

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

Felipe Cunha de ALMEIDA*

RESUMO: O presente artigo analisou o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges e a conduta do amante sob a perspectiva e incidência das normas inerentes ao direito das obrigações, direito de família e responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Cônjuge e amante; cônjuges; direito das obrigações; direito de família; responsabilidade civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Fontes das obrigações; – 2.1 Tripartição fundamental do direito das obrigações; – 2.2 Obrigações negociais; – 2.3 Responsabilidade civil; – 2.4 Enriquecimento sem causa; – 2.5 Modalidades das obrigações e as obrigações de não fazer; – 2.6 - Obrigação de não fazer; – 3. Dever de fidelidade: cônjuge e a posição do amante no direito das obrigações; – 4. Conclusão; – 5. Referências bibliográficas.

ENGLISH TITLE: *Obligatio non Faciendi and Duty of Fidelity: the Conduct of the Lover under the Perspective of Obligations, Family and Torts Law*

ABSTRACT: *This article analyzed the duty of mutual fidelity between spouses and the lover's conduct from the perspective and applicability of the rules inherent to the law of obligations, family law and civil liability.*

KEYWORDS: *Spouse and lover; spouses; law of obligations; family law; civil liability.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Sources of obligations; – 2.1. Fundamental tripartition of contract law; – 2.2. Bargaining obligations; – 2.3. Civil liability; – 2.4. Unjust enrichment; – 2.5 Modalities of obligations and negative covenants; – 2.6. – Negative covenants; – 3. Duty of loyalty: spouse and lover's position in law of obligations; – 4. Conclusion; – 5. Bibliographic references.*

1. Introdução

É notória a preocupação do ordenamento com a família, esta, inclusive, com proteção em nível constitucional.¹ Dentro da família, há o casamento e, especificamente quanto a este instituto tão solene, a legislação prevê uma série de deveres para os cônjuges. Damos especial destaque ao dever de fidelidade recíproca, previsto no inciso I do art. 1.566², do Código Civil, eis que tal dever é o objeto central deste artigo, como mais adiante analisaremos. Portanto, em havendo uma traição, tal dever resta ofendido e, no

* Mestre em Direito Privado pela Universidade do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Civil e Processual Civil com ênfase em Processo Civil, professor convidado pela UniRitter, IDC, Verbo Jurídico, ESA OAB/RS, Uri - Erechim e de cursos de pós-graduação e prática jurídica, advogado em Porto Alegre/RS. Foi professor de graduação da ULBRA e PUC/RS.

¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

² “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; [...]”.

panorama da relação entre os consortes, temos uma terceira pessoa, o amante, cúmplice.

Para a análise que será procedida, temos como norte, como ponto de partida, decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.122.547/MG, que, mais diante, será devidamente comentada, eis que, naquele julgamento, houve debate relativo à traição e a posição do amante e sua eventual responsabilidade diante de tal conduta, analisada sob o enfoque, naquele julgado, do Direito das Obrigações, especificamente, obrigação de não fazer, que foi afastada pela Corte, bem como quem deve ser objeto do dever de fidelidade.

Portanto, a pergunta que fazemos e que iremos responder é a seguinte: quem deve respeitar o dever de fidelidade: os cônjuges entre si ou então um terceiro, na condição de amante, por exemplo? E, na hipótese de este terceiro intervir na relação dos consortes, é possível a incidência de obrigação de não fazer, bem como sofrer alguma condenação em ação de reparação civil?

Para alcançarmos o objetivo proposto, percorreremos os caminhos do Direito de Família, do Direito das Obrigações e da Responsabilidade Civil, em uma interação entre tais matérias, no sentido de contextualização da posição destas três pessoas envolvidas, ou seja, os cônjuges e o amante, para verificar, após um exercício de interpretação utilizando as normas do Código Civil, objetivando o adequado enquadramento, para a hipótese de descumprimento do dever de fidelidade e, ainda, para quem é imposto tal dever, efetivamente.

Para tanto, a doutrina e a jurisprudência serão nossos marcos no sentido de sustentar o entendimento acerca do julgamento, com a devida análise e a demonstração de nossa posição sobre todos os aspectos que envolvem o julgamento do STJ.

2. Fontes das obrigações

Antes de discorrermos sobre a posição dos envolvidos em uma relação conjugal e em eventual possibilidade de reparação por traição, por infringência do dever de fidelidade, estudaremos o que faz nascer, brotar, as obrigações, ou seja: as suas fontes. É preciso, porém e de início, enfrentarmos a exata diferença entre dever e obrigação. As seguir, as lições de Pontes de Miranda, na íntegra, eis que qualquer esforço de

completar ou explicar o brilhantismo do autor, quanto a este aspecto, além de ser em vão, soaria, inclusive, temerário:³

O promitente tem o dever de cumprir a promessa quando o promissário puder exigir. Mas tem o dever de cumprir agora ou mais tarde já é ter dever. Esse é um dos pontos em que mais se emaranha o pensamento dos que não se firmam na precisão da diferença entre *dever* e *obrigação*. Quem vende à vista já tem o dever e a obrigação de prestar o que vendeu. Quem vende para entregar no começo do ano já deve, porém ainda não está obrigado. Nasceu o dever, a dívida; porém não ainda não a obrigação. O comprador tem o direito, o crédito; não, a pretensão. Se o vendedor há de prestar entre os dias 1 e 20 e não o presta até 30, nasce a ação do comprador. Tudo assim se passa, quer unilateral quer bilateral (ou plurilateral) a manifestação de vontade, nos negócios jurídicos bilaterais, um dos figurantes pode já estar obrigado e não o estar o outro, ou não estarem os outros. O vínculo já se formou; há deveres para todos: ainda não nasceram as obrigações.

Portanto, vimos acima a necessária diferença entre dever e obrigação, eis que há consequências diferentes quando se fala em um ou outro.

Já quanto às fontes das obrigações, Silvio Rodrigues aduz que “são aqueles atos ou fatos nos quais estas encontram nascedouro”. Todavia, o mestre ressalta que a problemática relativa às fontes, além de considerável relevo e “considerada controversia”, é de origem remota:⁴

No direito romano encontramos dois textos de Gaio sobre a matéria. No primeiro deles, constante de suas *Institutas*, diz o jurisconsulto que a obrigação vem do delito, ou surge do contrato; no segundo, entretanto [...] como que verificado não haver esgotado as fontes das obrigações ao mencionar apenas o contrato e o delito, recorre a uma expressão de ordem genérica, *ex variis causarum figuris*, capaz de abranger todas as possíveis causas das obrigações. Portanto, segundo este último texto, as obrigações ou teriam por fonte o contrato, ou o delito, ou qualquer outra coisa. O que corresponde a não resolver o problema em apreço.

