



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Possibilidade Jurídica de Reparação Moral em caso de Adultério

Priscila Teixeira Moraes dos Santos

Rio de janeiro
2015

PRISCILA TEIXEIRA MORAES DOS SANTOS

Possibilidade Jurídica de Reparação Moral em caso de Adultério

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof^a Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de janeiro

2015

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REPARAÇÃO MORAL EM CASO DE ADULTÉRIO

Priscila Teixeira Moraes dos Santos

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Com as transformações na sociedade, o conceito de adultério passa por diversas alterações. No direito brasileiro, a questão do adultério foi objeto de discussão nas áreas civil e penal. Considerado como crime desde 1830, o adultério só foi descriminalizado com a Lei 11.106/05, quando passa a ser considerado somente como ilícito civil. A influência do direito penal deixa de existir, sendo a pena privativa de liberdade substituída pela possibilidade de reparação pecuniária. Diante desse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica de reparação civil em caso de adultério. Serão objetos de análise a evolução histórica do adultério no direito brasileiro e em que casos os tribunais vêm admitindo a possibilidade de reparação.

Palavras - chave: Direito de Família; Direito Penal; Responsabilidade Civil; Dano Moral; Adultério.

Sumário: Introdução. 1. A evolução histórica do crime de adultério. 2. O adultério no direito brasileiro. 3. Reflexões acerca da descriminalização do adultério. 4. Aplicação nos tribunais do dano moral em caso de adultério. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema dessa pesquisa científica refere-se à possibilidade de se aplicar o instituto da responsabilidade civil nas relações familiares pela infidelidade conjugal. Procura-se analisar a possibilidade de indenização por danos morais ao cônjuge que sofreu com o descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos.

Com a intensa modificação nas relações sociais ao longo da história, foram superados conceitos decorrentes de hipocrisia e preconceito. Nesse contexto, a infidelidade conjugal que era punida somente quando praticadas por mulheres, passa a ser passível de punição quando cometida por homens também.

No direito brasileiro, a questão do adultério já foi muito discutida nas áreas cível e penal. O Código Penal de 1830 adota o adultério como crime, o qual só foi descriminalizado em 2005, com o advento da Lei n. 11.106/05.

A partir daí, a conduta do adultério passa a ser considerada como um ilícito civil passível de indenização em determinados casos. O dever de fidelidade sempre foi e continua sendo protegido por nosso ordenamento jurídico.

O artigo 1.566, inciso I do Código Civil de 2002 menciona o dever de fidelidade na constância do casamento. Esse dever jurídico de fidelidade existente entre os cônjuges decorre de imposição legal. Devido ao alto grau de reprovabilidade social na conduta adúltera, o cônjuge infiel pode ser responsabilizado civilmente pelo ilícito praticado.

Dessa forma, a jurisprudência vem admitindo o dever de indenizar material e moralmente por parte do cônjuge adúltero. Mas esse dever de reparar é analisado caso a caso, somente sendo admitido em situações excepcionais.

No primeiro capítulo do trabalho será abordada a evolução histórica do crime de adultério, a origem do termo, a influencia da igreja católica, como era visto pelo direito romano e sua evolução até os dias atuais.

Após, no segundo capítulo, será analisada essa evolução à luz do direito Brasileiro, desde o Código Penal de 1830, passando por todas as alterações sofridas por esse diploma, até a sua total revogação no diploma atual.

No terceiro capítulo, serão abordadas reflexões acerca da descriminalização do adultério e as consequências geradas para o mundo jurídico e a sociedade diante de tal fato.

Por fim, no quarto capítulo, será analisado como os tribunais vêm se posicionando em torno dessa questão, a partir da revogação do crime de adultério, mas com a manutenção do dever de fidelidade na constância do casamento.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ADULTÉRIO

O adultério é a prática da infidelidade conjugal, relacionamento com pessoa estranha à relação matrimonial. A palavra deriva da expressão latina, *ad alterum torum*,¹ que quer dizer "na cama do outro". Esse ato de se relacionar com terceiro na constância do casamento sempre foi visto como uma grave violação dos deveres conjugais por quase todas as civilizações da história do mundo.

