma vez que ele diz respeito ao núcleo mais íntimo da relação de convivência, onde não há interesse público envolvido, não havendo, portanto, interesse estatal<sup>230</sup>.

No entanto, é evidente que a infidelidade se trata de uma quebra do contrato matrimonial, uma vez que o dever de fidelidade é uma obrigação intrínseca a ele. A infidelidade possui uma ampla definição, já que seus termos podem ser diversos para cada casal. Entende-se que a infidelidade é mais um estado de espírito que decorre de desajustes, desentendimentos e incompreensões conjugais<sup>231</sup> que acabam se agravando em situações que fogem do acordo feito pelo casal.

É perfeitamente compreensível que a infidelidade, ou a traição dentro do matrimônio, pode causar malefícios ao parceiro, inclusive danos à sua saúde física e mental, como pode se dar, por exemplo, através do desencadeamento de um processo depressivo. Por isso, a discussão de uma possível responsabilidade civil no âmbito das obrigações advindas do matrimônio é efetivamente plausível e deve ser cada vez mais trabalhada pela doutrina no campo do Direito de Família. Trata-se de assunto que deve ser explorado de forma séria e com rigor conceitual, não sendo apenas fenômeno da vida social, mas ato que possui potenciais consequências jurídicas.

Entende-se que “a responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família possui como finalidade de amenizar ou reparar possíveis prejuízos causados por uma situação que poderia ou deveria ter sido impedida por parte da pessoa na figura do requerido”<sup>232</sup>. Leia-se a doutrina:

---

<sup>230</sup> OLIVEIRA, 2022, p. 53.

<sup>231</sup> MADALENO, 2020, p. 198.

<sup>232</sup> SANTOS, Érica Oliviero dos; RODRIGUES, Amanda. Responsabilidade Civil nos casos de infidelidade e os efeitos da condenação. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do*

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal<sup>233</sup>.

Portanto, entende-se que, para haver a responsabilidade civil, é necessário o nexo causal entre ação e dano. Quando o dano causado é patrimonial, é muito mais fácil e visível sua mensuração. Porém, quando o dano é moral, existe a dificuldade de se provar a sua existência. Não obstante, por mais difícil que seja mensurar o dano moral, ele existe e sua reparação pode e deve ser feita através da responsabilidade civil. O dano moral é, portanto, um dano imaterial e, muitas vezes, é o tipo de dano causado quando há o evento de infidelidade no casamento ou na união.

[...] Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente; [...] Acrescentamos que o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação da personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, síndromes, bloqueios etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por /terceiro, por dolo ou culpa [...]<sup>234</sup>.

O dano moral aplicável à infidelidade conjugal é, dessa forma, o dano subjetivo, já que é o campo psicológico da vítima o âmbito mais afetado. Não se exclui, porém, a possibilidade de um eventual dano moral objetivo, a depender do caso concreto. Quando se trata do dano moral subjetivo, entende-se que o elemento da culpa precisa estar presente para que a responsabilização seja imputada – ou seja, diferentemente do dano material/patrimonial, no qual a culpa não é um fator para o pleito do ressarcimento, no dano moral subjetivo, a culpa é uma exigência para o pedido indenizatório<sup>235</sup>.

Como já destacado, existe uma corrente doutrinária, liderada por Regina Tavares da Silva dos Santos<sup>236</sup>, que interpreta os deveres elencados no art. 1.566 do Código Civil

---

*Conhecimento*, [s. l.], Ano. 07, Ed. 04, Vol. 03, pp. 111-128. Abril de 2022. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/casos-de-infidelidade>. Acesso em: 15 fev. 2024.

<sup>233</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. VII. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>234</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>235</sup> CARVALHO, 2017.

<sup>236</sup> SANTOS, Regina Tavares da Silva. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Brasileiro – que, como já exposto são basicamente os mesmos dos previstos na legislação portuguesa – como normas cogentes. Portanto, uma vez descumpridos os deveres elencados no referido artigo, surge por consequência, a obrigação de indenizar. Em outras palavras, parte da doutrina civilista não enxerga os deveres do matrimônio como normas de conteúdo ético, mas sim como verdadeiros deveres – na ampla acepção do termo.

José de Aguiar Dias leciona que a prática de adultério constitui clara violação dos direitos conjugais trazidos pelo art. 1566 do Código Civil, podendo ensejar, inclusive e com base no art. 1573 do referido diploma, a impossibilidade da vida em comum. Ainda, afirma o autor que o dano imaterial decorrente de tal fato é incontestável (em que pese parte da doutrina entenda pela impossibilidade de tal reparação), também podendo acontecer o dano material<sup>237</sup>.

Seguindo o referido entendimento, a indenização seria devida tanto diante do descumprimento dos casos gerais de ilicitude, nos termos dos artigos 186 c/c 927 do Código Civil brasileiro, como em casos específicos, incluindo-se, nessa segunda hipótese, as violações dos deveres do matrimônio previstos no art. 1.566 do mesmo diploma legal. Assim, o direito familiar não poderia ser visto de forma desassociada do restante do ordenamento jurídico, de modo que, se houver a violação de um dos deveres previstos, nascerá a obrigação de indenizar. Por conseguinte, uma vez violado o dever de fidelidade recíproca, resta caracterizado o ato ilícito, sendo cabível a indenização por danos morais.

Nessa linha doutrinária, não é exigido que se faça uma análise do caso concreto para verificar se houve a “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”<sup>238</sup>, pois ela é presumida. Haverá dano moral a ser reparado tanto diante de situação na qual ocorre uma traição quanto diante de um episódio no qual a mulher é vítima de violência doméstica por seu cônjuge – ou seja, existem duas situações capazes de gerar reparação: (i) a violação art. 1.566, I, CC/2002; ou (ii) a ocorrência de um ilícito absoluto (regido pela cláusula geral de ilicitude do art. 186, CC/2002)<sup>239</sup>. Nesse sentido, defende Regina Beatriz:

Não implica monetarização das relações de desafeto essa reparação tampouco incentiva litígios ou potencializa desavenças, mas sim, resguarda a ordem social, já que excluir da apreciação do órgão judicante lesão a um direito importa em deixar sem solução jurídica uma grave questão, a gerar

---

<sup>237</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 728.

<sup>238</sup> ROSENVALD, Nelson *et al.* *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307.

<sup>239</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A Responsabilidade e a Reparação Civil em Direito de Família. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1, p. 830.

intranquilidade e levar à autotutela, pelas insatisfações e inconformismos daí resultantes”.

Há outra corrente que entende a aplicabilidade de danos morais diante da ocorrência de um ilícito absoluto, a fim de que não se entenda que qualquer situação envolvendo traição seria passível de sanção indenizatória, não permitindo excessos e relativização quanto ao dever da fidelidade<sup>240</sup>. É o que defende Felipe Almeida, segundo corrente que nos soa mais adequada neste trabalho:

Carlos Roberto Gonçalves aduz que, em princípio, as animosidades ou desavenças de cunho familiar, ou até mesmo os relacionamentos extraconjugais, que se traduzem em causas de ruptura da sociedade conjugal, não são aptas a ensejarem condenações a título de danos imateriais. Por outro lado, se o cônjuge inocente consegue comprovar que sofreu, em decorrência de situações vexatórias a que foi submetido, grave depressão relativa à decepção e desgostos, com especial atenção a humilhação sofrida, o pleito por danos extrapatrimoniais tem cabimento. É que, segundo o autor, nesses casos, resta configurada a lesão aos direitos de personalidade, incluindo-se, então, a dignidade humana<sup>241242</sup>.

Apesar de constrangedora e dolorosa, uma infidelidade por parte de um dos cônjuges nem sempre é fator para uma condenação em danos morais. Confirma-se, nesse sentido, decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Dano moral. Relacionamento extraconjugal. Separação consensual, só por si, não induz a concessão de dano moral. Para que se possa conceder o dano moral é preciso mais que um simples rompimento da relação conjugal, mas que um dos cônjuges tenha, efetivamente, submetido o outro a condições humilhantes, vexatórias e que lhe afronte a dignidade, a honra e o pudor. Não foi o que ocorreu nesta hipótese, porque o relacionamento já estava deteriorado e o rompimento era consequência natural<sup>243</sup>.

No julgado acima, o Tribunal entendeu que o mero rompimento não é suficiente para a responsabilização, trazendo inclusive um elemento mitigador do dano, qual seja, o estado de deterioração do relacionamento e a ausência de dano à dignidade. Ao revés, se a traição é

---

<sup>240</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. Responsabilidade Civil pela Violação ao Dever de Fidelidade no Casamento. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 511.

<sup>241</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102-103.

<sup>242</sup> ALMEIDA, 2020, p. 148.

<sup>243</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Segunda Câmara Cível). *Ap. 2000.001.19674*. Rio de Janeiro, Rel.: Des. Gustavo Kuhl Leite, j. 10-4-2001.

levada ao conhecimento público de um determinado núcleo social, com exposição de fotos ou vídeos íntimos, e de uma forma que cause um constrangimento intenso, certamente pode ser objeto de uma reparação civil, não apenas pela infidelidade em si, mas principalmente pela exposição e humilhação pública, que também representam a violação do dever conjugal de respeito. Nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] o mesmo se diga acerca do descumprimento do chamado débito conjugal e da infidelidade, circunstâncias normalmente intoleráveis para a manutenção da vida em comum. Qual seria o remédio jurídico para tais violações de deveres conjugais? Caberia dano moral puro, como de tantas se sustenta? Acredito que o único remédio cabível seja a separação do casal em razão da ruptura da vida em comum. É evidente que se vierem acompanhadas de violência física ou moral, de humilhação contínua diante de terceiros ou dos próprios filhos, nos encontraremos no âmbito do ilícito e haverá responsabilização pelo dano moral infligido<sup>244</sup>.

Assim, em situações mais graves, justifica-se a incidência das regras da responsabilidade civil, caso sejam preenchidos os demais requisitos: conduta humana voluntária, culpa em sentido amplo ou estrito, nexo de causalidade e prejuízo.

Em um caso envolvendo traição, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela existência de danos morais quando comprovada não apenas a traição, como também a existência de uma filha extraconjugal, o que certamente trouxe repercussões sociais e grande desequilíbrio familiar<sup>245</sup>. Outro interessante caso, da mesma temática, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, é o da mulher condenada a pagar danos morais ao ex-

---

<sup>244</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relação de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 399-415, 2004, p. 411.

<sup>245</sup> “Separação judicial. Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor-reconvindo seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria. Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida. Inteligência dos arts. 1.566, I, e 1.573, I, do Código Civil. Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos. Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal. Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes. Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada. Caracterização de dano moral indenizável. Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à ré-reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral. Indenização fixada em R\$ 45.000,00. Alimentos. Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade. Recurso provido” (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). *Apelação com Revisão 539.390.4/9*, Acórdão 2.644.741, Rel.: Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10.06.2008, DJESP 23.06.2008).

marido, por ocultar a paternidade biológica da filha durante anos<sup>246</sup>. Trata-se de traição não só sexual mas, principalmente, moral, cujos danos para todos os envolvidos são inimagináveis.