A seu turno, nas *Institutas* de Justiniano, as fontes das obrigações foram assim enumeradas: 1) contrato; 2) delito; 3) quase contrato; 4) quase delito. Em relação ao contrato, essa fonte de obrigação gera um liame entre as partes, no sentido de

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies das obrigações: tomo XXII*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). 1. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 75.

⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações: volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8.

comprometimento quanto à realização de determinada prestação. Já o delito é fonte em decorrência da intenção em lesionar, em causar dano, cuja obrigação é o dever de reparação pelo ofensor em proveito da vítima. O quase-contrato também é fonte de obrigações “advindas de atos humanos lícitos, que não provêm de acordo de vontades, mas que representam um procedimento em muito parecido com a relação convencional”. É quase como se fosse um contrato, tal e qual a gestão de negócios. Por fim, a figura do quase-delito também é fonte de obrigações. Aproxima-se do delito, pois, em que pese não exista o dolo, inspira-se na figura da culpa, eis que o prejuízo decorreu de negligência, imprudência ou imperícia do agente.⁵

Silvio Rodrigues, contextualizando as fontes das obrigações para o ordenamento brasileiro, em especial para a legislação civil, afirma que:⁶

O Código Civil brasileiro contempla declaradamente três fontes de obrigações, a saber: o contrato, a declaração unilateral da vontade e o ato ilícito. Mas, como aponta Washington de Barros Monteiro, muitas outras relações obrigacionais existem, reconhecidas pelo direito, que não derivam daquelas fontes. Tal asserção não é acolhida por este livro.

O mestre acima referido entende que as obrigações sempre têm por fonte a lei, mesmo que de forma mediata, além de outros elementos causadores imediatos do vínculo, ou seja, a vontade humana e o ato ilícito. De tal sorte que assim classifica, Silvio Rodrigues, as fontes das obrigações: a) obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana; b) obrigações que têm por finalidade imediata o ato ilícito; c) obrigações que têm por fonte direta a lei:⁷

- a) As primeiras, isto é, as obrigações derivadas diretamente da vontade humana, dividem-se em aquelas que provêm do contrato (conjunção de vontades), e as que decorrem da manifestação unilateral da vontade, como por exemplo, título ao portador ou a promessa de compra e venda.
- b) As segundas, isto é, as obrigações derivadas dos atos ilícitos, são as que se constituem mediante uma ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, causando dano à vítima. Tais obrigações promanam diretamente do comportamento humano, infringente de um dever legal ou social.
- c) Finalmente, há aquelas obrigações que decorrem direta e imediatamente da lei, como a obrigação de prestar alimentos ou

⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações: volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações: volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10-11.

⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações: volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

o mister de reparar prejuízo causado, em caso de responsabilidade informada pela teoria do risco.

Em relação à lei, como fonte das obrigações (exemplos de alimentos: art.1.694 do Código Civil; ou responsabilidade objetiva pelo risco), a lei é fonte da obrigação, mas remota. Pois “é ela que impõe ao devedor o mister de fornecer sua prestação e comina sanção para o caso de inadimplemento.”⁸

2.1. Tripartição fundamental do direito das obrigações

Vimos no tópico anterior as fontes das obrigações segundo a doutrina trazida e, neste ponto, passaremos ao estudo da denominada tripartição fundamental do direito das obrigações, como forma de aprofundar mais o estudo às obrigações.

Fernando Noronha explica que não se mostra possível classificar em categorias gerais os fatos geradores das obrigações, eis que diversos e numerosos. Portanto, mais importante do que se buscar classificações, “é procurar agrupar as inúmeras obrigações da vida real de acordo com a *diversidade das funções* que elas desempenham na vida real, porque é tal diversidade que implica especificidades no regime jurídico”.⁹

Seguindo as lições do autor supracitado, este assevera que “de acordo com as suas funções, ou finalidades que visam alcançar, todas as obrigações em sentido técnico, que encontramos na vida real podem ser objeto de duas classificações fundamentais”. A primeira, segue o mestre, faz a distinção entre o que chama de direitos de crédito, em dois grandes grupos: a) obrigações não autônomas e autônomas, de acordo, conforme derivem, ou não, conforme estejam ou não ao serviço de relações jurídicas preexistentes à relação obrigacional (não autônomas pertencendo a outro ramo direito; autônomas são as obrigações propriamente ditas, inerentes ao estudo do Direito das obrigações); e b) a segunda, a seu turno, guarda relação restrita com as obrigações autônomas. Estas, por sua vez, são divididas em três categorias: 1) obrigações negociais; 2) obrigações de responsabilidade civil; e 3) obrigações de enriquecimento sem causa.¹⁰ Assim, existem três categorias de interesse do credor, tripartidas conforme as categorias anteriormente referidas.¹¹ Vamos, a partir de agora, ao estudo de cada uma.

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações: volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435.

¹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435-436.

¹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 439.

2.2. Obrigações negociais

Tais obrigações nascem dos negócios jurídicos, que são “aqueles compromissos voluntariamente assumidos pelas pessoas, tendo por finalidade regulamentar os seus interesses”, respeitando e observando os limites da autonomia privada. Segundo ensina Fernando Noronha, trata-se da maior parte das obrigações que se verifica na vida real, eis que resultam das relações econômicas em sociedade. Portanto, é através desses negócios jurídicos que se objetiva constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, ou seja, a produção de efeitos jurídicos específicos, tutelados pela ordem jurídica. Como exemplos: contratos (locação, transporte, compra e venda); negócios unilaterais (testamento, promessa de recompensa).¹²

Concluindo, esse tipo de obrigação exige a realização de determinada prestação cujas partes firmaram compromisso. Não sendo cumprida, surge outra obrigação, “que é a de indenizar os prejuízos sofridos pelo credor”.¹³

