

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

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

2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa,

relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

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 coautor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.122.547 - MG (2009/0025174-6) - Relator : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Recorrente : G.V.C. Advogado: José Ricardo Souto e outros. Recorrido: V.J.D. Advogado: Marcius Wagner Antônio da Fonseca e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2009 (data do julgamento). *Ministro Luis Felipe Salomão* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator) - 1. G. V. C. ajuizou ação de indenização por danos morais em face de W. J. D., alegando que viveu casado com J. C. V. entre 17.01.1987 e 25.03.1996. O autor aduziu na inicial que o réu, possivelmente a partir de setembro de 1990, passou a manter relações sexuais com sua então esposa, resultando dessa relação o nascimento da menor J. V. C. em 13.06.1991. Embora registrado em nome do autor, posteriormente foi ajuizada ação negatória de paternidade, mediante a qual restou comprovada a paternidade do réu. O casal divorciou-se em outubro de 1999. Sustentou o autor que, diante da infidelidade, bem como da falsa paternidade na qual acreditava, sofreu dano moral passível de indenização, pois "...anda cabisbaixo, desconsolado e triste".

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas/MG julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu ao pagamento de R\$ 3.500,00 ao

autor, a título de compensação pelos danos morais por ele experimentados.

Foi interposto recurso de apelação pelo réu e recurso adesivo pelo autor (f. 129/133 e 136/138).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença para julgar improcedente o pedido inicial, dando provimento ao recurso do autor e julgando prejudicado o adesivo.

O acórdão restou assim ementado:

Dano moral. Responsabilidade civil. Cúmplice de esposa adúltera. Existência do dever de fidelidade conjugal. Ausência de solidariedade entre o cúmplice e a adúltera. Ausência de dever de incolumidade da esposa alheia. Inexistência de dever de indenizar do cúmplice em relação ao marido traído. A vida em comum impõe restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo inconteste que os cônjuges possuem o dever jurídico de fidelidade mútua. Em que pese ao alto grau de reprovabilidade social daquele que se envolve com pessoa casada, não constitui tal envolvimento qualquer ilícito de cunho cível ou penal em desfavor seu. O dever jurídico de fidelidade existe apenas entre os cônjuges e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice em adultério perpetrado durante o lapso de tempo de vigência do matrimônio. A responsabilidade civil decorre de relação contratual ou de imposição legal. Contrato, por óbvio, inexistente entre o marido traído e o então amante de sua esposa, bem como inexistente qualquer dispositivo legal que obrigue o amásio a manter a incolumidade da esposa de outrem. Inteiramente inócuo, *in casu*, mostra-se cogitar-se em matéria de responsabilidade civil, de solidariedade dentre o cúmplice e a esposa adúltera. Apelação principal provida e julgada prejudicada a adesiva. (f. 157)

Em processo totalmente digitalizado, ingressou no Superior Tribunal de Justiça o recurso especial, no qual alega o autor ofensa aos arts. 186, 927 e 942, todos do Código Civil. Sustenta o recorrente que estão presentes os requisitos autorizadores da responsabilidade civil do réu, ora recorrido, tendo em vista que o ilícito (adultério, com o conseqüente nascimento de filha que o recorrente acreditava ser sua) foi praticado por ambos (réu e sua ex-esposa), sendo solidariamente responsáveis pela reparação do dano.

Sem contrarrazões, o especial foi admitido na origem (f. 182/183).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator) - 2. Cuida-se de persecução de responsabilidade civil por alegados danos morais experimentados em decorrência de adultério. Com efeito, o autor alega que sua esposa foi infiel e manteve relacionamento amoroso com o réu, por quase dez anos, daí nascendo uma filha, que acreditava ser sua, mas depois constatou que a paternidade era do requerido.

O caso ora posto em julgamento ostenta ainda um traço peculiar: a ação indenizatória foi ajuizada pelo ex-marido em face do cúmplice da esposa.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, em síntese, pelos seguintes fundamentos:

Quanto às alegações de que o autor tinha problemas clínicos que o impediam de se relacionar sexualmente com sua ex-esposa, não é fato impeditivo do recebimento de danos morais, uma vez que não restou comprovada a ciência do requerente sobre este fato, não agindo o autor de má-fé.

Pelo contrário, o suposto pai da criança sofreu forte abalo emocional ao descobrir a verdade dos fatos, ao descobrir que foi traído por sua então mulher.

A conduta do réu foi imoral ao se relacionar com mulher casada, esta que tinha um dever expresso de fidelidade com o marido. Pode ter a ex-mulher do autor ficado em dúvida quanto à paternidade, no entanto, a traição por si só gerou constrangimento ao requerente.

Pode-se dizer, também, que houve culpa/dolo do requerido quando se envolveu com mulher casada, independente da existência dos problemas conjugais, problemas estes comuns na vida matrimonial (f. 127).

