



Fundação educacional do Município de Assis
IMESA – Instituto Municipal de ensino Superior de Assis
Campus “José Santili Sobrinho”

ROSY CRISTINA MOTA

**FALTA DO DEVER DE FIDELIDADE NO MATRIMÔNIO: DEVER DE
INDENIZAR O MARIDO POR NÃO CONTAR QUE O FILHO NÃO ERA DELE**

ASSIS

2014



Fundação educacional do Município de Assis
IMESA – Instituto Municipal de ensino Superior de Assis
Campus “José Santili Sobrinho”

ROSY CRISTINA MOTA

**FALTA DO DEVER DE FIDELIDADE NO MATRIMÔNIO: DEVER DE
INDENIZAR O MARIDO POR NÃO CONTAR QUE O FILHO NÃO ERA DELE**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Leonardo de Gênova

Orientado: Rosy Cristina Mota

ASSIS

2014

Ficha Catalográfica

MOTA, Rosy Cristina.

Falta do dever de fidelidade no matrimônio: dever de indenizar o marido por não contar que o filho não era dele. Rosy Cristina Mota. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e Fundação Educacional do Município de Assis. Assis, 2014.

35 páginas.

Orientador: Prof.º Leonardo de Gênova

Trabalho de Conclusão de Curso. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis.

Falta do dever de fidelidade no matrimônio. Dever de indenizar o marido.

CDD: 340

Biblioteca FEMA.



Fundação educacional do Município de Assis
IMESA – Instituto Municipal de ensino Superior de Assis
Campus “José Santili Sobrinho”

ROSY CRISTINA MOTA

**FALTA DO DEVER DE FIDELIDADE NO MATRIMÔNIO: DEVER DE
INDENIZAR O MARIDO POR NÃO CONTAR QUE O FILHO NÃO ERA DELE**

Monografia apresentada ao curso de Direito
da Fundação Educacional do Município de
Assis – Fema, como requisito parcial para
conclusão do curso de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Leonardo de Gênova

Analisador:

Dedico este trabalho ao meu pai Aparecido Dias da Mota (in memoriam), grande causídico, cujo sonho era ver um dos filhos seguindo sua profissão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus que esteve à frente na minha trajetória como estudante de Direito, ao Espírito Santo pelos dons e discernimento, à Virgem Maria por passar na frente, à minha mãe Jandyra Amélia Prando da Mota, minha maior amiga e incentivadora que jamais se descuidou de mim, nem permitiu que eu desistisse.

Aos meus filhos Marcelo Mota Cintra e Rafael Mota Cintra pela paciência que tiveram quando estudei dia e noite e fins de semana para as provas, privando-os da minha companhia nos almoços em família aos domingos.

Agradeço ao meu orientador Leonardo de Gênova pela ajuda e orientação e a todos os professores do Curso de Direito com quem muito aprendi.

*“A família continua e deve sobreviver feliz.
Este é o desafio para o século XXI”.*

Maria Helena Diniz

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo primordial tratar de uma das mais íntimas facetas da unidade familiar: o **dever de fidelidade recíproca** e seus desdobramentos. Atualmente, os juristas brasileiros, em decisões já tornadas jurisprudências abordam tal temática, tendo em vista que tal assunto encontra-se intrinsecamente ligado ao alicerce do núcleo familiar e, por conseguinte, constitui-se em fator primordial. A traição de um dos cônjuges fere aspectos fundamentais da constituição do núcleo familiar, uma vez que abrange, dentre outras, a questão da lealdade, do companheirismo e mesmo da boa fé que se pressupõe quando de um casamento. Os danos que tal comportamento causam, ferem não apenas os direitos materiais, mas também a honra, a dignidade e outras questões de ordem moral do cônjuge enganado. Além dos aspectos anteriormente citados, e sendo este objeto do presente estudo, juntamente com o dever de fidelidade, está a geração de filhos extraconjugais, que afeta sobremaneira o cônjuge inocente, tendo em vista que abrange assuntos, como já foi dito, de ordem material e moral. O prejuízo gerado ao cônjuge inocente é incomensurável, uma vez que, após o estabelecimento de uma relação afetiva entre cônjuge inocente (pai) e filho (extraconjugal), torna-se difícil, em termos práticos, medir a extensão dos prejuízos a ambos. Quando dessa descoberta, surge no cônjuge inocente, muitas vezes, o desejo de reparação, particularmente por motivos de ordem social e cultural, o que engendra, por sua vez, a pretensão indenizatória. A criança prova contundente por assim dizer, do ato que se pretende reparar, tem sua vida entremeadada pela lide vivenciada pelos cônjuges. A par de todos os prejuízos sofridos pela criança, encontra amparo no direito nacional, o cônjuge inocente, uma vez que se protege àquele que foi lesado em sua honra, dando ao mesmo o direito à reparação. No desenvolvimento desta pesquisa, trata-se justamente da possibilidade ou não de uma reparação pecuniária pelo dano moral decorrente do rompimento do pacto de fidelidade matrimonial, levantando-se questionamentos sobre a possibilidade do cônjuge inocente ser indenizado pelo outro quando em uma situação como esta. Para tanto, foi realizado um levantamento bibliográfico composto por obras doutrinárias, bem como uma análise jurisprudencial da temática, para que se pudesse aferir a viabilidade ou não de tal medida, tendo por balizamento as normas atualmente vigentes no país.