2.3. Responsabilidade civil

É a segunda grande categoria das obrigações, que resulta da necessidade do dever de “reparar os danos causados a outras pessoas, em consequência da prática de atos ilícitos (arts. 186 e 924, *caput*, do Código Civil) e de outros atos cometidos sem culpa, mas equiparados aos ilícitos, para efeitos de indenização (art. 927, parágrafo único, do Código Civil)”. Soma-se, ainda, a finalidade estática da Responsabilidade Civil, no sentido de tutelar a esfera jurídica das pessoas, por meio da devida reparação dos danos.¹⁴

Fernando Noronha assim diferencia as obrigações de responsabilidade civil e negociais:¹⁵

Nas negociais, a prestação a ser realizada pelo devedor é assumida voluntariamente, ao passo que na de responsabilidade civil em sentido estrito, antes do surgimento do vínculo que recai sobre o devedor, só existe um dever genérico de não causar danos, que é dirigido a todas as pessoas. Enquanto nas obrigações negociais podemos ter duas obrigações sucessivas (uma de realizar a prestação objeto do compromisso e outra de indenizar, caso não seja cumprida a primeira), nas obrigações

¹² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441-442.

¹³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 442.

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 442

¹⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

de responsabilidade civil temos uma única. Na responsabilidade civil, o que acontece é termos num primeiro momento um dever genérico, que é de natureza bem diversa da específica obrigação negocial de satisfazer a prestação acordada. Por isso, na responsabilidade civil não existe obrigação em sentido estrito, verdadeira e própria, antes da violação do dever genérico e da ocorrência de danos, resultantes dessa violação.

2.4. Enriquecimento sem causa

Como referido anteriormente, “A terceira categoria das obrigações [...] é aquela que chamaremos *obrigações de restituição por enriquecimento sem causa* ou, simplesmente, *enriquecimento sem causa*”. A diferença para a responsabilidade civil, segundo as lições de Fernando Noronha, é a de que o enriquecimento sem causa tem por finalidade “remover de um patrimônio, os acréscimos patrimoniais indevidos”. São indevidos porque deveriam ter acontecido em um outro patrimônio, já anteriormente e juridicamente reservado. A responsabilidade civil, por sua vez, tem a função de reparar os danos, ou seja, a diminuição, ou a redução verificada no patrimônio.¹⁶

Pontes de Miranda já afirmava que “A ordem jurídica estabelece-se com o princípio de que não se tira a outrem o que é seu”. Conclui o mestre, portanto, que ninguém pode se locupletar causando danos a outros.¹⁷

É do Direito Romano o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, fundado na equidade: “*Naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria, fieri locupletionem*”.¹⁸

António Menezes Cordeiro afirma que surgiu, no palco jurídico de nossos tempos, essencialmente consagrado como instituto do direito alemão, de forma expressa nos §§ 812 e 822 do BGB:¹⁹

[...] na sequência de um aturado aprofundamento pandectístico dinamizado por Savigny, o enriquecimento sem causa só seria reconhecido em França, por via jurisprudencial, nos finais do século XIX (Arrêt Boudier) e em Inglaterra, por via doutrinária, apesar de antecedentes antigos, na segunda metade do século

¹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies das obrigações: tomo XXII*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). 1. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 445.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Maluf; DIAS, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações: 2ª parte*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 575.

¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: volume II: tomo III: gestão de negócios: enriquecimento sem causa: responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 138-139.

XX. O Direito europeu, designadamente pelos trabalhos de Christian von Bar, tem feito um esforço intenso no sentido do acolhimento do instituto. Directa ou indirectamente, não é arriscado apontar a influência de Savigny na ciência do Direito planetária.

As lições de Flávio Tartuce são precisas e esclarecedoras quanto ao instituto do enriquecimento sem causa: É que não mais se admite condutas baseadas na especulação, “no locupletamento sem razão”, até porque codificação, concebida na pós-modernidade, tem por base “os ditames sociais e éticos”.²⁰

Desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva.²¹

O atual Código Civil brasileiro valoriza aquele que trabalha, e não aquele que fica à espreita esperando *um golpe de mestre* para enriquecer-se à custa de outrem. O Código Civil de 2002 é inimigo do especulador, daquele que busca capitalizar-se mediante o trabalho alheio.

As palavras acima são fundamentais, eis que refletem cristalinamente a necessidade de restituição, daquele que pagou e não deveria ter pago. Abaixo seguem, objetivamente, os pressupostos do enriquecimento sem causa, senão vejamos:²²

- a) o enriquecimento do *accipiens* (de quem recebe);
- b) a empobrecimento do *solvens* (de quem paga);
- c) a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento;
- d) a inexistência de causa jurídica prevista por convenção das partes ou pela lei; e
- e) a inexistência de ação específica.

Ainda:²³

Urge frisar, todavia, que nem todo o enriquecimento é condenado e sim, exclusivamente, o *injusto*, sem causa lícita ou jurídica. O enriquecimento ilícito consiste no ganho sem causa. Verifica-se ele não só quando recebemos alguma coisa sem

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2014, p. 33.

²¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2014, p. 34.

²² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2014, p. 34.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Maluf; DIAS, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações: 2ª parte*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 565.

motivo justo (*condictio indebiti, condictio sine causa, causa data non secuta*), como quando, sem causa legítima, nos libertamos de alguma obrigação com dinheiro alheio.

Mas é importante observar, também, os Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que tratam da matéria e os comentários a respeito do enriquecimento sem causa:²⁴

[...] o Enunciado nº. 35, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, “a expressão se enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”. A doutrina atual vem, portanto, afastando tal requisito. Quando da *III Jornada* foi aprovado o Enunciado nº. 188, também aplicável ao tema, com a seguinte redação: “A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento”. Pelo enunciado doutrinário, em havendo um contrato válido e gerando efeitos que trazem o enriquecimento de alguém, em regra, não se pode falar em locupletamento sem razão. Isso desde que o contrato não viole os princípios da função social e da boa-fé objetiva e também não gere onerosidade excessiva, desproporção negocial.