Historicamente, a igreja cristã sempre defendeu a sacralização do casamento, em que as regras eram a monogamia, a indissolubilidade e a união heterossexual. A luxúria era considerada o pior dos pecados. A união conjugal era sinônimo de vida estável, voltada à reprodução, em que o amor não era movido por desejos carnis, sendo esses encarados como distúrbios. O adultério era considerado uma invasão destruidora do amor lascivo no universo estável do casamento.²

No direito romano, pela lei das doze tábuas, o ofendido podia fazer justiça com as próprias mãos. Considerava-se o adultério simultaneamente crime contra a autoridade do *pater-familias* e crime contra os bons costumes, um ataque ao direito masculino sobre o corpo

¹Disponível em: <<http://dicionarioportugues.org/pt/adulterio>>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

²BORELLI, Andrea. *Adultério e a mulher*: considerações sobre a condição feminina no direito de família. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n4/doc/05-Andrea_Borelli.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

de sua esposa. A infidelidade era somente a feminina, não se considerando adultério a infidelidade masculina. Não se admitia perdão nesse tipo de crime, devendo o cidadão repudiar a esposa.

Com a *Lex Julia Adulteris*, o adultério passou a ser punido com pena de banimento. Essa lei retira do marido o direito de matar a esposa adúltera. A repressão escapa do mundo privado para o público, pois qualquer cidadão poderia denunciar o crime. O direito romano previa penalidades tanto na área penal, como na área cível.

O adultério sempre foi, portanto, uma conduta repudiada, considerado como força destruidora. Porém, o tema sempre foi tratado com um viés diferente nos universos masculino e feminino. O discurso sempre foi no sentido de considerar o adultério masculino como um deslize aceitável. O adultério feminino sempre trouxe implicações mais graves. São mecanismos discriminatórios que pertencem à história e que precisam ser evidenciados. O conhecimento do passado permite o desenvolvimento de estratégias para a transformação do presente.

2. O ADULTÉRIO NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro a questão já foi discutida nas áreas cível e penal. No código penal de 1830, o adultério veio inserido nos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico. Vê-se *in verbis*:

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.

A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

Art. 252. A accusação deste crime não será permittida á pessoa, que não seja marido, ou mulher; e estes mesmos não terão direito de accusar, se em algum tempo tiverem consentido no adulterio.

Art. 253. A accusação por adulterio deverá ser intentada conjunctamente contra a mulher, e o homem, com quem ella tiver commettido o crime, se fôr vivo; e um não poderá ser condemnado sem o outro.³

Percebe-se pela leitura do artigo 250 que somente a mulher poderia cometer adultério. O homem casado comete algo que o legislador não se deu ao trabalho de nomear na esteira do artigo 251 do diploma transcrito acima. Caso se tratasse de um caso passageiro, não havia conduta passível de punição ao homem por esse diploma legal.

Pequenas alterações foram introduzidas com a publicação do Código Penal de 1890, através do decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Aperfeiçoou-se o dispositivo e a tipificação, não havendo alteração substancial. A seguir, o que passou a preceituar os dispositivos em análise inseridos no título "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor":

Art. 279. A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos.

§ 1º Em igual pena incorrerá:

1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda;

2º A concubina;

3º O co-réo adultero.

§ 2º A accusação deste crime é licita sómente aos conjuges, que ficarão privados do exercicio desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adulterio.

Art. 280. Contra o co-réo adultero não serão admissiveis outras provas sinão o flagrante delicto, e a resultante de documentos escriptos por elle.

Art. 281. Acção de adulterio prescreve no fim de tres mezes, contados da data do crime.

Paragrapho unico . O perdão de qualquer dos conjuges, ou sua reconciliação, extingue todos os effeitos da accusação e condemnação.⁴

Pela leitura dos artigos, infere-se, pois, que o crime em discussão passa a ser tratado com pena de prisão celular de um a três anos para a mulher adúltera ou para o marido que tivesse concubina teuda ou manteuda. Nesse último caso, a legislação era coerente ao punir o homem que desviasse dinheiro da família legalmente constituída para outra, tendo em vista

³BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

⁴BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

que, segundo o Código Civil, era a obrigação principal do marido sustentar a família, sendo que colocar em risco o sustento dessa era uma ameaça ao casamento.