Situação diversa, mas de igual importância, é aquela que diz respeito à contaminação entre cônjuges de moléstia grave, capaz de gerar o comprometimento da saúde do consorte ou mesmo de sua prole. Nas palavras de Flávio Tartuce, “[p]or óbvio que, na maioria das ocasiões, a doença é adquirida pelo ato de infidelidade, estando bem demonstrada a relação de causalidade entre o prejuízo e a existência do casamento”<sup>247</sup>.

Com efeito, José de Aguiar Dias cita, exemplificativamente, o caso em que um cônjuge transmitia ao outro moléstia contagiosa, “hipótese em que é indiferente, para aparecimento do dever de reparação, que a moléstia tenha ou não sido comunicada intencionalmente, bastando para a caracterização da responsabilidade a simples negligência ou imprudência”<sup>248</sup>. O que se verifica é que o dever de reparar os danos em tais casos ocorre independentemente do fato de a transmissão da doença ter se dado por dolo ou culpa.

Em suma, pode-se afirmar que o dano não pode ser interpretado de forma estática, de modo que é mister observar as peculiaridades de cada caso.

## 6.2 BUSCA PELA REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL

A prática do adultério, a depender do caso concreto, revela-se como uma conduta que desrespeita e desonra o dever contido no art. 1.566, I, CCB/2002. O cônjuge que quebra tal dever, quando de fato causar um dano ao outro, não sairá incólume, já que, na maioria dos casos, a única forma de solução desse problema é a dissolução do casamento – ainda que essa consequência não seja automática. Nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

---

<sup>246</sup> “A esposa infiel tem o dever de reparar por danos morais o marido traído na hipótese em que tenha ocultado dele, até alguns anos, após a separação, o fato de que criança nascida durante o matrimônio e criada como filha biológica do casal seria, na verdade, filha sua e de seu cúmplice. Não é possível ignorar que a vida em comum impõe restrições que devem ser observadas, entre as quais se destaca o dever de fidelidade nas relações conjugais (art. 1.566, I, do Código Civil), o qual pode efetivamente acarretar danos morais. Inexistência de responsabilidade civil do cúmplice de relacionamento extraconjugal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *REsp* 922.462-SP. Rel.: Min. Villas Bôas Cueva. Brasília, j. 4-4-2013).

<sup>247</sup> TARTUCE, 2019, p. 445.

<sup>248</sup> DIAS, 2012, p. 390-391.

A liberdade, se e quando exercida, não deixa de ter consequências jurídicas, pois, com fundamento no descumprimento dos deveres conjugais, determina o legislador a obtenção da separação. E de fato, a dadas as circunstâncias em que se encontra a relação, a solução pacificadora é o seu desfazimento<sup>249</sup>.

O dever de fidelidade recíproca não deve ser ignorado, mas é necessário conferir a ele uma interpretação que se coadune ao conceito que a família assume no Direito Civil Constitucional. Tal dever precisa ser respeitado na medida em que contribui para a proteção da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, os deveres do matrimônio ficam insertos à consciência dos cônjuges, e dependem, em última análise, de suas vontades para que sejam cumpridos. Mas não podem, por isso, ser considerados mera recomendação que não trará qualquer consequência àquele que não a cumprir.

No entanto, é forçoso, também, esclarecer que a mera traição não caracteriza, *a priori*, um ato ilícito, nos moldes do preceito geral de responsabilidade civil contemplado nos arts. 186 e 927 do CC/2002, de modo que ela não conduz de forma automática ao dever de indenizar. Nesse sentido, vale destacar boa parte da doutrina brasileira que defende que a responsabilidade civil entre cônjuge somente nascerá quando restar caracterizado o ato ilícito nos ditames da previsão legal genérica. Em outras palavras, para surgir o dever legal de reparação deve ser observada a cláusula geral de ilicitude.

Acertadamente, essa parcela da doutrina entende que “a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar a obrigação de reparar”<sup>250</sup>, portanto, a aplicação das regras de responsabilidade civil na família não se apresenta como exceção à regra, e haverá sua incidência nos exatos termos da previsão contida na Lei Civil.

Assim, a quebra do dever de fidelidade recíproca somente ensejará danos morais quando restarem caracterizados os quatro pressupostos da reponsabilidade civil outrora mencionados, quais sejam: (i) ato ilícito; (ii) culpa; (ii) dano; e (iv) nexos causal. Frisa-se, portanto, que a responsabilidade civil nesse caso é subjetiva, isto é, depende estritamente da comprovação de culpa do cônjuge adúltero.

Vale destacar alguns julgados proferidos pelo Judiciário brasileiro que seguem essa corrente doutrinária, de que o simples adultério não ensejaria responsabilização civil:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. INFIDELIDADE CONJUGAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. Ação visando à percepção de indenização por dano moral em virtude de

---

<sup>249</sup> MORAES, 2016, p. 841.

<sup>250</sup> ROSENVALD *et al.*, 2017, p. 936.

descumprimento do dever de fidelidade e abandono moral e material por parte do companheiro da apelante. 2. As provas dos autos, tanto a documental como a testemunhal, não foram suficientes para legitimar a pretensão da apelante. A alegada prole extraconjugal é anterior ao relacionamento das partes. 3. A infidelidade para dar ensejo a uma reparação de dano moral deve ser acompanhada de humilhação, de exposição do cônjuge, não devendo se confundir a dor e a depressão pelo fim do sonho do casamento, comum em qualquer ser humano nesta situação, com o dano moral. 4. A infidelidade e ofensa à esfera íntima da autora não ficaram suficientemente comprovadas, pelo que a sentença deve ser mantida na íntegra. 5. Recurso Desprovido<sup>251</sup>.

**APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL - DANO MORAL – SUPOSTA INFIDELIDADE – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO.**  
 1. Não há dúvidas quanto à incidência das regras de responsabilidade civil nas relações do âmbito familiar, devendo o caso em comento ser analisado à luz do artigo 186 do Código Civil. Assim, para que seja caracterizado o dano moral, e gerado o dever de indenizar, é necessária a comprovação de existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa do agente. 2. Com relação ao apontado cúmplice do convivente infiel, não há como se imputar o dever de indenizar, já que ele não possui, legal ou contratualmente, vínculo obrigacional com o convivente supostamente traído, não sendo possível exigir sua responsabilização pelo descumprimento de deveres inerente ao casamento. 3. Ainda que a união estável imponha o dever de fidelidade recíproca e de lealdade, a violação pura e simples de um dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o direito de indenizar. A prática de adultério, isoladamente, não se mostra suficiente a gerar um dano moral indenizável, sendo necessário que a postura do cônjuge infiel seja ostentada de forma pública, comprometendo a reputação, a imagem e a dignidade do companheiro<sup>123</sup>. 4. Recurso improvido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso. Vitória/ES, 06 de outubro de 2015<sup>252</sup>.

Nos julgados acima destacados, o julgador reconhece a possibilidade de reparação em danos morais no âmbito do Direito de Família. O primeiro julgador reconhece inclusive a possibilidade de responsabilização pelo descumprimento do dever de fidelidade, mas, no caso concreto, entendeu não haver prova suficiente de humilhação ou exposição do cônjuge traído que justificasse tal reparação. Já o segundo julgador entende que o dever de indenizar não seria decorrente do descumprimento do dever de fidelidade por si só e sim se fosse acompanhado de comprovação de exposição vexatória pública, o que não teria ocorrido no caso concreto.

<sup>251</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC 0038659 27.2010.8.19.0001. Rel. Des. Benedicto Abicair, Rio de Janeiro, 25 jul. 2012.

<sup>252</sup> ESPÍRITO SANTO. Tribunal De Justiça Do Estado Do Espírito Santo. AC 0002963-55.2010.8.08.0026, Rel. Des. Julio Cesar Costa de Oliveira, Vitória, 10 out. 2015.

Há de se destacar julgado da justiça brasileira que entende que há agravamento dos sentimentos de tristeza e mágoa pelo fim do relacionamento conjugal quando da ocorrência do adultério, mas que tais “fatos da vida” não teriam reparação possível de ordem econômica:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO A DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE ADULTÉRIO. INDEFERIMENTO MANTIDO. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. No âmbito do Direito de Família apenas diante situações extremas, de efetiva e induvidosa lesão a bem da personalidade ou de concreta agressão moral, é que se cogita de acolher pretensões indenizatórias, uma vez que sempre que houver a ruptura de um relacionamento afetivo, seja ele um casamento ou uma união estável haverá tristeza, mágoa, desencanto. Os sentimentos que afloram nesses momentos serão intensos e, certamente, agravados quando há adultério. Mas, lamentavelmente, fatos da vida e não há reparação possível, de ordem econômica, para curar essas dores<sup>121</sup>. 2. ALIMENTOS À MULHER. A legislação civil também assegura aos conviventes a assistência material. Porém, serão devidos alimentos quando quem os pretende não tem condições de prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção e de quem se reclama tiver condições de fornecê-los sem prejuízo pessoal. Não é o caso dos autos. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME<sup>253</sup>.

O Direito de Família não é impermeável à responsabilização por danos morais, contudo, é certo que “o ato de infidelidade não gerará danos morais ao cônjuge traído, salvo se o mesmo for cometido de maneira abusiva, humilhante, de forma tão grave que a autonomia mereça ser restringida no caso concreto”<sup>254</sup>. Isso significa, logo, que, para que sejam arbitrados danos morais, a análise do caso não pode ficar contida na verificação da quebra do dever de fidelidade recíproca por si só, urge conferir se a partir da inobservância deste “resultou para o outro uma situação vexatória ou excepcionalmente grande o suficiente para ultrapassar os limites do desgosto pessoal pela conduta do outro cônjuge ou companheiro”<sup>255</sup>. Ou seja, para que se verifiquem danos morais indenizáveis, a situação de quebra de fidelidade deve extrapolar a normalidade, causando no outro cônjuge sofrimento fora dos parâmetros usuais. Apenas a título exemplificativo, quando o adultério vem acompanhado de falsa imputação de paternidade

<sup>253</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava câmara cível). AC 70042330472, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 14 de julho de 2011.

<sup>254</sup> PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 411.

<sup>255</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Quarta Câmara de Direito Privado). AC 549.484.4/6-00. Rel. desembargador Francisco Loureiro, São Paulo, julgado em 16 abril 2009, registrado em 19 mai. 2009 (voto divergente).

haverá inequivocamente o dever de reparar. Vejamos, nesse ponto, entendimento da jurisprudência brasileira, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Direito civil e processual. Danos materiais e morais. Alimentos. Irrepetibilidade. Descumprimento do dever de fidelidade. Omissão sobre verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Dor moral configurada. Redução do valor indenizatório. (...) 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento não se entende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzindo a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF88), devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reparação, a autoestima de seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor ficado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido, recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corré provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios<sup>256</sup>.