Outro aspecto importante em relação ao enriquecimento sem causa é a diferença para com o enriquecimento ilícito. Segundo Flávio Tartuce, e em relação ao primeiro, há a falta de determinada causa jurídica para o enriquecimento. Já em relação ao segundo, o ilícito é que fundamenta o enriquecimento: “[...] todo o enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo o enriquecimento sem causa é ilícito. Um contrato desproporcional pode não ser um ilícito e gerar enriquecimento sem causa”.²⁵

2.5. Modalidades das obrigações e as obrigações de não fazer

O Código Civil apresenta um rol de obrigações. Na verdade, trata-se de espécies ou modalidades, tais como as obrigações de dar coisa (certa ou incerta)²⁶, fazer²⁷ e não fazer²⁸. Tal classificação é inerente ao conteúdo do objeto obrigacional. Nosso foco é relativo às obrigações de não fazer, como visto na parte introdutória, sendo tal modalidade a ser contextualizada e objeto de análise e confronto com o Direito de

²⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2014, p. 34.

²⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2014, p. 35.

²⁶ Arts. 233 a 246.

²⁷ Arts. 247 a 249.

²⁸ Arts. 250 e 251.

Família, mais especificamente relativo ao dever de fidelidade, como mais adiante será abordado.

Orlando Gomes ensina que as prestações relativas ao direito das obrigações são variadas e enquadradas em diferentes normas jurídicas. Assim, em relação ao seu objeto, dividem-se em “[...] prestações positivas e negativas. Pertencem à categoria das positivas as prestações de dar (coisa certa e incerta) e de fazer. As negativas compreendem as de não fazer”.²⁹ Como o nosso objeto trata desta última, reiterando, é nela que vamos nos debruçar.

A Lei Civil dispõe sobre a modalidade das obrigações de não fazer entre os arts. 250 e 251 como acima colocado. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentarem e lecionarem sobre os artigos relativos a tal modalidade, asseveram que, especificamente em relação ao art. 250, da legislação civil, a sistemática atual repete a do Código Civil revogado. Todavia, houve a substituição das palavras fato por ato, circunstância que determina a “[...] necessidade de ação volitiva e positiva” para tal modalidade.³⁰

Caio Mário da Silva Pereira, ao ensinar sobre as obrigações, assevera que, em relação à obrigação de não fazer, esta se traduz em uma obrigação imposta ao devedor no sentido de uma abstenção: a obrigação de não fazer, portanto, é negativa típica, ou seja, a sua prestação é um *non facere*. O objeto desta modalidade das obrigações é realizado por uma ação humana exteriorizada justamente por uma omissão. Tanto é verdade que, em assim se mantendo, a obrigação é devidamente cumprida.³¹ No mesmo sentido explica Orlando Gomes que “as prestações negativas constituem objeto das obrigações de não fazer” e, em relação à abstenção propriamente dita, aquela deve ser economicamente importante, que tenha o devido relevo para o estudo e aplicação do Direito, resultando do contrato, da sentença ou da lei.³²

Pontes de Miranda alerta, contudo, que é equivocada a premissa de que a obrigação de não fazer leva a renúncia ao direito. Indo mais além, o mestre ainda pondera que enquanto o devedor permanecer omissivo, não há ofensa ao credor, todavia, tal situação

²⁹ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. 1. ed. BRITO, Evaldo (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume I: parte geral e obrigações (arts. 1º a 420)*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2014, p. 525.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume II: teoria geral das obrigações*. 26. ed. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 63.

³² GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. 1. ed. BRITO, Evaldo (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 40-41.

não acarreta na satisfação. Essa só irá ocorrer quando cessar “[...] o dever de omissão, sem ter sido infringido”.³³

Bem, enfrentada a questão relativa à obrigação de não fazer, abaixo trazemos decisão do Superior Tribunal de Justiça que debateu a reparação civil com causa na traição e que motivou a elaboração deste artigo, eis que o julgamento faz menção à imposição de obrigação de não fazer e o ao dever de fidelidade, este sim exigido aos cônjuges, e que fazemos a transcrição, no ponto:³⁴

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

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

3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. Recurso especial não conhecido' (REsp 1.122.547/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009 - grifou-se). [...].

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies das obrigações: tomo XXII*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). 1. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 146.

³⁴ Ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE INCOMPATÍVEL COM A VIA INTEGRATIVA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. FAMÍLIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. IMPUTAÇÃO AO CÚMPLICE DA TRAIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. PERCENTUAL. 1. Não se reconhece a negativa de prestação jurisdicional alegada quando o acórdão embargado encontra-se suficientemente fundamentado, abordando, com a profundidade adequada, toda a matéria devolvida a esta Corte Superior em sede de recurso especial. 2. O intuito infringente contido nas razões dos declaratórios é incompatível com a via recursal integrativa. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que os juros serão calculados à base de 0,5% ao mês, nos termos do artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC. 5. Embargos de declaração acolhidos apenas para esclarecer o percentual dos juros moratórios em virtude da condenação decorrente do provimento do recurso especial” (Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. EDcl no REsp 922462/SP. Rel. Min: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 08/04/2014).

Observamos de parte da fundamentação acima trazida, que a Corte não considera a hipótese de imposição de um não fazer ao cúmplice eis que, segundo o entendimento, inexistente norma neste sentido para o caso. No debate, ainda, restou decidido que o dever de fidelidade trazido pelo Código Civil é analisado sob a perspectiva entre o casal, no sentido de seu eventual descumprimento, e não perante terceiro, este na condição de réu na ação analisada pelo STJ.

É bem verdade que existe a possibilidade de indenização por danos imateriais em razão de diversas condutas praticadas pelos consortes, e também por amante. Como exemplo, ilustramos também em julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, a condenação em danos imateriais deu-se em face da amante, em favor da vítima, então esposa. Esta recebeu reiteradas ligações da amante (então funcionária do marido), no sentido de constranger aquela, detalhando situações íntimas, bem como dirigindo-se, ainda, ao estabelecimento comercial da autora, mostrando a esta a barriga, no sentido de comprovar, além da traição, a gravidez. Dentre outras condutas que geraram o dever de indenizar, estavam a ameaça, da amante, em danificar o veículo da autora (inclusive registrado Boletim de Ocorrência junto à Polícia Civil). Procura, ainda, pela amante, da filha da gerente da loja da demandante, no sentido de obtenção de informações acerca do patrimônio do casal, entre outras condutas ilícitas relatadas e demonstradas nos autos.³⁵ Já nesta outra decisão, a condenação por danos extrapatrimoniais deu-se tanto em face da cônjuge como da própria amante: “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”.³⁶