A partir daí, o tema passou a causar debates relevantes entre os juristas da época. Por fim, prevaleceu o entendimento de que o adultério continuava a ser um crime. Essa foi a posição adotada pelo Código Penal de 1940. A justificativa para este fato pode ser encontrada na exposição de motivos do referido diploma:

77. O projeto mantém a incriminação do adultério, que passa, porém, a figurar entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família "sob a proteção especial do Estado". Uma notável inovação contém o projeto: para que se configure o adultério do marido, não é necessário que este tenha e mantenha concubina, bastando, tal como no adultério da mulher, a simples infidelidade conjugal.⁵

Aqui, há uma grande inovação. O legislador é claro ao dizer que o homem, a partir de agora, também comete adultério. Para a configuração desse crime em face do adúltero, não é mais necessário que esse mantenha concubina, bastando a simples infidelidade conjugal.

O Código de 1940 traz o adultério no capítulo "Dos crimes contra o casamento":

Art. 240. Cometer adultério:
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.
§ 1º Incorre na mesma pena o co-réu.
§ 2º A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.
§ 3º A ação penal não pode ser intentada:
I - pelo cônjuge desquitado;
II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.
§ 4º O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;
II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.⁶

⁵BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

⁶BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868_publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

A pena de detenção foi equiparada para homens e mulheres. A manutenção desse dispositivo foi justificada pela questão da indissolubilidade do casamento que vigorou no Código Civil até 1977.

Percebe-se a partir daí uma grande evolução na sociedade brasileira e um avanço da figura feminina na conquista por seus direitos. Contudo, até os dias atuais permanece o preconceito da superioridade do homem, a quem se permite abusos e desregramento. A sociedade insiste no fato de que o adultério da mulher consiste em uma depravação maior, o que é descabido, pois o dever da fidelidade é recíproco. Não é menos imoral a infidelidade masculina do que a feminina.

Por fim, com o advento da Lei n. 11.106/05, houve a descriminalização do adultério. O artigo 5º dessa lei revogou clara e expressamente o artigo 240 do Código Penal de 1940.⁷

Com a descriminalização do adultério, a conduta passa a ser considerada apenas como um ilícito civil no ordenamento jurídico brasileiro. Tal ilícito passa a ser previsto nos artigos 1.566, inciso I, 1.572 e 1.573, 1.724 todos do Código Civil de 2002.

Importante notar que apesar da descriminalização, tal conduta é contra a lei, contando com os dispositivos acima para regulamentar o ilícito. O ordenamento jurídico prevê possíveis consequências para o cônjuge adúltero. Dentre elas, tem-se que o valor dos alimentos pagos ao cônjuge necessitado que cometeu adultério será restrito a garantir a sua sobrevivência, não havendo que se falar em manutenção de padrão social de vida. Outra possibilidade que vem sendo adotada é a de indenização por danos morais sofridos pelo cônjuge inocente, que será abordada adiante.

⁷BRASIL. Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

3. REFLEXÕES ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ADULTÉRIO

O adultério sempre foi considerado uma conduta ofensiva ao direito à honra, elemento de cunho moral e imprescindível à composição da personalidade. O ordenamento jurídico brasileiro protege tanto a honra objetiva, necessidade de defesa da reputação da pessoa, como a honra subjetiva, sentimento pessoal de estima, consciência da própria dignidade.⁸

A Constituição de 1988 prevê a inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação. Tal norma consta do artigo 5º, inciso X da CRFB/88.⁹

O direito à honra possui como bem jurídico protegido a reputação e a própria preservação da dignidade humana. Dessa forma, a sua violação produz reflexos na sociedade, gerando sentimento de humilhação e constrangimento ao lesado. Pode até provocar reflexos no campo patrimonial, como o abalo de crédito, abalo de conceito profissional.

A necessidade de proteção surge em decorrência do fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas sobre as pessoas, devendo o ordenamento jurídico tutelar esse valor, não só para satisfação pessoal do interessado, mas, principalmente, para permitir a sua ascensão social.¹⁰

O direito em tela é protegido tanto no Código Penal de 1940, quanto no Código Civil de 2002. Em âmbito Penal tem-se os delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria. Já a nível civil, o princípio da preservação da honra está implícito no sistema, como nos campos de relações conjugais, relações de filiação, adoção, por exemplo. No Código Civil de 2002,

⁸BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 125.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

¹⁰BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 127.

por exemplo, protege-se as condutas caracterizadas pela indignidade, como a quebra da fidelidade conjugal, a deserção.