Como essa questão ainda não foi pacificada no Direito de Família, tampouco legislada de forma concreta nos Códigos e nas Leis, é possível verificar entendimentos diversos nos tribunais que julgam essas causas. Na mesma toada, em 2016, no Congresso Nacional do Brasil, o deputado federal Rômulo Gouveia (PSD/PB) apresentou o Projeto de Lei (nº 5716/16) para a previsão da condenação de indenização por danos morais ao cônjuge infiel. Sua proposta era acrescentar ao Artigo 927 do Código Civil o seguinte texto: "Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge". O referido projeto de lei foi, no entanto, arquivado.

Diante da imprevisibilidade legal, faz-se necessário analisar como o tema é tratado nos Tribunais brasileiros. No Brasil há ampla previsibilidade jurisprudencial quanto à aplicabilidade da responsabilidade civil em casos da quebra do dever de fidelidade.<sup>257</sup> Nesse

<sup>256</sup> BRASIL. Superior Tribunal de justiça (Terceira turma). *REsp 922.946/SP (2007/0030162-4)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 04 abr. 2013.

<sup>257</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *ApCiv 0120967-33.2004.8.19.0001 (2007.001.42220)*, Rel. Des. Werson Rego, Rio de Janeiro, 18 set. 2007. 99 Grifo nossos. 55 reparação do dano sofrido, nos termos do art. 186 do Código Civil. 100 O direito à indenização decorre inicialmente de mandamento constitucional expresse, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República). Verba compensatória deve ser fixada de conformidade com extensão da ofensa, capacidade

sentido, transcreve-se um exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dentre vários outros existentes, que afirma que a infidelidade configura violação do dever do casamento de fidelidade recíproca e de respeito e, por se tratar de violação da honra da pessoa, é assegurada compensação pecuniária quando maculada:

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 97. 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.

Diante da controvérsia do tema, o Superior Tribunal de Justiça também se posicionou, entendendo pela necessidade de comprovação do dano causado ao parceiro, sob pena de não cabimento de indenização.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO, ALIMENTOS, PARTILHA DE BENS E DANO MORAL POR INFIDELIDADE CONJUGAL. [...] No que diz respeito aos danos morais, o Tribunal de origem, diante do contexto fático-probatório dos autos, concluiu não restar configurado dano moral, pois não haveria demonstração nos autos de fato capaz de ultrapassar os dissabores envolvidos no término de relação afetiva, in verbis: “Passo ao exame do alegado dano moral. É cediço que o dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual do indivíduo. Como afirma o Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, in” Programa de Responsabilidade Civil”, 1a ed, pg. 73): [...] o dano moral é a lesão de bem integrante da personalidade, como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima. [...] In, casu, ainda que tenha restado comprovada a

---

econômico-financeira das partes e caráter didático. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO APELO E IMPROVIMENTO DO SEGUNDO.

alegada relação extraconjugal do réu, é forçoso reconhecer que a infidelidade conjugal não gerou o dever de indenizar. Isso porque, mesmo que tal infidelidade tenha causado frustração e mágoa, tais sentimentos são naturais em uma dissolução de casamento, não havendo nada nos autos capaz de comprovar que o fato tem ultrapassado os dissabores comumente enfrentados entre os cônjuges em um término de relação afetiva. Portanto, não configurado o dano moral<sup>258</sup>.

Da mesma forma, foi possível encontrar outros julgados que seguiram tal entendimento da Corte Superior. Em suma, entende-se que a traição como ato isolado não comprova dano à vítima e, por isso, não tem o condão de desencadear um prejuízo indenizável. Para que o dano moral seja imputável àquele cônjuge que traiu, é necessária a comprovação de um dano à vítima. Neste sentido, há um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que condenou o infiel ao pagamento de indenização por danos morais já que a violação do dever conjugal de fidelidade não pode ser visto como algo desprovido de consequências jurídicas:

[...] Dos Danos Morais. Em se tratando de dano moral é de se ressaltar que os prejuízos não são de ordem patrimonial, uma vez que se trata de uma lesão que não afeta o patrimônio econômico, e sim a mente, a reputação da autora, a sua dignidade e honra, não havendo reparação de prejuízo, e sim, uma compensação, da dor e humilhação. A hipótese vertente nos autos não será analisada somente sob o prisma da responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 1861 e art. 9272 do Código Civil, mas também nos dispositivos legais que legislam sobre o instituto do casamento, que como base da família, deve ser respeitado como tal, merecendo além das proteções previstas no Código Civil, uma proteção qualificada do Estado, uma vez que a traição não pode ser vista como algo desprovido de consequências jurídicas. 1.7.1. Natureza Jurídica. O casamento é o centro do direito de família, de onde irradiam suas normas fundamentais, podendo ser classificado na lição de Maria Berenice Braga (Manual de Direito das Famílias, Ed. Revista dos Tribunais, 11ª Edição, pg. 155), como um negócio de direito de família, que surge após o envolvimento afetivo e o desejo de constituir família, devendo estar os cônjuges cientes dos deveres já previamente advindos, após o ato de celebração. A doutrina majoritária defende que sua natureza jurídica é eclética ou mista, prevalecendo a autonomia privada, presente na liberdade de casar-se, de escolher o cônjuge e, também, na de não se casar, incidindo essa autonomia, inclusive, no plano dos efeitos patrimoniais, onde os cônjuges têm a liberdade de escolher através do pacto antenupcial, qual regime de bens vigorará em seu casamento, respeitando apenas os limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica<sup>259</sup>.

<sup>258</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgRg no AREsp 566.277/MG*. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014.

<sup>259</sup> GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Sentença*. Juiz Substituto Rodrigo Victor Foureaux Soares. Goiás, 06 nov. 2017, p. 111-128. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/11/art20171107-08.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

Pode-se afirmar que a cláusula geral de responsabilidade contida no art. 186 c/c 927 do Código Civil é plenamente apta para lidar com os casos que envolvem a quebra do dever de fidelidade recíproca, pois, sempre que restar verificada “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”<sup>260</sup> haverá a condenação em danos morais.

Em se tratando de cônjuges, por sua vez, há um adicional, uma vez que a situação de traição possivelmente será sucedida pelo divórcio. Contudo, apesar da possibilidade do arbitramento de danos morais em razão da infidelidade conjugal, sua concessão deve se dar com parcimônia. É necessário conservar o instituto dos danos morais:

A dramaticidade das circunstâncias, atribuir a tutela compensatória a casos de desequilíbrio emocional não milita em favor da preservação do dano moral como instituto jurídico, pois repercute na eficácia da prestação jurisdicional e no cumprimento dos verdadeiros fins de justiça<sup>261</sup>.

No caso português, como já brevemente esboçado no capítulo 5.3 que versou sobre a responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais, parte majoritária da doutrina entende pela possibilidade de indenização pelo descumprimento do dever de fidelidade, até mesmo em razão de tal possibilidade vir expressa em lei, como demonstra o art. 1792 do Código Civil Português. O dever de fidelidade, no entanto, não pode ser objeto de uma execução específica em razão da natureza personalíssima do referido dever.<sup>262</sup>

Antigamente, em Portugal, o artigo 1792 possuía uma redação<sup>263</sup> que recaía sobre o cônjuge culpado pela ruptura da relação a obrigação de indenizar pelos danos resultantes do divórcio. Agora, no entanto, o entendimento é que o novo artigo permite a obrigação de reparação de danos de forma global entre os cônjuges e não só mais em razão de divórcio, até por ser este último um direito ligado ao princípio da liberdade dos cônjuges. Com a nova

---

<sup>260</sup> ROSENVALD *et al.*, 2017, p. 307.

<sup>261</sup> MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 363.

<sup>262</sup> DIAS, Cristina M. Araújo, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792º do Código Civil (na redacção dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Lisboa, Universidade Católica, 2011, Volume especial 2011 de Direito e justiça, Vol. 1: 594. p. 389-419

<sup>263</sup> Antiga redacção do Código Civil português: Art. 1792º. 1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio

redação, portanto, o caminho a se seguir é o da ressarcibilidade dos danos da violação dos deveres conjugais, negando a tese de fragilidade da garantia destes.

Nessa toada, Menezes Leitão defende que quanto aos direitos familiares de natureza pessoal (como o direito à fidelidade), a responsabilidade civil seria obrigacional, uma vez que a lei estabelece sanções para a sua violação.<sup>264</sup> Assim, tratando-se de descumprimento do dever de fidelidade, devemos considerar as lições de Menezes Leitão, que afirma que em casos de responsabilidade obrigacional a indenização deve abranger o interesse contratual positivo, de modo que todas as variáveis frustradas em razão do descumprimento do dever de fidelidade devem ser levadas em consideração para se fixar o *quantum* indenizatório.<sup>265</sup>

Assim, o supremo tribunal de justiça se manifestou no sentido de garantir a tutela aos deveres conjugais, em que pese não seja possível graduar a violação culposa do cônjuge, sacramentando o cabimento de indenização por violação do dever conjugal de fidelidade. No entanto, tal análise não cabe ser feita em ação de divórcio e sim em ação judicial de responsabilidade civil para reparação de danos.<sup>266</sup>

Em seu artigo “Responsabilidade Civil por violação dos deveres conjugais”, Guilherme de Oliveira<sup>267</sup> elenca diversos julgados dos Tribunais Portugueses que preveem a possibilidade de responsabilização civil pelo descumprimento do dever conjugal de fidelidade, dividindo tais julgados em duas categorias: uma que o simples descumprimento do referido dever ensejaria responsabilização e outra que afirma que, para haver a responsabilização, necessário se faz a comprovação de danos ao direito da personalidade do cônjuge traído.

Tal distinção no que diz respeito ao dever de fidelidade, entendemos não ser cabível. Ora, pode se dizer que, ao haver um dano pelo descumprimento do dever de fidelidade, invariavelmente tal dano se dará em relação ao direito da personalidade do outro cônjuge.<sup>268</sup> Portanto, a conclusão lógica é da possibilidade e da aplicabilidade pelos tribunais portugueses da previsão de tal indenização.

---

<sup>264</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. Direito das Obrigações. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina. P. 294

<sup>265</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. Direito das Obrigações. Vol.II, Transmissão e emissão das obrigações. Não cumprimento e garantia de crédito. Ed. Almedina.

<sup>266</sup> STJ, de 9 de Fevereiro de 2012, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>267</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. Responsabilidade Civil por violação dos deveres conjugais. *Lex Familiae*, Ano 16, nº 31-32 (2019). Disponível em: <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2024.

<sup>268</sup> Nesse sentido, inclusive, destaca-se os julgados do STJ de 05.12.2016 e no acórdão da Relação de Lisboa de 07.13.2017

Nesse sentido, Guilherme de Oliveira completa com a afirmação que a ilicitude do adultério só tem lugar no âmbito endofamiliar, posicionamento com o qual me alinho:

“Assim, o dever de fidelidade — e a ilicitude do adultério — só podem ter sentido dentro do matrimónio e por causa do matrimónio; a sua existência e avaliação não radicam em qualquer direito de personalidade que qualquer indivíduo traz consigo pelo facto de nascer. O ato violador pode causar um dano endofamiliar; só pode ser avaliado dentro do perímetro do casamento.”