³⁵ Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSTRANGIMENTO CAUSADO POR AMÁSIA DE EX-CÔNJUGE. CONFIGURAÇÃO DO DANO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. I - APELAÇÃO. 1. DANO MORAL. Compulsando-se os autos, verifica-se que a contenda funda-se na discussão acerca da configuração de dano moral advindo de diversas condutas da demandada, que se apresentava como amásia do ex-marido da autora. Inexiste, nos autos, qualquer elemento probatório sobre a ocorrência de causa justificadora a ensejar suas condutas, uma vez que as ligações telefônicas foram realizadas em reiteradas ocasiões, exorbitando-se à esfera restrita ao relacionamento da autora, de seu ex-cônjuge e da ré. Decerto, o constrangimento impingido à autora escapa à normalidade, em que pese também possuir origem em foro íntimo. II - RECURSO ADESIVO. 1. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Manutenção do montante indenizatório fixado pelo Juízo a quo. Ajuste da sentença em relação à correção monetária e aos juros moratórios. Pedido implícito. 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Fixação no patamar de 15% sobre o valor da condenação, consoante análise dos requisitos do artigo 20, § 3º, alíneas a, b e c, do CPC. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME” (Apelação Cível Nº 70013199039, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 19/04/2006).

³⁶ Ementa: “DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. CONSTRANGIMENTO E EXPOSIÇÃO DA AMANTE NUA, 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

Todavia, estas últimas decisões bem como seus fundamentos afastam-se da hipótese analisada e julgada, objeto deste artigo, qual seja, a que fez menção a imposição de um não fazer ao cúmplice. Desta maneira e, a seguir, veremos os desdobramentos da situação dos cônjuges e do cúmplice perante o ordenamento jurídico e as possibilidades relativas a não observância das disposições de lei.

3. Dever de fidelidade: cônjuge e a posição do amante no direito das obrigações

Zeno Veloso voltando ao então Código Civil de 1916 e os deveres do casamento lá previstos, afirma sobre os deveres e direitos inerentes ao homem e à mulher, ressaltando que, em termos de direitos, quase todos eram para os homens e, relativamente aos deveres, estes eram praticamente todos da mulher. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tais deveres são recíprocos, como, por exemplo, a fidelidade, objeto deste artigo.³⁷

Em relação à decisão estudada, entendemos que o não fazer pode ser imposto, mas no sentido *lato sensu* das obrigações, e não em sentido restrito ou *stricto sensu*, como é o caso das obrigações de não fazer (obrigações negativas), inerentes ao estudo do Direito das Obrigações. Não se trata, portanto, e como trazidas as lições de Fernando Noronha, de obrigações autônomas, que são as obrigações propriamente ditas, inerentes ao estudo do Direito das obrigações, eis que não há o caráter patrimonial, econômico, mas sim estritamente relativo às normas inerentes ao Direito de Família e, dentro deste, do casamento.

Pontes de Miranda, em sua doutrina sobre o Direito das Obrigações, e com a precisão e brilhantismo ímpar e habitual, faz análise detalhada sobre o conceito das obrigações propriamente ditas, ou em sentido técnico, ensinamentos estes que afastam, sem sombra de dúvidas, a modalidade de obrigação de não fazer ao amante, em seu sentido restrito. Diz o mestre que:³⁸

improvidas” (Apelação Cível Nº 70001752914, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 30/08/2001).

³⁷ VELOSO, Zeno. *Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil*. In: Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (org). São Paulo: Atlas, 2010, p. 174-175.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies das obrigações: tomo XXII*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). 1. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 31.

[...] quando se fala em direito das obrigações, já se restringe a tal ponto o conceito de obrigação, já se pré-excluem as obrigações que não entram no quadro, e de tal modo se precisa o conceito, que em verdade melhor teria sido que às obrigações que são objeto do direito das obrigações se houvesse dado outro nome. Porque a direito corresponde dever, de que o devido é objeto a prestar-se, e a pretensão corresponde obrigação, sem que se possa negar que há pretensões e obrigações fora do direito das obrigações.

A preocupação do ilustre autor suprarreferido é a devida distinção entre o que acontece e tem consequência para o campo do Direito das Obrigações, em sentido restrito (quando não cumprida a prestação na forma pactuada), como para outras obrigações, mas que não se inserem no campo e no Direito das Obrigações. Portanto, em se tratando do Direito das Obrigações *stricto sensu*, os negócios jurídicos aqui envolvidos “[...] irradiam pretensões pessoais, isto é, pretensões a que alguém possa exigir de outrem, *debitor*, que dê, faça, ou não faça, em virtude de ralação jurídica só entre eles”. Pontes de Miranda deixa claro que a pretensão supõe o crédito, obrigação, dívida, exigindo-se da pessoa do devedor para que ele satisfaça a prestação (preste).³⁹

Arnoldo Wald também demonstra a importância sobre o Direito das Obrigações, trazendo as acepções da palavra obrigação. Diz o autor que, em sentido amplo, obrigação pode ser identificada “[...] como qualquer espécie de dever moral, social, religioso ou jurídico. É que, inclusive no campo do estudo do direito, é comum os juristas utilizarem as palavras obrigação como sinônimo de dever jurídico, mas não conferindo significado exato, em termos de técnica e dogmática jurídicas”.⁴⁰

Mais do que relevante para este estudo é, portanto, a distinção entre obrigação (assim como acima trouxemos o entendimento de Pontes de Miranda e Arnoldo Wald), dever, sujeição e ônus, como propõem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que assim explicam: “Dever, obrigação, sujeição e ônus são situações jurídicas subjetivas passivas. Podem ser conceituadas como qualquer situação de desvantagem titularizada por um sujeito, por efeito de concretização de uma norma”.⁴¹ A importância de tal distinção, reiteramos, é no sentido da exata adequação sobre a eventual violação de norma pela conduta do amante.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies das obrigações: tomo XXII*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). 1. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 32.

⁴⁰ WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: volume 2: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

Os autores acima referidos aduzem que, de forma cotidiana, a palavra obrigação vem utilizada em sentido amplo, ou seja, para qualquer situação “[...] que se queira acentuar o elemento passivo de uma relação jurídica”. Alguns exemplos são trazidos, tais como a obrigação de pagar uma dívida, de respeito à propriedade alheia, de registro de determinado direito real.⁴² Vamos, então, às necessárias distinções entre obrigação, dever, sujeição e ônus.