O Código Penal de 1890 trouxe o adultério inserido no título dos crimes contra a honra. Antigamente, utilizava-se o termo "legítima defesa da honra" para justificar homicídios e ações violentas de homens contra mulheres supostamente adúlteras.

Durante muito tempo, o adultério foi considerado crime contra a honra. Porém, com o advento da Lei n. 11.106/05, o adultério deixou de ser crime. A ofensa contra a honra, decorrente do adultério, passou a ser tutelada pelo Código Civil, ensejando essa conduta a reparação por danos morais.

O problema é que os Juízes e Tribunais vêm julgando tais demandas improcedentes, apenas admitindo a indenização por danos morais decorrentes do adultério em situações excepcionais.

Tal fato contraria a Constituição de 1988, que protege a honra no artigo 5º, inciso X, assegurando indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação.

As leis surgiram para permitir o cumprimento lógico e rigoroso das regras estabelecidas. A lei é necessária para que o interesse privado não se sobreponha aos interesses da sociedade. Enquanto a sociedade estiver em constantes conflitos, haverá necessidade da existência de normas que os solucionem.

Na seara de direito penal, houve o surgimento do princípio da intervenção mínima, com o objetivo de limitar o poder punitivo do estado. Entende-se que o estado deve intervir o mínimo possível na sociedade, somente entrando em ação quando os demais ramos do direito não forem capazes de solucionar os conflitos e proteger bens considerados de maior importância.

A Constituição de 1988 coloca a família sob proteção especial do estado. Entende-se que o estado deve interferir para garantir a harmonia e a continuidade dos laços familiares. É

importante a presença da família para garantir um desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, de forma que esses fiquem a salvo de toda forma de negligência e discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, é indiscutível que o poder público deva intervir no meio social, a fim de garantir que os direitos coletivos sejam respeitados. Em especial, deve intervir no âmbito familiar, zelando pela proteção integral de crianças e adolescentes.

Em 1940, defendia-se a idéia de que o Estado deveria intervir no âmbito familiar, de forma que o Código Penal de 1940 trouxe um título prevendo especificamente os crimes contra a família, dentre esses o adultério.

A ideia foi manter o adultério entre esses crimes, pois tal fato não podia ficar à margem do direito penal, já que havia um interesse de ordem social envolvido, a organização ético-jurídica da vida familiar. A ordem, harmonia, disciplina deveriam ser preservadas, permitindo a continuidade do núcleo familiar.

Porém, com o advento da Lei n. 11.106/05, houve a descriminalização do adultério. De uma hora para a outra, uma conduta considerada repugnante pela sociedade, passou a não ser mais tão importante, não merecendo mais tutela no direito penal.

Passou-se a sustentar que a criminalização do adultério era tolice e que a infidelidade poderia ser resolvida no campo do direito civil.¹¹ O estado passou a não ter mais interesse em tutelar e reprimir esse tipo de conduta. Tudo isso em prol da liberdade. Liberdade essa cada vez mais difundida na vida social e que acabou por deteriorar as relações familiares, o respeito. O anormal passou a ser considerado como normal, e em prol da autonomia na vida privada, o estado deixou de tutelar tais interesses.

A instituição do casamento passou a ser de menor importância. Com isso, o adultério passaria a ser tutelado pelo Código civil. O cônjuge enganado poderia simplesmente pedir a

¹¹ PAULO, Folha de São. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u99627.shtml>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

separação, com as consequências previstas na legislação, como por exemplo a perda do direito à guarda dos filhos. Ou quem sabe poderia ajuizar uma ação de danos morais em face do cônjuge adúltero.

Pela tutela do direito civil, o casamento é considerado um contrato em que há o dever de fidelidade recíproca de acordo com o artigo 1566, inciso I do CC/02. A quebra deste contrato como qualquer outro poderia ensejar indenização por danos morais.

Já o artigo 1572 do CC/02 autoriza a separação judicial caso um dos cônjuges viole os deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum. O artigo 1573 do CC/02 prevê expressamente a figura do adultério em seu inciso I, como motivo suficiente para caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida.

