

**ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO POSICIONAMENTO DO STJ NO QUE TANGE A
POSSIBILIDADE DE DANO MORAL, EM FACE DO CONCUBINO, ANTE O
ADVENTO DE UMA INFIDELIDADE CONJUGAL.**

Nelson Alves Côrtes Neto – Defensor Público

Rodrigo Silva Gouveia – Defensor Público

Tatiane Katie O. Tokushige – Estagiária de Direito da DPE.

Em recente decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, julgado datado de 10 de novembro de 2009 (RESP 1.122.547-MG da relatoria do eminente Ministro Luis Felipe Salomão), o Tribunal da Cidadania decidiu não haver fundamento legal a alicerçar pretensão de marido traído pela esposa, quanto à eventual indenização por danos morais contra o concubino da mesma. Vejamos o excerto extraído do informativo de jurisprudência n. 415, *in verbis*:

**DANOS MORAIS. CÚMPLICE. ESPOSA
ADÚLTERA.**

In casu, o recorrente ajuizou ação indenizatória em face do recorrido pleiteando danos morais sob a alegação de que este manteve com a esposa daquele relacionamento amoroso por quase dez anos, daí nascendo uma filha, que acreditava ser sua, mas depois constatou que a paternidade era do recorrido. O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, sendo, contudo, reformado na apelação. Assim, a questão jurídica circunscreve-se à existência ou não de ato ilícito na manutenção de relações sexuais com a ex-mulher do autor, ora recorrente, em decorrência das quais foi concebida a filha erroneamente registrada. Para o Min. Relator, não existe, na hipótese, a ilicitude jurídica pretendida, sem a qual não se há falar 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. O

casamento, tanto como instituição quanto contrato *sui generis*, somente produz efeitos em relação aos celebrantes e seus familiares, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Desse modo, no caso em questão, não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao réu, decorrendo disso a impossibilidade de indenizar o ato por inexistência de norma posta – legal e não moral – que assim determine. De outra parte, não há que se falar em solidariedade do recorrido por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do recorrente, tendo em vista que o art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil vigente (art. 1.518 do CC/1916) somente tem aplicação quando o ato do coautor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. Com esses fundamentos, entre outros, a Turma não conheceu do recurso. Precedente citado: REsp 742.137-RJ, DJ 29/10/2007

Deflui da transcrição acima consignada que a Quarta turma do v. STJ entendeu não ter havido qualquer infração, na conduta do concubino, a prescritivo legal configurador de um ato revestido de ilicitude formal ou material, não havendo falar, portanto, em qualquer sinal tendente a concretizar eventual responsabilidade civil. Isto porque, segundo o entendimento firmado na assentada, 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*”. *Detá vênia*, Ousamos implementar uma análise mais detida e plural a respeito do venerando acórdão.

Compulsando o livro IV, título I, do Código Civil, verificamos existir sim, em tese, um parâmetro normativo lastreador da pretensão deduzida pelo cônjuge traído. Senão vejamos os dizeres legais do artigo 1.513, do CC/02:

“Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Depreende-se do preceito normativo supramencionado que o legislador infraconstitucional, com o fito de proteger a entidade familiar/casamento, elaborou uma norma visando proibir interferências alheias, de qualquer ordem, pública ou privada, que possam contribuir negativamente ao regular transcurso da sociedade conjugal.

Vê-se, de forma patente, que o novo diploma civilista busca concretizar o desejo do nosso Poder Constituinte Originário voltado a efetiva e concreta proteção da entidade familiar: “*art. 225. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

Malgrado haja o ilustre Relator da demanda firmado posicionamento no sentido de que não há norma que “*obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte*”, interpretando extensivamente a norma/valor insculpida no art. 1.513, do CC/02, podemos, em tese, inferir que agiu sim o concubino em desconformidade com o ordenamento jurídico, causando um indevido importuno na vida conjugal alheia.

No particular, o Código Civil estabelece como deveres inerentes ao casamento: a fidelidade recíproca; a vida em comum no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, guarda e educação dos filhos; e, finalmente, o respeito e consideração mútuos. Com efeito, dimanada cristalinamente do caso concreto em análise que a interferência ilícita do concubino na relação conjugal ensejou, por parte da cônjuge adúltera, o descumprimento de dois deveres matrimoniais, quais sejam, o dever de fidelidade e o dever de respeito e consideração mútuos. Sendo assim, com tal atitude (aparentemente!) antijurídica/antinormativa, o concubino transgrediu um preceito normativo taxativamente proibitivo, o qual impõe uma especial observância de proteção à família e ao casamento, gerando assim uma legítima expectativa do marido traído a vê-se reparado o dano causado a sua integridade moral.

Destarte, restaria sim, com base nesta argumentação, abarcado pelo ordenamento jurídico pátrio o direito suposto e reivindicado pelo cônjuge ludibriado, sendo mister a implementação de proteção jurídica ao seu direito psíquico-subjetivo agravado.

Em vertente alternativa, quiçá revolucionária, podemos ainda fundamentar a pretensão em testilha com supedâneo em um dos novos postulados normativos trazidos à colação pelo brilhante gênio do sistematizador do NCC/02 Miguel Reale Júnior, qual seja: **a função social do contrato**.

Sabe-se que parte da doutrina entende o **casamento** como revestido de **natureza contratual sui generes**. Logo, poderíamos aplicar a tal negócio jurídico as bases valorativas que densificam e outorgam sustentáculo à teoria da função social do contrato.

Tal novel princípio contratual visa regular o diálogo externo entre a sociedade e o contrato, perquirindo instrumentalizar meios de uma melhor interação entre os contratantes e toda a comunidade. Tal principiologia, consoante escólio dos eminentes juristas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, encontra-se, a priori, alicerçada em dois dos pilares informadores do novo Código Civil: *a socialidade e a eticidade*.

Deflui do postulado em comento que tanto o negócio jurídico (contrato) não pode desbordar de seu desiderato, maculando ilicitamente

direitos alheios, como também não pode a sociedade buscar imiscuir-se indevidamente da seara contratual, sendo este um âmbito de livre tratativa e negociação das partes envolvidas (dentro dos limites e balizas legais).

Dentro dessa segunda perspectiva de atuação do destacado princípio, a doutrina hodierna criou a vertente “da impossibilidade de intervenção ilícita no contrato”, posicionamento este que vem corroborar toda a tese ora defendida. Com efeito, não é dado a ninguém – nem ao Estado nem a particulares – interferirem na “relação contratual” firmada a partir do casamento, sendo este um campo intersubjetivo de perquirição de objetivos comuns e específicos do casal, visando a concretização de sonhos e desejos de uma vida familiar harmoniosa. Nestes termos, qualquer fato ou ato que venha prejudicar tal conformação prática se revestirá de inequívoca tendência ilícita, apta a gerar legítima e justa pretensão de reparação moral decorrente de responsabilidade civil subjetiva (quebra de um dever jurídico de abstenção por parte do concubino).

Em suma, o que vimos expor na presente crítica é que, obviamente, respeitamos o entendimento sufragado pela Quarta Turma do C. STJ. No entanto, é preciso que se faça uma análise sistemática, principiológica e constitucional do referido caso concreto, a fim de que se possa discutir abertamente o tema em questão, não se erigindo o precitado julgado como um dogma inabalável, podendo, em determinadas situações, se vislumbrar decisões diferenciadas quanto ao tema evidenciado nesta demanda.

Dezembro/2009