Ao dever jurídico é imposta a necessidade de seguir determinado comportamento, ou seja, “[...] é a contrapartida de todo direito subjetivo”, sendo, também, genérico, eis que recai sobre a coletividade. A obrigação *stricto sensu*, a seu turno, trata de dever jurídico de forma especializada e individualizada. Decorre, tem origem, em prestações de dar, fazer ou não fazer, tratando-se de dever jurídico de prestação: “Distingue-se da obrigação porque corresponde genericamente a qualquer situação passiva de uma relação jurídica patrimonial e relativa”. A sujeição, por sua vez, é ligada à categoria dos direitos potestativos. Estes, os direitos potestativos, agem diretamente na parte contrária, na forma de verdadeiro poder, ou seja, uma delas encontra-se na posição de poder (potestade) e, a outra, na condição ou estado de submissão. Podem, portanto, “[...] alterar a situação do outro [...]”, de forma unilateral, por ela mesma ou então judicialmente, que não tem como se opor ao direito.⁴³ O divórcio é exemplo de exercício de direito potestativo.⁴⁴

Como colocamos, é da mais alta importância a diferenciação entre os institutos acima, no sentido de verificação sobre a atuação do amante, dentro do ordenamento, para sabermos qual a norma que irá incidir à espécie, provocada por aquele que se sentir lesado, ou seja, se busca a proteção do Direito de Família, da Responsabilidade Civil, do Direito das Obrigações ou então, ainda, se conjuntamente alguns desses institutos.

Relativamente à decisão do STJ, entendemos que a imposição de não fazer (ao cúmplice) está ligada a um dos pilares da Responsabilidade Civil, ou seja, ao *neminem laedere*, que se traduz em um dever geral não lesar a outrem, portanto, obrigação em

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: volume 2: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: volume 2: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

⁴⁴ Ementa: “[...] Isso porque, consoante a nova redação, o divórcio passou a ser efetivamente direto. A novel figura passa ser voltada para o futuro. Passa a ter vez no Direito de Família a figura da intervenção mínima do Estado, como deve ser. Vale relembrar que, na ação de divórcio consensual direto, não há causa de pedir, inexistente necessidade de os autores declinarem o fundamento do pedido, cuidando-se de simples exercício de um direito potestativo. [...]” (Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp nº. 1.483.841/RS. Rel. Min: Moura Ribeiro. Julgado em: 17/3/2015).

sentido amplo. Necessário, portanto, faz-se o estudo do mencionado dever geral de não lesar a ninguém para, somente após a sua verificação, falar-se em indenização pelo ilícito.

San Tiago Dantas, por sua vez, há muito dizia que o principal objetivo da ordem jurídica é o de proteger o lícito e reprimir o ilícito. De tal sorte que, para atingir a esse fim, o ordenamento estabelece deveres e que, dependendo da natureza desses deveres, podem ser positivos, de dar ou fazer; ou negativos, de tolerar ou não fazer algo. Vamos ainda mais longe, ou seja, existe um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano, através da máxima *neminem laedere*⁴⁵, anteriormente referida.

Aguiar Dias em citação a Marton assim lecionou sobre a responsabilidade civil:⁴⁶

Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providência essas que podem, ou não, estar previstas.

Vejamos a aplicação prática quanto ao *neminem laedere*, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:⁴⁷

8. O ressarcimento não constitui penalidade; é consequência lógica do ato ilícito praticado e consagração dos princípios gerais de todo ordenamento jurídico: *suum cuique tribuere* (dar

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

⁴⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 3.

⁴⁷ Ementa: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, § 5º, DA CF. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRAZO QUINQUENAL. DIES A QUO. TÉRMINO DO MANDATO DE PREFEITO. RECURSO PROVIDO. 1. "As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança" (art. 23 da Lei 8.429/92). 2. "...se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo" (REsp 1.060.529/MG). 3. In casu, não há falar em prescrição, de forma que subsiste para o ora recorrente o interesse em ter o mérito da ação civil pública analisado. 4. O art. 37, § 5º, da CF estabelece a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento ao erário em decorrência de ilícitos praticados. 5. O comando constitucional não condicionou o exercício da ação à prévia declaração de nulidade do ato de improbidade administrativa. 6. Certamente, só há falar em ressarcimento se reconhecida, concretamente, a ilicitude do ato praticado. Entretanto, esse reconhecimento não prescinde de declaração de nulidade, conforme entendeu o Tribunal a quo. Assim fosse, tornar-se-ia letra morta o conteúdo normativo do art. 37, § 5º, da CF se não ajuizada no prazo legal a ação. 7. O prazo estabelecido no art. 23 da Lei 8.429/92 se refere à aplicação das sanções, e não ao ressarcimento ao erário. 8. O ressarcimento não constitui penalidade; é consequência lógica do ato ilícito praticado e consagração dos princípios gerais de todo ordenamento jurídico: *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), honeste vivere (viver honestamente) e *neminem laedere* (não causar dano a ninguém). 9. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à primeira instância para análise do mérito" (Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 1028330/SP. Rel. Min: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 04/11/2010).

a cada um o que é seu), *honeste vivere* (viver honestamente) e *neminem laedere* (não causar dano a ninguém) [...].

É nítida e necessária, como colocamos antes, portanto, a diferenciação das obrigações *stricto sensu* e das obrigações em geral. Inclusive, se para a decisão em análise fosse considerada a hipótese de obrigação de não fazer em sentido estrito (aplicada dentro do Direito de Família), seria possível, também (bateria às portas do absurdo), a incidência de *astreintes*, até o integral cumprimento da obrigação. A multa é, segundo ensinam Gustavo Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moares, perfeitamente aplicável para as hipóteses de obrigação de fazer e não fazer, no sentido de o juiz compelir o réu.⁴⁸ Contudo, chegaríamos ao patamar de tornar a vida em comum caso tal multa viesse a ser aplicada. Portanto, não se trata de obrigação de não fazer a relação para com o amante, aquela do direito das obrigações *stricto sensu*.

Somado ao analisado *neminem laedere*, princípio basilar da Responsabilidade Civil, como podemos perceber, e em se tratando de descumprimento do dever de fidelidade e a figura do amante, tal dever, como já trouxemos na introdução deste artigo, encontra previsão no inciso I do art. 1.566, do Código Civil: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] I - fidelidade recíproca; [...]”.