O acórdão ora hostilizado, adotando tese diametralmente oposta, lançou mão dos seguintes fundamentos:

Após esta breve menção ao dever de fidelidade conjugal e suas origens, resta atacar o *punctum saliens* da apelação principal aqui aviada: seria o amante de mulher casada solidariamente responsável pelos danos morais oriundos do adultério por esta perpetrado?

Pretende o apelado principal, marido traído, que seja considerado o amante de sua esposa solidariamente responsável pelos danos morais ocasionados, especialmente pelo nascimento de filha adulterina. Os institutos da obrigação de indenizar e da solidariedade, em nosso atual Código Civil, estão previstos em seus artigos 927 e 942, *in verbis*: 'Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo'.

'Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação'.

Sobre os atos ilícitos, dispõe o mesmo diploma que:

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

'Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes'.

In casu, em que pese ao alto grau de reprovabilidade social daquele que se envolve com pessoa casada, não constitui tal envolvimento, diante dos cânones legais, qualquer ilícito por parte do apelante. O dever jurídico de fidelidade existe apenas entre os cônjuges e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice no adultério perpetrado. Ora, a responsabilidade civil pode decorrer de relação contratual, bem como de imposição legal. Contrato, por óbvio, não há entre o marido traído e o amante de sua esposa, bem como inexistente qualquer dispositivo legal que obrigue este a manter a incolumidade da esposa de outrem. Absurdo, por hipótese, considerar-se o contrário neste julgado.

Desta forma, apesar de ser o apelante principal consorte da esposa adúltera, não há que se falar em qualquer culpa jurídica por parte do apelante principal, impondo, portanto, na ausência de solidariedade com o ilícito, visto que este não causa ao apelado principal qualquer mal, mas, sim, sua ex-esposa, que nem ao menos constou dos pólos da ação. [...]

Desta forma, em tese, se há algum dano a ser ressarcido, haveria o mesmo de ser perquirido em face da ex-esposa e não de seu amásio, impondo a substituição do *decisum a quo* e a improcedência dos pedidos exordiais. (f. 127/128)

Dessume-se do voto condutor que a razão pela qual o Tribunal *a quo* afastou a responsabilidade civil do réu pelos danos morais foi a ausência de ilícito civil. Afirmou o Tribunal que, conquanto reprovável a conduta do réu, não houve "culpa jurídica" a ensejar sua responsabilidade solidária, quando em verdade foi a ex-esposa do autor quem descumpriu os deveres impostos pelo matrimônio.

3. De forma acertada, a meu juízo.

3.1. No caso ora examinado, não se discute o dano sofrido pelo autor, tampouco o nexo de causalidade entre o alegado dano e o ato praticado pelo réu.

A celeuma jurídica circunscreve-se à existência de ato ilícito na manutenção de relações sexuais com a ex-mulher do autor, em decorrência das quais foi concebida a filha erroneamente registrada.

Nesse sentido, penso não existir a ilicitude jurídica pretendida, sem a qual não há falar-se em responsabilidade civil subjetiva.

É que o conceito - até mesmo intuitivo - 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.

Não é ocioso lembrar que, conquanto a matriz principiológica do direito resida, por vezes, na idéia de moral, esta e aquele não coexistem necessariamente. O direito, analisado como regra de conduta posta pelo Estado à sociedade e em face dele próprio, possui campo de ação mais limitado que a moral, não atingindo situações irrelevantes para uma ordenação social civilizada, eis que a finalidade da regra jurídica se esgota com o manter da paz social.

A seu passo, a moral atinge, e por consequência tutela, atos aquém e além do direito. Como é sabido, regras irrelevantes para o direito podem ostentar uma conformação moral, e cujo descumprimento apenas acarreta - se for o caso - uma sanção de foro íntimo ou religioso, como, por exemplo, a não manutenção de relações sexuais com parentes de grau próximo, ou o não exercer a caridade para quem dela necessita.

Por outro lado, o não pagamento de uma dívida prescrita - instituto jurídico de nítido escopo pacificador -,

conquanto seja opção dada pelo ordenamento jurídico, não encontra conformação no âmbito da moral ou da ética. Daí se dizer que até mesmo o exercício de direito pode ofender uma regra unicamente moral.

A norma jurídica, ao contrário do que ocorre com a norma moral, possui traço marcante na coercibilidade, consoante a lição do sempre lembrado Caio Mário, *verbis*:

Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovação na sua consciência, e pode atrair-lhe o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a sua punição. Encarada no ângulo da intensidade, a norma jurídica é dotada de coercibilidade, que não está presente na regra moral, representando esta um estado subjetivo do agente, que pode ser adotado, ou que deve ser adotado voluntariamente, enquanto que a obediência ao preceito de direito é imposta coercitivamente pelo ordenamento jurídico (*Instituições de Direito Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 9).

Em realidade, a norma moral se presta a um aperfeiçoamento pessoal, para a realização de um bem, cuja adjetivação como tal decorre unicamente da subjetividade de quem age, ao passo que a norma jurídica, quando proíbe ou limita, está a impor uma regra de conduta exigível, cujo descumprimento tem a virtualidade de acionar a força estatal com vistas ao retorno do *status quo*.