Portanto, tem-se que a reparação civil por violação do dever de fidelidade no Brasil é uma criação doutrinária e jurisprudencial, enquanto em Portugal decorre de preceito legal, porém, em ambos os casos, é plenamente cabível a indenização por danos materiais e/ou morais, sendo tal aplicada pelos Tribunais, como bem demonstrado. Entretanto, sem prejuízo da repetição, será sempre necessária a análise minuciosa do caso concreto para que se possa aferir se houve dano e, em havendo, para que seja possível medir sua extensão. Portanto, devemos observar os pressupostos acima mencionados em comparação com os fatos de cada caso para que possa haver tal condenação.

### 6.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO

Como exposto, é fato que os deveres conjugais vinculam as partes diretamente ligadas pelo contrato do casamento. A questão ganha contornos de complexidade, no entanto, quando passamos a questionar se tal vinculação pode ser extensiva a terceiros. Isto é, os deveres conjugais possuem efeitos *erga omnes* ou somente entre as partes? A doutrina se divide quanto à resposta.

Alguns autores, como Jorge Duarte Pinheiro, defendem que os efeitos do contrato possuem efeito *erga omnes*, de modo que os terceiros não podem interferir negativamente na relação contratual de maneira a prejudicar que o contrato estabelecido alcance seus objetivos<sup>269</sup>. Portanto, sob essa ótica, “o terceiro cúmplice na violação do dever de fidelidade por um dos cônjuges pode ser obrigado a indemnizar os danos não patrimoniais infringidos ao cônjuge inocente”<sup>270</sup>. Isso porque o cônjuge adúltero e o terceiro concorrerem no fenômeno de “causalidade conjunta”. Leia-se:

---

<sup>269</sup> PINHEIRO, 2004.

<sup>270</sup> CASTRO MENDES, João de. *Direito da família*. Lisboa: Associação acadêmica, 1979, p. 26.

Não se pode negar a possibilidade de preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, quanto ao terceiro, afirmando-se, nomeadamente, que na origem do acto de adultério está um problema de relacionamento entre os dois cônjuges ou a decisão do cônjuge que viola o dever de fidelidade. O terceiro é mais do que um mero objeto inanimado, arrastado, contra a sua vontade, para o acto sexual. Dada a instrumentalidade do dever que é imposto ao terceiro, o elenco dos danos indemnizáveis por causa de interferência na relação conjugal não difere daquele que foi traçado para a responsabilidade por ilícito conjugal. E numa situação de adultério, o terceiro e o cônjuge infractor respondem solidariamente<sup>271</sup>.

A oponibilidade *erga omnes*, de acordo com os autores que a defendem, residiria na natureza comunitária e de bem-estar social, inerente ao núcleo intangível dos deveres sexuais entre os nubentes<sup>272</sup><sup>273</sup>. Estes autores entendem que a estabilidade das relações interpessoais dependeria do respeito, por todos, dos deveres sexuais pactuados pelos nubentes.

Defendem os autores, ainda, que a expansão dos efeitos da responsabilidade civil a terceiros poderia limitar a prática do adultério ou, pelo menos, incentivar o uso de técnicas de contracepção nos contatos sexuais extrapatrimoniais, de modo a se reduzir a extensão dos danos causados ao outro cônjuge. Ou seja, haveria uma tentativa de redução de danos com a referida responsabilização<sup>274</sup>.

Para Jorge Duarte Pinheiro, a responsabilização do terceiro comporta, no entanto, algumas nuances. O autor diferencia as situações em que há a ciência do terceiro sobre a relação daquele casal ou não. Se o adultério for consentido pelo cônjuge lesado, o consentimento, ofendendo os bons costumes, não exclui a ilicitude do ato lesivo (artigo 340, n. 2, do Código Civil), mas representa uma causa de exclusão de culpa da conduta dos participantes na relação extrapatrimonial (artigos 570 e 1780, alínea a). Assim, por consequência, não há lugar para responsabilidade civil<sup>275</sup>:

A constituição da obrigação de indemnizar depende do preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil. Tratando-se de responsabilidade civil por ilícito, é indispensável o dolo ou a negligência do agente. Isto significa que é preciso o terceiro cúmplice de adultério soubesse (ou, se ignorar, devesse saber) que estava a ter relações sexuais com uma pessoa casada, o que

---

<sup>271</sup> PINHEIRO, 2004, p. 763.

<sup>272</sup> “[o]s cônjuges estão reciprocamente vinculados a deveres periódicos de índole sexual, que são inderrogáveis e conferem identidade própria ao casamento. Estes deveres, cuja particularidade se coaduna com a aplicação da garantia comum, formam o núcleo intangível da comunhão conjugal, uma visão que, acreditando no Direito Matrimonial enquanto disciplina jurídica, privilegia o aspecto pessoal perante o patrimonial” (PINHEIRO, 2004, p. 764).

<sup>273</sup> PINHEIRO, 2004, p. 717.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 720-721.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 722-723.

distingue uma eventual acção de responsabilidade civil movida contra ele, no sistema romanístico, da “criminal conversation”, acção clássica do direito anglo-americano. Como o dever violado pelo terceiro cúmplice não resulta de uma relação jurídica estabelecida com o lesado, a responsabilidade só poderá se revestir cariz extra-obrigacional. Deste modo, cabe ao cônjuge ofendido pelo adultério provar a culpa do parceiro do seu cônjuge. E a existência de culpa é demonstrável.

Há também, para Pinheiro, uma mensuração das responsabilidades. Se for o cônjuge infrator que tomou a iniciativa, tornando o terceiro um assediado, a situação repercute-se na repartição de culpas, condicionando o direito de regresso entre os intervenientes no adultério, solidariamente responsáveis pelos danos (artigo 497). O terceiro continua a ser responsável perante o cônjuge lesado, mas a sua cota da obrigação de indenizar será inferior à do cônjuge infrator. No entanto, de acordo com o Autor, o mesmo não vale para a situação reversa, em que o terceiro é mais assediador do que o cônjuge, de modo que o terceiro nunca poderá ter uma responsabilidade maior do que o cônjuge adúltero<sup>276</sup>:

Não há, pois, obstáculos a indemnizabilidade dos danos causados pela acção de terceiro. Contudo, em virtude de estar vinculado a um dever de abstenção que surge para evitar a criação de condições adversas à realização da finalidade do casamento pelos cônjuges, a responsabilidade de terceiro não ultrapassa aquela que cabe a um cônjuge que viola um de seus deveres para com o outro cônjuge. Dada a instrumentabilidade do dever que é imposto ao terceiro, o elenco dos danos indemnizáveis por causa da interferência na relação conjugal não difere daquele que foi traçado para a responsabilidade por ilícito conjugal. Isto é, se o comportamento do terceiro provocar a extinção do casamento, ele não é obrigado, entre nós, a reparar os danos patrimoniais causados pela dissolução. Mas tem de reparar os danos patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento e todos os danos diretamente resultantes do seu acto.

Nesse sentido, da oponibilidade de efeitos *erga omnes* aos deveres conjugais, foi criada no Brasil a tese da aplicação do terceiro cúmplice<sup>277</sup> em casos de indenização pelo descumprimento do dever de fidelidade. Os deveres contratuais não devem ser cumpridos por

<sup>276</sup> PINHEIRO, 2004, p. 724.

<sup>277</sup> “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” (GONÇALVES, José Mauro Coelho Maia. *Responsabilidade civil na relação conjugal: a violação do dever de fidelidade e aplicação da teoria do terceiro cúmplice*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Jos%C3%A9%20Mauro%20Coelho%20Maia%20Gon%C3%A7alves.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024).

aqueles que estão alheios ao contrato, mas aquele contrato está protegido em relação a terceiros quando estes têm conhecimento de sua existência. Portanto, 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. Veja-se a doutrina de J. M. Maia Gonçalves:

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<sup>278</sup>.

Em que pese o respeitável posicionamento do professor e da linha doutrinária acima destacada, não nos parece adequado o entendimento pela oponibilidade dos deveres do casamento a terceiros. Assim, em alinhamento com o posicionamento do doutrinador Leites de Campos, entendemos, na perspectiva adotada por esta pesquisa, que os deveres conjugais são fruto de uma relação jurídica na qual o terceiro não é uma das partes: não foi ele quem se comprometeu e fez os votos de fidelidade e respeito. Portanto, *a priori*, não há o que se falar em responsabilização desse sujeito.

A justificativa de que o terceiro teria responsabilidade quanto à proteção da harmonia do casal e da família não ensejaria a responsabilização do terceiro envolvido, direta ou indiretamente no imbróglio, já que ele está protegido por sua liberdade de autodeterminação. Nesses casos, a legislação portuguesa prevê a única possibilidade de responsabilização do terceiro, que nasce mais por uma natureza de responsabilidade civil do que em virtude dos deveres conjugais: em caso de morte ou lesão corporal do cônjuge (os artigos 495 e 496, n. 2 e 3, do Código Civil).

Nesse mesmo sentido, da ausência de responsabilização do terceiro pelo descumprimento do dever de fidelidade em razão deste ser oponível entre partes, tem entendido os tribunais brasileiros. Não só os tribunais regionais, como também o Superior Tribunal de Justiça:

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

---

<sup>278</sup> GONÇALVES, 2017.

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. [...] 4. Recurso especial não conhecido<sup>279</sup>.

É bem verdade que há na jurisprudência brasileira registros de condenações de amantes, ou seja, de terceiros, em danos extrapatrimoniais. Porém, tal fato não se deu em virtude do descumprimento do dever de fidelidade e sim na medida em que, naqueles casos concretos, foram aplicadas as normais gerais da responsabilidade civil<sup>280</sup>. Portanto, a responsabilidade do amante deve ser vinculada ao dano aos direitos da personalidade do cônjuge traído em sentido estrito, já que o descumprimento do dever do contrato de casamento não pode ser a ele atribuído<sup>281</sup>.

#### 6.4 INFIDELIDADE VIRTUAL

Com o advento da internet, surge um espaço virtual que permite aos indivíduos – independentemente do lugar em que estejam – se comuniquem em tempo real. Em decorrência do estreitamento dos laços de comunicação, surgiu também uma nova forma de infidelidade, que é aquela praticada virtualmente. Em tal modalidade de infidelidade não há como consumir a relação carnal, de modo que se levanta o questionamento: é possível se falar em quebra do dever de fidelidade nesses casos?

<sup>279</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *REsp 1122547/MG*. Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009.