Por fim, o artigo 1724 do CC/02 prevê os deveres de lealdade, respeito, assistência e sustento na relação entre os companheiros. Com base nesses dispositivos, a pessoa que se sentir lesada em decorrência da infidelidade conjugal, pode acionar o poder judiciário, buscando indenização por danos morais a fim de amenizar seu sofrimento. Contudo, o poder judiciário somente concede a reparação em casos raríssimos como pode ser visto adiante.¹²

4. APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS DO DANO MORAL EM CASOS DE ADULTÉRIO

Como dito anteriormente, o artigo 1.566, inciso I do Código Civil de 2002 menciona o dever de fidelidade na constância do casamento. Esse dever jurídico de fidelidade existente entre os cônjuges decorre de imposição legal. O cônjuge infiel pode ser responsabilizado civilmente pelo ilícito praticado, no caso o adultério, em que pese este não ser mais considerado como crime. Há um alto grau de reprovabilidade social na conduta adúltera.

¹²BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

O conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem. Os tribunais têm se posicionado no sentido de que a infidelidade gera dever de indenização quando houver dano, constrangimento à vítima. A inobservância de uma norma jurídica gera o dever de indenizar.

Assim se posiciona Caio Mário da Silva Pereira:

Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovção 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.¹³

A inobservância do dever de fidelidade não ofende apenas a regra moral. Neste caso, há também, a inobservância de uma norma jurídica, o que autoriza o poder judiciário conceder indenização por danos morais ao ofendido.

Após a revogação da lei penal, a doutrina e jurisprudência se inclinam, no campo do direito civil, a reconhecer o dever de indenizar material e moralmente por parte do cônjuge adúltero.

A jurisprudência vem seguindo essa linha como podemos observar nos seguintes julgados:

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. (Recurso especial nº 742.137, terceira turma, Superior Tribunal de Justiça, relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 21 de agosto de 2007).¹⁴

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 09.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 742137. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

Nesse julgado, um dos cônjuges omitiu a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o outro na ignorância. O STJ entendeu que há responsabilidade civil extracontratual, pois ocorreu a inobservância de um dever jurídico, através da violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no artigo 1.566 do CC/02. Os danos morais se justificam pela ofensa à honra subjetiva do cônjuge traído, que desconhecia o fato de não ser pai biológico dos filhos gerados durante o seu casamento.

Na mesma linha segue o próximo julgado em que foi configurada a existência de dano moral pela omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido durante o casamento:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DANO MORAL. 1. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DECISÃO CONTRÁRIA AO INTERESSE DAS PARTES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 2. UNIÃO ESTÁVEL. DEVER DE FIDELIDADE. DESCUMPRIMENTO. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.(Agravado em recurso especial nº 641.396, Superior Tribunal de Justiça, relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 01/07/2015).¹⁵

Nas jurisprudências a seguir, o STJ reconheceu a existência de dano moral, determinando que fosse reparada a dor sofrida pelo marido enganado que descobriu o fato de a criança ser filha de outro homem. Declarou que a omissão da verdadeira paternidade biológica do filho significa a violação do dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro, ou seja, a honra subjetiva. Merece reparo a constatação deste erro acerca desse verdadeiro projeto de vida, que é o exercício da paternidade.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição. - A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. - A

¹⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. ARES n. 641396. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49012476&num_registro=201403294638&data=20150701>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido. (Recurso especial nº 412.684, quarta turma, Superior tribunal de justiça, relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 20/08/2002).¹⁶

Contudo, o STJ decidiu que a pensão alimentícia paga durante o tempo em que o marido enganado se reconhecia como pai da criança é irrepetível. Esse entendimento se deve ao fato de que o suposto pai exerceu a guarda da criança e manteve laços de afetividade com a mesma. Houve a construção de uma relação socioafetiva durante o período de convivência.

Por fim, o STJ concluiu que o dever recíproco de fidelidade dos cônjuges não se estende ao cúmplice da traição, tendo em vista que não se pode imputar a ele o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. É o entendimento que foi consolidado no seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. (Recurso especial nº 922.462, terceira turma, Superior tribunal de justiça, relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 04/04/2013).¹⁷

Da transcrição dos julgados acima, pode-se perceber que os tribunais vêm entendendo pelo cabimento de reparação por dano moral em casos nos quais o adultério causa grave constrangimento, transtornos psíquicos, dor moral ao ofendido.