Paulo Lôbo, com a propriedade peculiar de sua doutrina, analisando o art. 1.566, inciso I, acima mencionado, faz interpretação com o art. 1.513, também do Código Civil, que assim dispõe: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. A conclusão do mestre sobre tais dispositivos é a de que o Estado (pessoa de direito público) interfere sim, através do Poder Judiciário, “[...] na comunhão de vida dos cônjuges”, especialmente quando a lei civil menciona o dever de fidelidade recíproca, dentre outros deveres. Contudo, entende o mestre que tal dever “[...] no atual estágio do direito brasileiro, confinou-se ao plano da consciência moral, uma vez que destituído de consequências jurídicas”.⁴⁹

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, comentando sobre o dispositivo em questão, lecionam que “O dever de fidelidade recíproca (inciso I) resulta do princípio da monogamia”. Portanto, além da proibição de casamento entre pessoas casadas, tal infração, segundo as disposições do Código Penal, caracteriza o crime de bigamia (art. 235). A infidelidade, portanto, não é

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume I: parte geral e obrigações (arts. 1º a 420)*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2014, p. 527.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125-127.

admitida, e nem de forma eventual, eis que aquela se configura como sendo “[...] toda quebra de confiança, relacionada à sexualidade, não sendo necessária a prática de relações sexuais com outra pessoa, bastando condutas libidinosas sem a conjunção carnal, ou mesmo a simulação de infidelidade”.⁵⁰

Maria Berenice Dias, estudando e ensinando sobre o Dano Moral no Direito de Família, aduz que a responsabilidade deveria ter base na frase de Saint-Exupéry, qual seja: “*es responsável por quem cativas*”, reforçando a tendência no sentido da ampliação da responsabilidade civil, ou seja, “[...] O eixo desloca-se do elemento do fato ilícito para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do dano injusto”, devendo haver a necessária distinção sobre a natureza do dano. Exemplo trazido pela autora é a diferença da prática de ato ilícito, que acarretará indenização, da anulação de casamento por erro essencial ou a infração dos deveres do casamento, “[...] mesmo que torne insuportável a vida em comum”, mas que não autoriza, via de regra, qualquer reparação. Por outro lado, ressalta o embate doutrinário e jurisprudencial acerca do entendimento positivo e negativo sobre a incidência de danos extrapatrimoniais quando da inobservância do dever de fidelidade.⁵¹

Estamos percebendo a importância que tem o dever de fidelidade, justamente e também pelo relevo que vem ganhando o afeto, até como papel jurídico nas relações familiares: “As pessoas se unem ou se separam em razão do afeto”. Este, portanto, é merecedor da devida tutela jurídica.⁵²

As lições trazidas pela doutrina acima são de importância ímpar para este estudo, afinal, analisam o dever de fidelidade recíproca. Em relação a esta, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery tecem os seguintes comentários:⁵³

A observância da palavra dada, do juramento que se deu, da confiança que se faz medrar no espírito do outro é *fidelidade*, pilar sobre o qual se sustentam as estruturas das situações e das relações jurídicas, e, principalmente, das de direito de família. A fidelidade conjugal outra coisa não é que a manutenção da monogamia das relações sexuais do

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV: direito de família: sucessão em geral: sucessão legítima e testamentária: disposições finais transitórias (arts. 1.511 a 2.046)*. São Paulo: Renovar, 2014, p. 119.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117-119.

⁵² CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico nas relações de família*. In: Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 273.

⁵³ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.772.

casal. É um dever que tem relação com a intimidade e honra subjetiva dos cônjuges; coma garantia de sobrevivência da unidade afetiva do casal e com a prevenção do risco de prole e de doenças adquiridas fora do casamento.

Em contrapartida, Rodrigo da Cunha Pereira, com base no princípio da responsabilidade associado ao princípio da menor intervenção estatal, leciona que o primeiro colocou uma pá de cal na questão relativa ao fim da relação e à discussão da culpa. É que o “Estado passou a acreditar que o responsável pelo fim das relações conjugais são os próprios sujeitos ali envolvidos, sendo eles os próprios responsáveis e protagonistas de suas escolhas amorosas”.⁵⁴ Inclusive há entendimento doutrinário no sentido de que mesmo existindo “[...] deveres conjugais, apesar do nome sugerir o contrário, não podem ser entendido como deveres [...]”, eis que, se assim o for, haverá “[...] ingerência indevida na dignidade da pessoa humana.” Inclusive, quando se privilegia a afetividade, não haveria como concordar, como entender um dever imposto, afinal, nos dias atuais, é nítida a existência de família sem sexo, sem casamento ou união estável, por exemplo. Por outro lado, há posição pela incidência da responsabilidade civil exatamente pelo descumprimento dos deveres aqui mencionados.⁵⁵

Mas o estudo sobre a fidelidade recíproca é mais abrangente e até tormentoso do que parece. Os mestres acima trazem indagações a respeito das problemáticas que tal dever pode trazer, no sentido de algumas hipóteses que poderiam caracterizar, ou não, a infidelidade. A primeira seria no sentido de ser, ou não, a infidelidade decorrente do relacionamento de pessoas do mesmo sexo. A segunda, a seu turno, se poderia ser considerada como infidelidade a concepção de filho, por meio da inseminação artificial, pela mulher, e sem a autorização do marido. Tais hipóteses configuram sim a quebra do dever de fidelidade, eis que este engloba o dever de lealdade. Portanto, para as hipóteses trazidas, há sim a quebra do dever, do compromisso de fidelidade.⁵⁶

Em se tratando do dever de lealdade, o Código Civil dispõe, expressamente sobre aquele, quando trata da união estável, no art. 1.724⁵⁷, dentre outros deveres lá previstos. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes

⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 241-242.

⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. In: *Direito das famílias e sucessões, n.º. 24, outo-nov/2011*. Porto Alegre: IBDFAM, 2011, p. 109-113.

⁵⁶ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.772.