<sup>280</sup> DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. CONSTRANGIMENTO E EXPOSIÇÃO DA AMANTENUA, NO CENTRO DA CIDADE. O julgador, ao fixar o montante indenizatório, deve ater-se não somente à gravidade da ofensa, mas também ao porte econômico do ofensor e do ofendido. Possibilidade de condenação da amante do cônjuge adúltero ao pagamento de danos morais. Todavia, não em valores equivalentes à condenação da esposa que a desnuda em lugar bastante movimentado. Apelações improvidas” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Décima Câmara Cível). *Apelação Cível Nº 70001752914*, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 30/08/2001.

<sup>281</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha. Obrigação de não fazer e dever de fidelidade: a conduta do amante sob a perspectiva do direito das obrigações, do direito de família e da responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n.2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/obrigacao-de-nao-fazer-e-dever-de-fidelidade/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

No mundo virtual, as ações não se consomem no mundo físico, ficando adstritas ao plano da imaginação e do desejo. Entretanto, é fato que, ainda que se entenda não haver a quebra do dever de fidelidade recíproca no adultério online, já que se trata de um espaço de mera elucubração, a infidelidade virtual viola de forma manifesta o dever de lealdade e até mesmo os deveres de respeito e consideração mútuos, também previstos, igualmente, como deveres conjugais. Assim entende a doutrina:

Outra circunstância interessante, mesmo que também trate de possível reparação em relação à traição, é no tocante à nova forma que ela pode se caracterizar, ou seja, através de relacionamentos virtuais envolvendo pessoas casadas. É que, de início, pode surgir um interesse de determinada pessoa em conhecer outras pessoas, de procurar uma aventura extraconjugal, passando para o adultério. Mas, se o próprio casal resolve as suas crises e inseguranças quanto ao seu futuro, não há possibilidade de reparação. Todavia, para aquele que não aceita a traição diante dos valores que cultua, tem lugar a reparação pelos danos imateriais sofridos<sup>282</sup>.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que tal ato é um desrespeito para com o outro cônjuge:

Fala-se, hoje, em “infidelidade virtual” onde os relacionamentos extramatrimoniais dão-se no universo da informática, especificamente via Internet, o que não deixa de caracterizar uma atitude de efetivo desrespeito ao outro cônjuge<sup>283</sup>.

Jorge Duarte Pinheiro também defende que o adultério não se reduz à prática de relações sexuais aptas à procriação, mas compreende todos os atos de um relacionamento que subtraíam a exclusividade conjugal. E é indiferente que a prática tenha lugar com pessoa de sexo diferente ou igual, ou que se realize em um ambiente público ou privado. O que importa é que ocorra com outra pessoa que não o cônjuge<sup>284</sup>.

Nesse sentido, pode dizer-se que a fidelidade conjugal consiste na abstenção não só de aspectos sexuais, mas também de relações amorosas puramente sentimentais com pessoa diversa do cônjuge. Efetivamente, o casamento não é só união de corpos, mas também união de

---

<sup>282</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família, angústias e aflições nas relações familiares*. 2. ed. [S. l.]: Livraria do Advogado Editora, 2020, p. 148.

<sup>283</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.174-175.

<sup>284</sup> PINHEIRO, 2004.

almas. Assim, até uma relação amorosa puramente platônica ou sentimental com pessoa diversa do cônjuge constitui infração à obrigação de fidelidade conjugal<sup>285</sup>.

Teixeira de Souza faz, no entanto, uma distinção quanto aos relacionamentos platônicos: a necessidade de infidelidade moral exteriorizada. Ou seja, os pensamentos e as ideias não expostos publicamente não entram, segundo ele, na seara da infidelidade. O Autor estabelece uma distinção entre a ligação platônica a figuras públicas e a relação sentimental com determinada pessoa, uma vez que não haveria reciprocidade no primeiro caso.<sup>286</sup>

Aqui cabe destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que entendeu pelo fim da obrigação alimentar de um cônjuge em relação ao outro em razão da ocorrência de infidelidade virtual, que levou à ruptura da relação<sup>287</sup>:

Troca de mensagens eletrônicas de cunho amoroso e sentimental. Caracterização de infidelidade, ainda que virtual. Ofensa à dignidade do autor. A infidelidade ofende a dignidade do outro cônjuge porquanto o comportamento do infiel provoca a ruptura do elo firmado entre o casal ao tempo do início do compromisso, rompendo o vínculo de confiança e de segurança estabelecido pela relação afetiva. A infidelidade ofende diretamente a honra subjetiva do cônjuge e as consequências se perpetuam no tempo, porquanto os sentimentos negativos que povoam a mente do inocente não desaparecem com o término da relação conjugal. Tampouco se pode olvidar que a infidelidade conjugal causa ofensa à honra objetiva do inocente, que passa a ter sua vida social marcada pela mácula que lhe foi imposta pelo outro consorte. Mesmo que não se entenda que houve infidelidade, a grave conduta indevida da ré em relação ao seu cônjuge demonstrou inequívoca ofensa aos deveres do casamento e à indignidade marital do autor. Indignidade reconhecida. Cessaçãõ da obrigação alimentar declarada.

Fica claro que a ocorrência de infidelidade virtual, a depender dos pormenores do caso concreto, por meio de uma análise técnica e individualizada, pode ensejar responsabilidade civil do infiel<sup>288</sup>. A lei existe para proteger as pessoas de situações abusivas, de modo que seria

<sup>285</sup> GANGI, Calogero. *Il matrimonio*. Milano: [s. n.], 1947, p. 204-205.

<sup>286</sup> SOUSA, 1991, p. 41.

<sup>287</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp: 1269166 SP 2018/0064652-9*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, Data de Publicação: DJ 01/02/2019.

<sup>288</sup> “Diante do fato de haver possibilidade do internauta casado participar, por meio de programa de computador, como o ICQ, de chats, de mirc e sala de bate-papo voltados a envolvimento amorosos geradores de laços afetivo eróticos virtuais, pode surgir, na Internet, infidelidade, por e-mail e contatos sexuais imaginários com outra pessoa, que não seja seu cônjuge, dando origem não ao adultério, visto falar conjunção carnal, mas à conduta desonrosa. Deveras os problemas do dia-a-dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo platônico com pessoa sem rosto e sem identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, p. ex., usando apelido (*nickname*) e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o

desproporcional entender que o cenário digital serve de escudo para a aplicação da lei. Portanto, a depender da intensidade, publicidade e, principalmente, do dano causado ao cônjuge, é plausível que a prática de infidelidade virtual possa levar à responsabilização cível do cônjuge adúltero pelo ilícito civil praticado<sup>289</sup>.

#### 6.5 DA POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DE INDENIZAÇÃO OU AFASTAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE NOS PACTOS ANTENUPCIAIS

Com a evolução do conceito de família e com a queda da ideia de “santificação” do casamento, Guilherme de Oliveira pontua que houve um aumento crescente da rejeição dos “deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes. A nova tendência passa a clamar por uma autodeterminação familiar, e o casal torna-se “o seu próprio legislador”<sup>290</sup>. Assim, a privatização do amor produz uma diminuição do conteúdo imperativo do casamento e de seus efeitos pessoais tanto durante a vigência da relação quanto após seu término.

O olhar moderno sobre o instituto do casamento, com a valorização da autorregulação das relações, fortaleceu e trouxe luz à necessidade da contratualização do casamento através de pactos. Os pactos antenupciais e pós-nupciais possibilitam a personalização do contrato de casamento entre os nubentes, protegidos pelo princípio da liberdade entre os cônjuges e da não interferência na vida privada. Assim, a princípio, seria possível aos cônjuges prever o afastamento ou não do dever de fidelidade e até mesmo uma indenização ou sanção em caso de descumprimento do referido dever.

A possibilidade de previsão de indenização/sanção em caso de descumprimento do dever de fidelidade, por sua vez, tem como base a possibilidade de previsão de cláusulas penais nos contratos. De acordo com Menezes Leitão, há dois tipos de cláusula penal: uma que visa estabelecer uma penalização pelo incumprimento da obrigação de forma a incentivar a parte a cumprir o contrato e outra que visa somente prever antecipadamente os danos exigíveis em caso

---

relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao seu consorte” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito de Família*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 292).

<sup>289</sup> DINIZ, 2007, p. 292.

<sup>290</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. Linhas gerais da reforma do divórcio. *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano V, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, p. 63-72.

de descumprimento.<sup>291</sup> Em razão da liberdade de pactuar, não há a princípio qualquer impedimento para adoção de qualquer um dos tipos de cláusula penal em pactos antenupciais.

Tal possibilidade se deve à privatização das relações conjugais, uma vez que a família foi reconhecida como um instrumento para realização de seus membros. Ou seja, as necessidades dos cônjuges devem se sobrepor à manutenção de um vínculo conjugal socialmente imposto<sup>292</sup>. Nesse sentido, importante destacar os ensinamentos da civilista brasileira Renata Vilela, que afirma que

“a privatização das relações conjugais e convivenciais permite que as pessoas estabeleçam as próprias regras de convivência, evitando-se, assim, intervenções injustificadas e desnecessárias, salvaguardando-se o intervencionismo para as situações patológicas. [...] Defende-se, portanto, no que toca as relações conjugais e convivenciais, a possibilidade de afastamento pelas partes dos deveres conjugais que limitem a autonomia existencial porquanto estes priorizam a proteção do vínculo conjugal em detrimento da dignidade dos membros da relação”<sup>293</sup>.

No entanto, há posicionamento doutrinário divergente quanto à possibilidade de se dispor sobre os deveres conjugais. Para Jorge Duarte Pinheiro, o “bem de família” deve ser priorizado, como preceitua o artigo 1671, n. 2 do CCPT, de modo que o pacto seria um ato bilateral vinculado e a definição dos principais aspectos da relação conjugal não estaria inteiramente ao dispor das partes. Assim, haveria limitações, como a impossibilidade de pactuar direitos e deveres desiguais entre os cônjuges ou de dispor sobre direitos da personalidade ou sobre os deveres conjugais<sup>294</sup>.

Essa limitação surgiria, de acordo com o autor, do fato de as relações jurídicas familiares estarem mais próximas do direito público do que do direito privado. Assim, o titular de um direito subjetivo familiar não seria totalmente livre, mas vinculado a um fim superior cujos interesses atendem não só às partes, mas ao interesse público. No caso, esse fim se vincula ao ideal de “bem de família”, de modo que a instituição do casamento não seria individual, mas

---

<sup>291</sup> MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol.II, Transmissão e emissão das obrigações. Não cumprimento e garantia de crédito. Ed. Almedina. 288.

<sup>292</sup> “Reconhecida a família como um instrumento para a realização de seus membros, revela-se questionável que a pretensa manutenção do vínculo conjugal se sobreponha às necessidades dos cônjuges de se relacionarem conforme melhor lhes aprouver. Os cônjuges e conviventes, ressalvados os direitos de terceiros, devem ser livres para planejar, deliberar, constituir e desconstruir a forma de se relacionarem e de estruturarem suas relações familiares e suas aspirações para a vida conjugal” (MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017).

<sup>293</sup> MULTEDO, 2017, p. 235/236.