Palavras-chave: Dever de fidelidade recíproca; Constituição do núcleo familiar; Geração de filhos extraconjugais; Reparação pecuniária.

ABSTRACT

This work of completion has the primary goal of treating one of the most intimate aspects of family unit: the duty of mutual fidelity and its aftermath. Currently, Brazilian jurists in pre-made case law decisions, addressing such issues, given that such matter is intrinsically linked to the foundation of the family unit and therefore is in prime factor. The betrayal of a spouse hurts fundamental aspects of the formation of the nuclear family, since it covers, among others, the issue of loyalty, companionship and even the good faith belief that it is assumed when a marriage. The damage that such behavior causes, hurt not only the substantive rights, but also the honor, dignity and other moral issues of the deceived spouse. Besides the aspects mentioned above, and being the object of this study, together with the duty of loyalty, is the generation of extramarital children, which greatly affects the innocent spouse, considering that covers subjects, as has been said, of a material and moral. The damage generated to the innocent spouse is immeasurable, since, after the establishment of a relationship between affective innocent spouse (father) and son (extramarital), it becomes difficult in practical terms, measuring the extent of the damage to both. When this discovery comes the innocent spouse, often the desire to repair, particularly for reasons of social and cultural order, which engenders in turn, the indemnity claim. The child, overwhelming proof so to speak, of the act that you want to repair, has his life interspersed by deal experienced by spouses. A pair of all losses suffered by the child, finds support in national law, the innocent spouse, since it protects him who was injured in his honor, giving it the right to reparation. In developing this research, it is precisely the possibility or not of compensation for moral damage arising from disruption of marital fidelity pact, questions arose about whether the innocent spouse to be indemnified by the other when in a situation like this. To this end, a literature composed of doctrinal works was performed, as well as a jurisprudential analysis the theme, so that it could assess the feasibility or otherwise of such a measure, with the marking standards currently prevailing in the country.

Keywords: Duty of mutual fidelity; Constitution of the nuclear family; Generation of extramarital children; monetary compensatio

SUMÁRIO

CAPÍTULO I.....	Erro! Indicador não definido.
1.1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	12
1.2. BREVE HISTÓRIA	13
1.3. FAMÍLIA MODERNA – NOVOS FENÔMENOS SOCIAIS	15
1.4. NATUREZA JURÍDICA DE FAMÍLIA	16
1.5. DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL	17
1.6. ASPECTOS GERAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
II CAPÍTULO	19
2.1. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....	19
2.2 – EFICÁCIA DO CASAMENTO.....	19
EFEITOS SOCIAIS DO MATRIMÔNIO	20
EFEITOS PESSOAIS DO CASAMENTO.....	21
EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO.....	22
2.3 – DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES	22
2.4 – FILIAÇÃO	23
2.5 – FILIAÇÃO FORA DO CASAMENTO	23
CAPÍTULO III.....	25
3.1 – FALTA DO DEVER DE FIDELIDADE NO CASAMENTO: INDENIZAÇÃO POR NÃO AVISAR QUE O FILHO NÃO ERA DO MARIDO.....	25
3.2 – ASPECTOS JURÍDICOS E AFETIVOS (QUESTÕES PSICOLÓGICAS) COMO SE CONSTITUI ESSE VÍNCULO AFETIVO, POSSÍVEIS TRAUMAS NA CRIANÇA. PORÉM, DESDE O ADVENTO DA LEI DO DIVÓRCIO E AS POSTERIORES ALTERAÇÕES.....	27
3.3 – REPARAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL.	31
3.4 – ESTUDO DE CASOS CONCRETOS (STJ, RS, SP, RJ, MG).	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

No âmbito jurídico, a família sempre teve grande destaque, sendo de grande interesse do Estado conservá-la estruturada.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de Família, sendo assim não apenas a Família oriunda do Casamento Civil, mas também a União Estável foi expressamente incluída no texto constitucional, de forma a estender a proteção do Estado. Dessa forma criaram-se regras para bem proteger o matrimônio.