No tocante ao conceito de ato ilícito, o renomado Pontes de Miranda esclarece:

A concepção brasileira do “objeto ilícito” (art. 145, II, 1ª parte) de modo nenhum deixa ao juiz margem a consultar o seu íntimo, para dizer se o objeto (ou o fim) é imoral. Não se poderia ter por nulo o contrato em que se prepara monopólio, ou se assegura monopólio de determinado produto; posto que as leis penais e administrativas possam incidir nos atos de abuso do poder econômico e apontar certos objetos de contrato, no sentido do art. 145, II, 1ª parte, como ilícitos. Aliás, sempre que o objeto não é imoral em si mesmo, ou não é imoral o motivo que se fez relevante no conteúdo do ato jurídico, não há nulidade por ilicitude. A doação que fez o violador, ou o que seduziu, ou o que teve relações sexuais com a donatária, se posterior ao ato tido por imoral, é válida. Não é válida a doação para que o donatário cometa ato imoral (*Tratado de Direito Privado*, tomo IV. Campinas: Bookseller, 2000, p. 195).

Também Humberto Theodoro Júnior, em comentários ao Novo Código Civil, bem esclarece o conceito de “ato ilícito”:

O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A ilicitude ocorre quando *in concreto* a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, generi-

camente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma idéia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado, ao comportamento injurídico do agente e, de outro, ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter (*Comentários ao novo Código Civil*, volume 3, t. 2: Dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

3.2. A punição para o adultério, sempre mais centrada na “mulher adúltera”, diante da dúvida que poderia surgir em relação à paternidade da prole, é historicamente identificada. A legislação mosaica impunha pena de morte por apedrejamento. Em Roma, a pena imposta pela “*Lex Julia de adulteriis*” era a rejeição, reconhecendo-se ao pai o direito de matar a filha surpreendida na prática de adultério. No direito germânico, a pena de morte também era aplicada.

De qualquer modo, quando a questão era examinada pelo ângulo do direito penal, sempre se entendeu que o delito era de concurso necessário, pois deveria ser praticado por duas pessoas de sexo oposto, uma das quais casada.

O Código Penal Brasileiro considerava como crime o adultério, atingindo o casamento (art. 240), disposição revogada pela Lei 11.106/2005.

Não obstante, antes e depois da revogação da lei penal, a doutrina se inclina, no campo do direito civil, a reconhecer o dever de indenizar (material e moralmente) apenas por parte do cônjuge adúltero.

Por todos, confira-se a excelente monografia de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos (*Reparação civil na separação e no divórcio*, Saraiva, 1999).

A jurisprudência vem seguindo essa linha: REsp 412.684/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma; REsp 742137/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma; REsp 37051/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma.

3.3. Todavia, em nenhum momento, nem a doutrina abalizada, nem tampouco a jurisprudência, cogitou de responsabilidade civil do terceiro.

No caso tratado nos autos, não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao réu, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine.

Por outro lado, 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. O casamento, se examinado tanto como uma instituição quanto como

contrato *sui generis*, somente produz efeitos em relação aos celebrantes e seus familiares, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

É absolutamente natural que, em razão da recíproca confiança que, de regra, existe entre os cônjuges, espera-se uma fidelidade recíproca, de cuja violação resulta, presumidamente, dor, sofrimento, desvalor próprio e decepção. Com efeito, no caso de adultério, a dor moral experimentada pelo cônjuge traído decorre, eventualmente e se for o caso, dessa quebra de confiança preexistente entre os cônjuges, e não do ato praticado por terceiro, considerado em si mesmo, de quem nada se esperava.

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

A Terceira Turma enfrentou questão análoga e adotou o mesmo entendimento:

Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.

- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.

- Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do “cúmplice” seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.

- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão somente quando o valor se revela irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.

Recursos especiais não conhecidos (REsp 742.137/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ 29/10/2007, p. 218).

5. Por fim, cabe lembrar que o princípio fundamental, em sede de direito de família, é o afeto e a proteção dos direitos dos seus membros - reciprocamente considerados e ligados por um laço socioafetivo -,

devendo se considerar, hodiernamente, que a manutenção de um rol de deveres conjugais é absolutamente inócua, tendo em vista que, durante a existência do vínculo conjugal, o qual é pautado, sobretudo, na afetividade, tais comandos mostram-se inoperantes. Prestam-se apenas a aparelhar uma separação litigiosa, quando a relação conjugal e, *a fortiori*, o afeto, já chegaram ao fim, o que deveria permanecer velado pela inviolabilidade da “intimidade e da vida privada” (LOBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119).

É certo que não se obriga a amar por via legislativa ou judicial e não se paga o desamor com indenizações.

6. Por essas razões, não conheço do recurso especial. É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de novembro de 2009. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

(Publicado no DJ de 27.11.2009).