<sup>294</sup> PINHEIRO, 2004.

comunitária. Por consequência, o pacto não estaria, nem poderia estar, totalmente à mercê da autonomia da vontade dos cônjuges<sup>295</sup>.

O acordo alcançado não representa uma manifestação de pura autonomia privada dos cônjuges. Não só por corresponder ao cumprimento de um dever legal, mas sobretudo por o respectivo conteúdo estar condicionado por parâmetros distintos do que são normalmente aplicáveis aos negócios jurídicos. O acordo sobre a orientação da vida em comum não é um instrumento de discricionariedade plena. O encontro de vontades dos cônjuges não é concebido como um simples meio de composição dos interesses das partes. O n. 2 do artigo 1671 do Código Civil português exige que se tenha em conta o “bem da família. Nesta medida, o acordo surge como um acto bilateral vinculado. Assim se começa a tornar imediatamente claro que a definição dos principais aspectos da relação conjugal não está inteiramente ao dispor das partes.

Segundo o autor, quando as partes resolvem se casar, o fazem conscientes dos deveres e direitos ali agregados, de modo que não seria possível dispor acerca do estabelecido pelo Estado. Ou seja, as disposições legais relativas aos efeitos do casamento têm de ser vistas como imperativas<sup>296</sup>. Portanto, sob esse raciocínio, um acordo que verse sobre os deveres conjugais seria inválido.

Isso é o que está exposto, expressamente, no artigo 1.699<sup>297</sup> da legislação civil portuguesa, que limita a relativização dos deveres conjugais no pacto antenupcial, em que pese

---

<sup>295</sup> “No direito de família, o direito subjectivo ou é poder da vontade não respeitante a um interesse próprio do titular ou é simples meio destinado a obter o cumprimento de um dever, isto é, mera acção”<sup>295</sup> Na primeira categoria, inclui o “direito do poder paternal”, explicando que o progenitor é chamado a cuidar dos interesses de outrem, pelo que o seu poder é um poder vinculado. Na segunda categoria, refere o direito a alimentos, que descreve como “interesse elevado a direito”, como figura não dependente de um poder discricionário, condicionada basicamente por dois pressupostos: a necessidade do titular e a capacidade económica do obrigado. Nas duas categorias de direitos familiares detecta-se a prevalência do interesse sobre a vontade. E o interesse em questão é o interesse familiar, superior ao interesse individual de qualquer um dos membros da família. Os direitos familiares são situações jurídicas que cabem a pessoa por estarem integradas num “organismo”, o que basta para “que se possa falar de interesse superior distinto e eventualmente oposto aos interesses individuais das pessoas. O interesse é ainda aqui sentido pelos indivíduos e até tanto mais fortemente quanto mais estreita for a relação e mais acentuada for a destinação: mas é interesse sentido como membro e não como indivíduo, exactamente como no Estado: é interesse não do indivíduo A nem do indivíduo B, mas de A, marido, pai, tutor, parente, e de B, mulher, filho, pupilo, parente” (PINHEIRO, 2004).

<sup>296</sup> PINHEIRO, 2004, p. 509-511.

<sup>297</sup> CCPT, art. 1699 - 1. Não podem ser objecto de convenção antenupcial: a) A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes; b) A alteração dos direitos ou deveres, quer paternos, quer conjugais; c) A alteração das regras sobre administração dos bens do casal; d) A estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º; 2. Se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do artigo 1722.º

o artigo 405 do mesmo diploma explicitar a possibilidade de ampla liberdade contratual. De fato, há de se concordar que, também no Brasil, não é possível se pactuar sobre determinações contrárias à lei<sup>298</sup>.

Mas, acerca dos pactos antenupciais, o enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil, que sacramenta interpretações sobre a lei civil brasileira, estabelece que “o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.

E é nesse sentido que Renata Vilela, supracitada, defende, em sua obra acerca da liberdade nas relações familiares, que caberia às pessoas estabelecerem o seu próprio regramento de seu relacionamento, dentro da legalidade constitucional, maximizando a autonomia privada existencial das pessoas, que estarão aptas a regulamentarem suas próprias relações segundo seus projetos de vida. Leia-se:

São esses os motivos que levam a crer que os pactos antenupciais também podem dispor acerca das questões existenciais, mas, diante de um juízo de merecimento de tutela, tendo tão somente a principiologia constitucional como limite. Nesse sentido, não poderiam ser utilizados para colocar uma das partes em situação de desigualdade ou dependência, para restringir a liberdade, para violar direitos fundamentais de um parceiro; sendo esses limites que se impõe a qualquer pacto realizado na seara do direito de família<sup>299</sup>.

Portanto, é pacífico, no Brasil, o entendimento que valoriza a privacidade dos cônjuges, a não interferência na vida privada e a liberdade, em alinhamento com a primeira corrente exposta no presente capítulo.

Deve ser reconhecida a necessidade de valorização da função social do contrato, de modo que os interesses coletivos devem se sobrepor aos interesses individuais, em uma primeira análise. Entretanto, considerando que aqui defendemos que os deveres conjugais têm efeitos entre partes e não *erga omnes*, não compreendemos como a estipulação diversa dos deveres conjugais entre um casal poderia, de alguma forma, violar um interesse coletivo.

A ideia de um fim familiar superior, que afasta os interesses individuais e a personalidade dos indivíduos que estão presentes naquele casamento, não está de acordo com os preceitos mais modernos do Direito das Famílias. A própria Constituição Portuguesa, em

---

<sup>298</sup> CCB, art. 1655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

<sup>299</sup> MULTEDO, 2017, p. 237.

seu artigo 67, entende que a família é compatível com a tutela da personalidade e com a liberdade individual.

Defendemos, assim, que a família deve ser a maior representação dos traços pessoais dos indivíduos nela inseridos. Isso significa, em outras palavras, que o Estado não deve ocupar a figura de protetor-opressor, e sim assumir o dever de regular situações em que exista eventual lacuna deixada pela própria família. Mas as famílias deveriam ter o poder de auto-regulação antes, durante e depois do estabelecimento daquele núcleo familiar. Assim, em que pese os deveres conjugais sejam expressos na legislação brasileira e portuguesa, é certo que as normas que fixam os efeitos do casamento contêm conceitos de tal modo gerais e indeterminados que permitem a personalização do casamento entre os cônjuges<sup>300</sup>. Cabe, portanto, a cada cônjuge contribuir com o que entender adequado, de forma a valorar sua personalidade, podendo definir o conteúdo da respectiva relação<sup>301</sup>.

Ora, o casamento é algo da natureza mais íntima possível e, dentro de sua intimidade, deve ser preservada a autonomia das partes para que aquela relação tenha a maior empatia e os valores que aquele par conjugal valoriza, desde que haja livre consentimento entre as partes.

Conclui-se, portanto, sob essa análise, que o dever conjugal de fidelidade e o princípio da monogamia poderiam ser afastados caso o casal assim o determinasse por meio de pacto firmado entre as partes, de modo a, nesses casos, não ocorrer ilícito que enseje eventual direito a reparação civil. Do mesmo modo, é plenamente cabível que o casal estabeleça no próprio pacto algum tipo de sanção pecuniária caso se descumpra o dever conjugal de fidelidade.

---

<sup>300</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da família e das sucessões*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 183.

<sup>301</sup> PINHEIRO, 2004, p. 108.

## 7 CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs-se, a partir da análise crítica da doutrina do direito civil, principalmente nas áreas de direito de família e responsabilidade civil, a examinar o seguinte problema: a violação do dever conjugal de fidelidade deve ensejar responsabilidade civil? Ou seja, deveria o ato de infidelidade imputar responsabilidade ao cônjuge infiel ou ao terceiro envolvido no ato de infidelidade?

Para abordar tal questão fundamental, o trabalho buscou, em seu primeiro capítulo, analisar noções basilares do direito familiarista, como a história da família matrimonial, o conceito de família e seus elementos essenciais. Tal análise demonstra que, nas décadas mais recentes, passou a haver um questionamento do modelo monogâmico como o “modelo ideal” de família.

Em seguida, passou-se à análise dos deveres conjugais, ou seja, das obrigações assumidas por aqueles que adentram um relacionamento conjugal. Para tal, analisou-se a natureza jurídica do casamento, bem como os seus efeitos, dentre os quais se incluem a assunção de deveres conjugais pelas partes. Dentre esses deveres, inclui-se o dever de fidelidade, originalmente entendido como a fidelidade estática e padronizada da relação monogâmica, cuja ruptura se daria pelo ato de traição carnal.

De modo a verificar a interação entre o dever de fidelidade e a responsabilização civil do cônjuge infiel, fez-se necessária a exploração do instituto da responsabilidade civil e de seus elementos, como o dano, o nexo de causalidade e a culpa. Feita tal exposição basilar, foi possível verificar a interação entre tais elementos e as relações familiares, demonstrando que a violação de deveres conjugais vai muito além de uma visão patrimonialista do dano.

No último capítulo, o trabalho buscou conjugar as análises pregressas na abordagem do problema em questão, qual seja, a aplicação efetiva da responsabilidade civil pela violação do dever de fidelidade. Nesse ponto, examinou a doutrina brasileira e a portuguesa, ressaltando-se as diferenças entre os entendimentos majoritários em cada ordenamento e grupos de doutrinadores.

Munidas desses recursos, as presentes considerações finais optam por aliar-se à visão de que a violação do dever conjugal de fidelidade pode sim ensejar responsabilização civil daquele que o violou, a depender do caso concreto e desde que preenchidos os requisitos da responsabilidade civil. Vejamos, a seguir, uma síntese dos argumentos adotados.

Delphine de Girardin, escritora francesa do século XVIII já dizia: “A infidelidade é como a morte, não admite gradações”. No dicionário, a definição da palavra *infidelidade* faz referência a deslealdade, abuso e desrespeito. E como se prevê pela definição descrita, a infidelidade não se resume a traição carnal, podendo se dar também, no mundo moderno, no ambiente virtual.

Nas Ordenações Filipinas, era permitido ao homem casado que encontrasse sua mulher em adultério, matá-la e ao terceiro adúltero, “salvo se o marido fo[sse]r peão e o adúltero fidalgo ou nosso Desembargador ou pessoa de maior qualidade”. Como sanção ao não açoitamento da adúltera e de seu amante, o marido e a esposa poderiam ser despejados às colônias do Brasil e da África. A breve digressão ao posicionamento das Ordenações Filipinas quanto ao dever de fidelidade se faz necessária para demonstrar a relevância do assunto na história das famílias.

É claro que, com o avançar da sociedade civil e, principalmente, da valorização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os cônjuges, tais estipulações parecem absurdas. No entanto, é fato que tal construção se faz importante para que se compreenda o estabelecimento da fidelidade como um dever conjugal, previsto no Brasil no artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro e em Portugal no artigo 1672 do Código Civil Português.