Contudo, são decisões tímidas e excepcionais. A maioria das ações que pedem reparação por dano moral em consequência do adultério são atualmente julgadas improcedentes.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 412684. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=368143&num_registro=200200032640&data=20021125&formato=PDF>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 922462. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

Percebe-se que houve um abrandamento em relação à conduta que deixou de ser crime para se tornar um ilícito civil, passível de indenização. Tal fato ocorre devido à concepção atual de que o direito penal deixou de ser um direito encarcerador e passou ser considerado um direito ressocializador. As penas devem ser os últimos recursos a serem utilizados.

O legislador brasileiro preferiu deixar que o adultério fosse resolvido na esfera cível, o que causaria menos transtornos em relação a um crime que através do tempo foi considerado menos grave, mas que ainda é passível de punição. O direito se destina a tutelar a vida em sociedade e precisa dar respostas, seja em que âmbito for.

O direito se constitui como um projeto de convivência e estabelece padrões de comportamento necessários. Estes padrões devem ser respeitados dentro de uma comunidade civilizada. Quando a pessoa se comporta fora desses padrões, ocorre a ilicitude. A partir daí temos a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

O dever de indenizar torna-se necessário a fim de coibir a conduta ilícita praticada, sendo certo que não se obriga a amar por via judicial e não se paga o desamor com indenizações.

CONCLUSÃO

Diante dessas considerações, pode-se concluir que a sociedade passou por diversas transformações ao longo dos anos. As mudanças foram drásticas e rápidas, gerando uma sensação de insegurança jurídica. Um fato definido como crime, ou seja, considerado grave, o deixou de ser de uma hora para a outra, sem que outra sanção fosse estabelecida em seu lugar. Essa sensação de liberdade acabou gerando diversos problemas na sociedade.

Resta ao poder judiciário colocar um freio para que essa sensação de liberdade gerada pela *abolitio criminis* do adultério não tome proporções exageradas. Porém, o que se verifica atualmente nas decisões judiciais é que as demandas de reparação moral por infidelidade conjugal estão sendo julgadas improcedentes.

Há decisões tímidas que admitem a reparação moral em casos extremos em que o adultério tenha gerado situação vexatória para vítima, humilhação ou intenso sofrimento. Contudo, são decisões raríssimas, geralmente nos casos em que foi concebida uma criança fora da relação conjugal.

Dessa forma, a proteção constitucional dada à inviolabilidade da honra neste caso fica sem efeito. Assim como as regras do Código Civil de 2002 não estão sendo adequadamente aplicadas. O descumprimento de uma cláusula contratual que é a fidelidade recíproca não gera dever de indenizar. Assim, o ilícito acaba por ficar sem uma sanção.

É claro que ninguém é obrigado a casar ou permanecer casado. Mas se a pessoa, por livre e espontânea vontade, tomou essa decisão, espera-se que ela cumpra com os deveres resultantes do casamento elencados no Código Civil de 2002.

A falta de amor não constitui ilícito, mas o descumprimento da lei sim. Se não há mais amor naquela relação, a pessoa deve procurar meios permitidos pela lei para pôr fim a essa, como o divórcio.

O cônjuge que trai comete ilícito civil e medidas devem ser adotadas pelos tribunais a fim de coibir tal prática que se tornou comum no seio da sociedade.

Não se obriga a amar por via judicial e não se paga o desamor com indenizações. Mas é certo que se deve ter algum meio de sanção a fim de coibir a conduta ilícita praticada.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BORELLI, Andrea. *Adultério e a mulher: considerações sobre a condição feminina no direito de família*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n4/doc/05-Andrea_Borelli.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.diario.dasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

_____. Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ARESP n. 641396. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49012476&num_registro=201403294638&data=20150701>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 922462. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 412684. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=368143&num_registro=200200032640&data=20021125&formato=PDF>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 742137. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

Disponível em:<<http://dicionarioportugues.org/pt/adulterio>>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

PAULO, Folha de São. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u99627.shtml>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.1.Rio de Janeiro: Forense, 2009.