⁵⁷ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

afirmam que tal dispositivo, ou seja, os deveres lá previstos, muito se aproximam com os deveres previstos para o casamento, no referido art. 1.566. Em relação, especificamente ao dever de lealdade, asseveram a necessidade de que seja “[...] confrontado com o dever de fidelidade recíproca, exigido dos cônjuges”. Elucidando e aprofundando ainda mais o tema, os mestres apontam para a existência de duas correntes, no seguinte sentido:⁵⁸

[...] havendo alguns doutrinadores que não entendem ser a fidelidade pertinente quando se está diante da união estável, a qual demanda lealdade entre os companheiros, mais ampla do que a primeira. Para outros, é cabível o dever de fidelidade, justamente por estar compreendido no dever de respeito e dele ser decorrente, além de estar em consonância com o princípio da monogamia.

Realmente, a questão entre a relação dos deveres de fidelidade e lealdade é complexa. Todavia, nosso trabalho enfoca o amante, traidor e traído, relativo ao casamento, portanto, aqui gira o debate, o cerne da discussão ora proposta, ou seja, o dever de fidelidade e a quem pode ser imposta eventual consequência pelo seu descumprimento, segundo a legislação.

Vimos, portanto, que a decisão trazida, por analogia, trouxe a hipótese de intenção do traído em impor uma obrigação de não fazer ao terceiro alheio ao casamento, o amante. Todavia, sob o prisma do Direito das Obrigações em sentido estrito, não pode prosperar. Por outro lado, tal prática pode configurar infração ao dever de fidelidade recíproca (evidentemente e somente entre os cônjuges) e, como tal, violar, também o *neminem laedere*, afrontando a norma do art. 186 do Código Civil, configurando hipótese de reparação civil nos termos da Responsabilidade Civil. Aqui sim também pode se falar em obrigação, mas de modo não específico, não individualizado, e sim de forma, de maneira geral, nos termos e sentido amplo que tem a palavra obrigação.

4. Conclusão

A questão, como se percebe, é importante para o estudo e aplicação do Direito. Entendemos, assim, após a análise do Direito das Obrigações, do Direito de Família e da Responsabilidade Civil, atrelados à traição, que o cônjuge traído tem a sua

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV: direito de família: sucessão em geral: sucessão legítima e testamentária: disposições finais transitórias (arts. 1.511 a 2.046)*. São Paulo: Renovar, 2014, p. 436.

disposição os mecanismos da Responsabilidade Civil em seu socorro, no sentido de buscar a devida reparação.

O dever de fidelidade é intrínseco aos consortes, não podendo ser estendido ao amante, daí que a este não se impõe obrigação negativa, ou seja, um não fazer, como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Portanto, tanto a conduta do cônjuge traidor como a do amante, no sentido de sofrer as consequências de seus atos, são objeto de análise, estudo e incidência da Responsabilidade Civil, por não observância do *neminum laedere*, e que tem origem na inobservância do dever de fidelidade recíproca, este previsto pelo Direito de Família, especificamente no tocante ao casamento. Portanto, Responsabilidade Civil e Direito de Família sintonizam-se no sentido de averiguação de descumprimento do dever de fidelidade. Inclusive nosso entendimento é reforçado por Zeno Veloso, quando aduz que “[...] não há motivo ou razão para afastar a questão da responsabilidade civil nas relações familiares”. O mestre afirma tal incidência, especialmente para a hipótese de separação com base na inobservância ou quebra dos deveres conjugais, pedido, então, que pode incluir pedido de reparação por danos extrapatrimoniais.⁵⁹ Luiz Edson Fachin bem elucida a questão dizendo que restos de amor, até o ódio, inclusive, podem ser alvos de discussão no Poder Judiciário,⁶⁰ portanto e para o caso de quebra do dever de fidelidade, o pedido que supostamente autorizaria condenação por danos imateriais deve, sem sombra de dúvidas, ser enquadrado devidamente no ordenamento; no caso: no vasto campo da responsabilidade civil.

A obrigação a ser observada, portanto, é geral, e não a relativa ao estudo do Direito das Obrigações em sentido técnico, restrito, de caráter econômico, patrimonial. Portanto, não se aplica às relações familiares, eis que a família é entendida como verdadeira instituição, protegida, como colocado anteriormente, pela Constituição Federal. Indo mais além, o Direito de Família é vasto campo de situações complexas, circunstância tal que leva ao profissional a abordagens abertas e interdisciplinares, eis que a família, suas relações, é de realidade sociológica,⁶¹ Portanto, no sentido de eventual incidência da responsabilidade civil (e não das obrigações em sentido técnico), aquela advém do descumprimento de deveres como o da fidelidade, tratado neste artigo, e “[...] somente

⁵⁹ VELOSO, Zeno. *Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil*. In: Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (org). São Paulo: Atlas, 2010, p. 181.

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117.

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115.

se situação sob a égide de um juízo de reprovabilidade jurídica [...]” quando haver vida afetiva baseada no engano, mentira, ofensa à dignidade.⁶²

Por fim, esperamos que o presente artigo tenha elucidado e delimitado o campo de aplicação dos institutos e normas aqui trazidas, no sentido de ver adequadamente aplicada a legislação atinente ao Direito das Obrigações, ao Direito de Família e à Responsabilidade Civil, para a hipótese aqui trabalhada, envolvendo cônjuges e amante.

5. Referências bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico nas relações de família*. In: Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: volume II: tomo III: gestão de negócios: enriquecimento sem causa: responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: volume 2: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. In: *Direito das famílias e sucessões, nº. 24, outo-nov/2011*. Porto Alegre: IBDFAM, 2011.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶² PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: *Revista Forense: Rio de Janeiro, mar-abril/2007, vol. 390*, p. 30-31.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Maluf; DIAS, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações: 2ª parte*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume II: teoria geral das obrigações*. 26. ed. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: *Revista Forense: Rio de Janeiro, mar-abril/2007, vol. 390*.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies das obrigações: tomo XXII*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). 1. ed. Campinas: BookSeller, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações: volume II*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume I: parte geral e obrigações (arts. 1º a 420)*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2014.

_____, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV: direito de família: sucessão em geral: sucessão legítima e testamentária: disposições finais transitórias (arts. 1.511 a 2.046)*. São Paulo: Renovar, 2014.

VELOSO, Zeno. *Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil*. In: *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (org). São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

civilistica.com

Recebido em: 17.08.2016
Aprovado em:
08.09.2016 (1º parecer)
13.10.2016 (2º parecer)

Como citar: 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/>>. Data de acesso.