O casamento é um contrato com deveres e direitos pré-estabelecidos pelo Estado, sendo um deles o dever de fidelidade. Mas, por ser o casamento um contrato feito por duas pessoas maiores e capazes, é lícito a elas personalizar o regramento de suas relações<sup>302</sup>. Ou seja, é possível que o casal estipule deveres e sanções que entenderem cabíveis de modo a evitar questionamentos futuros, desde que de acordo com os valores constitucionais. Nessa personalização, são também permitidas alterações quanto à previsão (ou não) do dever conjugal de fidelidade.

---

<sup>302</sup> “Por outras palavras, hoje diz-se que o legislador não pode mais do que formular mensagens e dar recados; não pode mais do que “impor obrigações” débeis. Ou seja, o Estado dirigente e impositivo que já se caracterizou por estabelecer o modelo universal de família que garantia a felicidade dos indivíduos e prosperidade das nações, descendo aos pormenores conhecidos do código prussiano, é o Estado que hoje se remete a um minimalismo consciente, que tende a transforma-lo num Estado-tabelião, que se limita a registrar as ocorrências, indiferente ao sentido das opções individuais e desistindo de qualquer ética da convivência social. Na senda de um liberalismo à outrance, o Direito pessoal da Família regressou ao velho *laissez-faire*, limitando-se a registrar os contratos em que se baseia a convivência entre os sujeitos supostamente livres e iguais, acabando cinicamente a contabilizar as baixas que má sorte vá causando” (OLVEIRA, 2022, p. 44).

Ou seja, pela análise realizada, apesar de opinião contrária capitaneada por Jorge Duarte Pinheiro<sup>303</sup>, conclui-se que é lícito aos cônjuges estabelecer se, naquela relação conjugal que optaram por contrair, deverão optar ou não pela monogamia, assim como estabelecer sanções caso optem pela manutenção do dever de fidelidade. Tal posicionamento, defendido no presente trabalho, alia-se às visões que entendem que o direito comporta versões de família que vão além da união monogâmica.

Contudo, caso não haja nenhuma previsão acerca da aplicação ou não do dever conjugal de fidelidade, na omissão de regramento específico, deve se praticar o que prevê a lei. É de se presumir a possibilidade da existência de sanções caso um de seus deveres seja descumprido, conforme análise feita no curso desta pesquisa. Há, como exposto, extensa produção doutrinária em sentido contrário, mas há entendimento majoritário que, mesmo que não se permitisse a condenação pela ruptura do dever conjugal de fidelidade, haveria a possibilidade de indenização quando se fere a honra e o respeito<sup>304305</sup>. Destaca-se, porém, que tais condutas só são esperadas exatamente diante da existência de um dever que vincula as partes.

---

<sup>303</sup>“Na pesquisa do conteúdo dos deveres conjugais, é essencial a noção do que deve ser o casamento. Há um mínimo de que depende a especificidade do instituto e que não pode ser atingido pela autonomia privada, nem por uma perspectiva hipertrofiada da liberdade individual. Esse mínimo, o núcleo intangível do casamento, não se traduz em meras posições jurídicas típicas de quem pertence a uma organização econômica. Reflete-se sobretudo na esfera mais pessoal das partes. Assim sendo, os deveres conjugais sexuais são fundamentais na defesa da autonomia do casamento perante outras figuras e a respectiva importância é reconhecida pelo legislador do sistema romanístico, que a eles se refere nas normas que estabelecem os deveres conjugais (por exemplo, no artigo 1672 do Código Civil Português)” (PINHEIRO, 2004. p. 745/746).

<sup>304</sup>“Concluimos. Os deveres conjugais não são susceptíveis de indemnização enquanto expressões de deveres matrimoniais. O que pode ser objeto de indemnização é a lesão de um direito de personalidade ocorrida na sequência deste incumprimento. (...) E afirmamos então ser nosso entendimento que o incumprimento dos deveres conjugais não se fundamenta uma accao de indemnização. O que origina um dever de indemnizar é a lesão da honra, do dever de cuidado por quem esteja obrigado devido à relação que tem com outra pessoa, e não o contrato de casamento” (PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. 3. ed. Portugal: AAFDL, 2021, p. 290);

<sup>305</sup> Acerca do assunto, importante destacar a posição de Guilherme de Oliveira que, apesar de negar a possibilidade de indenização em casos de infidelidade, a defende quando no caso concreto houver a violação também do dever de respeito: “O valor do dever de respeito é mais complexo. Por um lado, sendo um dever residual ao lado dos outros que estão especificados, está sempre presente, mas sem relevo autónomo; isto é, se um cônjuge viola o dever de fidelidade, o dever de coabitação ou o dever de cooperação, — sem atingir direitos de personalidade — está a desrespeitar o estatuto matrimonial do outro, está a praticar infrações endofamiliares, que apenas violam o estatuto conjugal do outro. Simultaneamente, o dever de respeito tem o sentido de que cada membro do projeto conjugal tem um dever especial de se abster de lesões dos direitos absolutos do seu cônjuge — um dever maior do que qualquer outra pessoa. Assim, no caso de um cônjuge violar direitos de personalidade do outro, o dever conjugal de respeito parece impor a qualificação das infrações contra os direitos de personalidade deste” (OLIVEIRA, 2019).

Portanto, a depender do caso concreto, quando a situação causada extrapolar a hipótese de um mero aborrecimento, haverá a possibilidade de se aplicar sanções. Tais sanções estariam, no entanto, vinculadas à necessidade de se observar os pressupostos da responsabilidade civil para se gerar o dever de reparar. Ou seja, conclui-se que haverá condenação em danos morais se houver a prova da existência da culpa, do dano e do nexo causal.

Do mesmo modo, discute-se acerca da possibilidade de o terceiro cúmplice ser responsabilizado pelo adultério como partícipe. Apesar de amplo entendimento divergente doutrinário<sup>306</sup>, a conclusão deste trabalho, com base na argumentação trazida por outros doutrinadores, majoritariamente brasileiros, é a de que ao amante não poderia ser inculcada a responsabilidade pelo descumprimento do dever de fidelidade que vincula outras pessoas, eis que tal vinculação possui efeito *interpartes* e não *erga omnes*. No entanto, é claro que, se o amante comete atitudes condenáveis do ponto de vista da responsabilidade civil em termos gerais, poderá ser condenado, embora não pelo descumprimento do dever de fidelidade, uma vez que tal dever não lhe cabe ou envolve.

Em outras palavras, o ato de infidelidade puro e simples não tem o condão de gerar a obrigação de reparar, a não ser que tal ato tenha sido praticado de maneira abusiva, humilhante e vexatória – situação que atrairá a incidência das normas da responsabilidade civil, uma vez que não é qualquer descumprimento de obrigações que gera o dever indenizatório.

A cláusula geral de responsabilidade civil prevista nas legislações brasileira e portuguesa é plenamente apta a dar conta dos casos que envolvem a quebra do dever de fidelidade recíproca<sup>307</sup>. Portanto, mesmo que o legislador tenha elegido uma cláusula geral de reparação de danos, é necessário que os aplicadores do direito atentem aos pressupostos da

---

<sup>306</sup> “[a] violação da função social pelas partes e terceiros é um abuso de direito do qual decorre um dano social, pois agir de forma contrária aos deveres de conduta da sociabilidade contratual implica em lesão estruturas de interesse da sociedade e à segurança das relações jurídicas. Da violação da função social resulta um fato ilícito no qual os danos patrimoniais, extrapatrimoniais e sociais devem ser indenizados por aquele que desfuncionalizou o contrato por causa da inobservância de sua posição passiva criada pela situação contratual. Resultando danos da desfuncionalização social do contrato, haverá responsabilidade civil extracontratual” (SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação da função social do contrato*. [S. l.]: Ed. Almedina, 2018).

<sup>307</sup> “os pressupostos da responsabilidade civil adequam-se ao ilícito conjugal: é possível formular um juízo de culpa acerca da conduta do cônjuge que viola um dever conjugal, a complexidade da relação conjugal não inviabiliza a fixação do nexo causal e há critérios que permitem a determinação dos danos indenizáveis. As sanções familiares são cumuláveis com a responsabilidade civil comum. Não correspondendo o direito da família a um sistema jurídico fechado, auto-suficiente, uma omissão da lei acerca da responsabilidade civil entre os membros da família deve ser preferencialmente entendida como uma remissão para as normas gerais do Direito e não uma rejeição destas” (PINHEIRO, 2004, p. 761).

reponsabilidade civil, devendo valer-se, ainda, da jurisprudência para determinar quando a infidelidade conjugal deva ser objeto de tutela jurisdicional.

Como a análise da possibilidade da condenação em danos morais perpassa, necessariamente, pelos pressupostos da responsabilidade civil, caberá ao cônjuge lesado fazer prova do ato de infidelidade e dos elementos da responsabilidade civil, sob pena de ver seu pleito julgado improcedente.

É natural que, em se tratando de valores familiares e decisões conjugais, evocam-se argumentos de natureza moral e cultural. Tais argumentos vestem-se de extrema relevância, já que, desde Aristóteles, a família é entendida como uma célula fundamental do corpo social. Disso depreende-se que, ao se tratar de valores tão relevantes, não haverá resposta certa e aplicável em qualquer contexto social e cultural. Isso não impede que, com base nos argumentos disponíveis, seja feita uma defesa da posição que entendemos ser a mais adequada aos valores contemporâneos nas sociedades brasileira e portuguesa.

Nos últimos anos, a sociedade ocidental foi fortemente influenciada pelas lutas de emancipação da mulher e pela valorização dos direitos LGBTQIA+, o que demanda uma intensa revisão de institutos do direito civil pensados em uma sociedade patriarcal, heteronormativa e essencialmente monogâmica. Não se pretende aqui pressupor a *superioridade* de um ou outro modelo de família, mas sim o entendimento de que a sociedade civil é extremamente mais diversa hoje do que quando foram sedimentadas tais bases do direito civil, como o matrimônio, os deveres conjugais e a própria responsabilidade civil.

Em linha com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a constitucionalização do direito civil, entendemos que a análise da infidelidade conjugal deve ser feita de tal modo que o direito não faça uma escolha pré-definida. Ou seja, não cabe ao direito civil decidir qual será a forma de cada relação, mas sim garantir a proteção das pessoas diante das opções feitas pelas partes de um relacionamento. Sendo assim, as opções feitas ao longo do trabalho visam adequar a análise do problema à visão de que o Direito de Família deve adaptar-se à pluralidade de valores presentes na sociedade ocidental contemporânea.

Por fim, este trabalho não pretendeu esgotar a análise da possibilidade de arbitramento de danos morais ante a quebra do dever de fidelidade conjugal. Há ainda muitas vertentes a serem exploradas sobre a temática, tais como um maior detalhamento dos parâmetros de indenização. Porém, em suma, a exposição aqui proposta visou estabelecer que é possível haver condenação em danos morais se, diante da quebra do dever de fidelidade recíproca, for verificável a existência do dano e do nexo causal.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família, angústias e aflições nas relações familiares*. 2. ed. [S. l.]: Livraria do Advogado Editora, 2020.

ALMEIDA, Felipe Cunha. Obrigação de não fazer e dever de fidelidade: a conduta do amante sob a perspectiva do direito das obrigações, do direito de família e da responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n.2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/obrigacao-de-nao-fazer-e-dever-de-fidelidade/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. Ed. Principia, 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962* [Estatuto da Mulher Casada]. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *REsp 1.332.366/MS*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2016, DJe 07.12.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgRg no AREsp 566.277/MG*. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *EResp 1.127.913/RS*. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/08/2014).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial nº 1.110.417/MA*. Rel. Min. Maria Isabel Galloti. Julgamento em 07 abr. 2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200802730754&dt\\_publicacao=28/04/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802730754&dt_publicacao=28/04/2011). Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *REsp 1122547/MG*. Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). *REsp: 1675874 MS 2017/0140304-3*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz; Data de Julgamento: 28/02/2018, Data de Publicação: DJe 08/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *REsp 1.159.242-SP*. Rel.: Min. Nancy Andrighi, j. 24-4-2012, DJE, 10-5-2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *REsp 922.462-SP*. Rel.: Min. Villas Bôas Cueva. Brasília, j. 4-4-2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira turma). *REsp 922.946/SP (2007/0030162-4)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 04 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp: 1269166 SP 2018/0064652-9*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, Data de Publicação: DJ 01/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 878.694/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 10 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 646.721/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 10 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 883.168/SC*. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicação em 25 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350341362&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso Extraordinário 11.786*. Rel ministro Hahnemann Guimarães. Brasília, 06 out. 1952.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da família e das sucessões*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. Paris: Répertoire du Notariat Defrénois, 1979.

CARBONNIER, Jean. Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille. In: PERELMAN, C.; VANDER ELST, R. *Les notions à contenu variable em droit*. Bruxelles: Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1984.

CARVALHO, Telma. A união de facto: a sua eficácia jurídica. In: CARVALHO, Telma *et al. Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO. Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO MENDES, João de. *Direito da família*. Lisboa: Associação acadêmica, 1979.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2020.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1985.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família – Volume I – Introdução/Direito Matrimonial*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra/Coimbra University Press, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II – direito das obrigações*. T. IV. Coimbra: Almedina, 2010.

CORTE REAL, Calos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família*. Tópicos para uma Reflexão Crítica. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2011.

CORTE REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família - Tópicos para uma reflexão crítica*. 2. ed. Lisboa: AAFD, 2011.

CORTE REAL, Carlos Pamplona. Relance crítico sobre o Direito de Família Português. *In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) Textos de Direito de Família*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: [https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Textos\\_de\\_Direito\\_da\\_Familia.pdf](https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf). Acesso em: 24 jan. 2024.

DIAS, Cristina M. Araújo, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792º do Código Civil (na redacção dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Lisboa, Universidade Católica, 2011, Volume especial 2011 de Direito e justiça, Vol. 1: 594. p. 389-419

DIAS, Maria Berenice. A Homoafetividade Como Direito. *In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Coord.) Novos Direitos*. item n. 5, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à Emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. 2007b.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito de Família*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º volume: Direito de Família. 29. ed., rev. e atual. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. VII. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed., rev., atual. e aum.. São Paulo: Saraiva, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Primeira Turma Cível). *Segredo de Justiça 0000915-31.2015.8.07.0009*. Relator: Romulo de Araujo Mendes. Data de Julgamento: 03/08/2016, Data de Publicação: Publicado no DJE: 19/08/2016. Pág.: 166-177.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal De Justiça Do Estado Do Espírito Santo. *AC 0002963-55.2010.8.08.0026*, Rel. Des. Julio Cesar Costa de Oliveira, Vitória, 10 out. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manuel de Direito Civil: volume único*. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord). *Temas atuais de direito e processo de família: primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão)*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/93.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família: as famílias na perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GANGI, Calogero. *Il matrimonio*. Milano: [s. n.], 1947.

GAUDEMET-TALLON Hélène. *De quelques paradoxes en matière de droit de la famille*. *RTD civ.*, [s. l.], 1981.

GETE-ALONSO Y CALERA, Maria Del Carmem. *De los derechos y deberes*. [S. l.]: [s. n.], 1984

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Sentença*. Juiz Substituto Rodrigo Victor Foureaux Soares. Goiás, 06 nov. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/11/art20171107-08.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família (Vol.6)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, José Mauro Coelho Maia. *Responsabilidade civil na relação conjugal: a violação do dever de fidelidade e aplicação da teoria do terceiro cúmplice*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Jos%C3%A9%20Mauro%20Coelho%20Maia%20Gon%C3%A7alves.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.

HIRONAKA, Giselda. Família e Casamento em Evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n.1, p.7, abr-jun. 1999.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

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

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do companheiro. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. (Coords.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322-341.

MENDES, Túlio Max Freire. Dano Moral por Violação ao Dever Conjugal de Fidelidade. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol.I, Introdução da constituição das obrigações. Ed. Almedina.

MENEZES LEITÃO, Luis Manual Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol.II, Transmissão e emissão das obrigações. Não cumprimento e garantia de crédito. Ed. Almedina.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (15ª Câmara Cível). *Apelação Cível 1.0024.04.520720-6/0011*. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, j. 15.05.2008, Belo Horizonte, DJEMG 11.06.2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Responsabilidade e a Reparação Civil em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relação de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 399-415, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 386, p. 183–201, jul./ago., 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5 - Direito de Família. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Estudos de direito da família II: Passear os dogmas*. Coimbra: Almedina, 2022.

OLIVEIRA, Guilherme de. Linhas gerais da reforma do divórcio. *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano V, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, p. 63-72.

OLIVEIRA, Guilherme de. Responsabilidade Civil por violação dos deveres conjugais. *Lex Familiae*, Ano 16, n.º 31-32 (2019). Disponível em: <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2024.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. 3. ed. Portugal: AAFDL, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Boletim do IBDFAM*, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005.

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da Família*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/2272>. Acesso em: 24 jan. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade*. São Paulo: Forense, 2003.

PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais por Ato de Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. In: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte. ABOLIÇÃO DA CULPA E RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. 2021. Disponível em: < <file:///C:/Users/bianc/Downloads/DIR31-01.pdf> >

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6. ed. [Portugal]: AAFDL, 2019.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal - os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira. Causas do divórcio. In: PINHEIRO, Jorge Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal*. Os deveres conjugais sexuais. Portugal: Almedina, 2004.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Seção). *Acórdão 819/09.7TMPRT.P1.S1*. Relator: Helder Roque. Portugal, data do acórdão: 09 fev. 2012. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39c774e2ef22d7b4802579a600588a16?OpenDocument>. Acesso em: 26 jan. 2024.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Seção). *Acórdão 2325/12.3TVLSB.L1.S1*. Relator: Tomé Gomes. Portugal, data do acórdão: 12 maio 2016. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c56c09e13e9d3e7e80257fb1004ef1d5?OpenDocument>. Acesso em: 26 jan. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Segunda Câmara Cível). *Ap. 2000.001.19674*. Rio de Janeiro, Rel.: Des. Gustavo Kuhl Leite, j. 10-4-2001.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC 0038659 27.2010.8.19.0001*. Rel. Des. Benedicto Abicair, Rio de Janeiro, 25 jul. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava câmara cível). *AC 70042330472*, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 14 de julho de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (10ª Câmara Cível). *Acórdão 70024207490*. Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 28.08.2008, DOERS 08.09.2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Décima Câmara Cível). *Apelação Cível Nº 70001752914*, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 30/08/2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). *Ap. 70.013.037.882*. Rel.: Des. Brasil Santos, j. 7-6-2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES. Antonio Barroso. A tutela indenizatória no contexto familiar. *Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa*.

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Características e conseqüências do exercício do direito ao livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. *In: RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O Direito das Famílias entre a norma e a realidade*. 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil: parte especial do Direito de Família – do casamento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSENVOLD, Nelson *et al. Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVOLD, Nelson. A singularidade do ilícito endofamiliar e da responsabilidade civil na conjugalidade. Disponível em: <  
<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/98/73>>

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Direito das Obrigações I – Sinopse Explicativa e Exemplificativa*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2010.

SANTOS, Érica Oliviero dos; RODRIGUES, Amanda. Responsabilidade Civil nos casos de infidelidade e os efeitos da condenação. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, [s. l.], Ano. 07, Ed. 04, Vol. 03, pp. 111-128. Abril de 2022. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/casos-de-infidelidade>. Acesso em: 15 fev. 2024.

SANTOS, Mauro Sérgio. A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes. *Direito em Ação-Revista do Curso de Direito da UCB*, [s. l.], v. 10, n. 1, 2013.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. Responsabilidade Civil pela Violação ao Dever de Fidelidade no Casamento. *In*: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Regina Tavares da Silva Papa dos. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Regina Tavares da Silva. Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento. *In*: STOCO, Rui (org). *Dano Moral ao Meio Ambiente, no Direito de Família e nas Relações do Trabalho*. Coleção Doutrina Essenciais: Dano Moral, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). *Apelação com Revisão 539.390.4/9*, Acórdão 2.644.741, Rel.: Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10.06.2008, DJESP 23.06.2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). *Apelação 0279770-49.2009.8.26.0000*, Acórdão 6080323. Rel. Des. Moreira Viegas. Julgamento em 01.08.2012, DJESP 16.08.2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Quarta Câmara de Direito Privado). *AC 549.484.4/6-00*. Rel. desembargador Francisco Loureiro, São Paulo, julgado em 16 abril 2009, registrado em 19 mai. 2009 (voto divergente).

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo (Org.). *O Direito Privado Contemporâneo e a Família Pós-Moderna*. Edição digital. [S. l.]: Simplíssimo, 2015.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Aida Filipa Ferreira da. *Responsabilidade civil entre cônjuges no divórcio: as alterações do art. 1792º do código civil com a Lei nº. 61/2008, de 31 de outubro*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2013. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/75752>. Acesso em: 25 jan. 2024.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação da função social do contrato*. [S. l.]: Ed. Almedina, 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *O regime jurídico do divórcio*. Coimbra: Almedina, 1991.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, v. 16, n. 378, p. 28–29, out. 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado: conforme a Constituição da República*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BROCHADO, Ana Carolina. *Fundamentos do Direito Civil – Volume 6 – Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TITO, Karenina. Responsabilidade civil extracontratual por violação dos deveres conjugais. P. 203 Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/96335/1/Ebook%20-%20Novos%20desafios%20da%20Responsabilidade%20civil.pdf>>

VARELA, Antines; LIMA, Pires de. *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra Ed, 1987.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito da Família - 1 vol*. Lisboa: Petrony, 1982.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VIEIRA, José Manuel Bracinha. *Alguns aspectos da evolução do Moderno Direito Familiar*. Lisboa: Direcção Geral da Assistência; Gabinete de Estudos Sociais, 1969.

WALD, Arnold. *Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

XAVIER, Rita Lobo. *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724038568. 78 p.