Nesse prisma, o objetivo desse estudo acadêmico é expor as responsabilidades que geram ao casal quando há o descumprimento de tais regras como o dever de fidelidade recíproca no casamento e possível indenização por danos causados ao Cônjuge inocente.

Importante para entendermos o tema bastante atual haja vista a incidência de dissoluções de matrimônio; a historicidade do conceito família de acordo com entendimentos doutrinários. Desde a origem, evolução e transformações sociais concernentes à Família.

Para alguns estudiosos, a família no sentido biológico é vista como um grupo de pessoas ligadas pelo parentesco consanguíneo, ou seja, pais e filhos, formando uma instituição. Para outros, o conceito família diz respeito às pessoas ligadas por um contrato matrimonial cujas regras devem ser obedecidas.

O primeiro capítulo refere-se a um breve relato do Direito de Família e sua história e as constantes mudanças evolutivas da sociedade, tendo o casal por núcleo do matrimônio. No seio da família o homem é criado, recebe sua educação, inicia sua vida profissional e posteriormente sai desse convívio para constituir sua própria família.

No segundo capítulo, diz respeito ao casamento legitimado, tendo o companheirismo como ponto fundamental e seus direitos tutelados e à união estável reconhecida legalmente pela Constituição Federal, na qual estão garantidos os seus direitos. Para Venosa, o matrimônio é um negócio jurídico, enquanto a união estável é fato jurídico.

O terceiro e último capítulo aborda os casos julgados referentes à quebra dos deveres conjugais, como a fidelidade, primeira regra do matrimônio, quando é cometida a prática do adultério, embora excluído do contexto de culpabilidade, há ainda o ilícito civil que acarreta ao infiel o dever de indenizar o cônjuge traído. Para Diniz a traição da esposa é muito mais grave que a do marido, pois pela relação extramatrimonial da mulher pode ser introduzida prole alheia à família. Havendo filhos ilegítimos, o cônjuge traído desenvolve uma relação socioafetiva com a criança, cuja ruptura produz transtornos psíquicos e emocionais imensuráveis a ambos.

1.1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

Atualmente podemos dizer com propriedade que o direito de família é um conjunto de normas que regem e influenciam não só o casamento, matrimônio legalizado, como também as uniões sem casamento chamadas uniões estáveis e a dissolução dessas.

Partindo desse princípio, o direito de família, regula laços entre pais e filhos, cônjuges e companheiros, relações biológicas, psicológicas e sociológicas sejam no campo pessoal ou patrimonial, haja vista os efeitos de tais uniões conferidos aos filhos e o regime de bens entre os cônjuges.

Esse ramo do direito civil possui efeitos do casamento ou da filiação os quais concedem direitos pessoais ao filho de promover investigação de sua paternidade ou o órfão de ser posto sob tutela. (Sílvio Rodrigues, Saraiva, 2001, pág. 3)

É interesse do Estado à organização e proteção da família assegurando as relações humanas uma vez que a união familiar é vista como base e estrutura da sociedade. A lei regula o interesse do indivíduo ligado diretamente à ordem social.

Há vinte anos tomava-se por base a família ligada ao casamento legitimado conforme constava na Constituição Federal de 1934. Devido a constantes mudanças evolutivas da sociedade, tais alterações não tinham como serem previstas na época. (Sílvio Rodrigues, 2001, pág. 3).

A partir de 1988 nossa Carta Magna ampliou a definição de família inserindo a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental. Amplamente pode-se dizer que família corresponde a pessoas ligadas por parentescos consanguíneos.

Cita Sílvio Rodrigues, “[...] O legislador constituinte procurou abrir a porta para o reconhecimento da família ilegítima”. (Sílvio Rodrigues, Direito de Família, Saraiva, 2001, Prefácio à 19ª Edição).

Transcreve o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O gênero família, portanto, possui várias espécies de definições. Todo assunto concernente a essa instituição está vinculada ao direito em cujo núcleo está a ação do legislador em proteger de forma especial.

Com toda essa evolução, as transformações no entendimento de família, contrariam o direito canônico no século XVIII, onde o casamento era perpétuo e, portanto indissolúvel, instituído pela vontade do monarca e nas Leis de Deus. Uma vez rompido da igreja o matrimônio, abriu-se a possibilidade de dissolução e nulidade da união matrimonial.

O direito de família é regido pelo direito privado, muito embora sofra influência das normas de direito público no tocante a divisão dos bens patrimoniais na separação dos cônjuges, direito de visita e a guarda dos filhos.

O direito de família, por sua própria natureza, é ordenado por grande número de normas de ordem pública. Essa situação, contudo, não converte esse ramo em direito público” (Sílvio Venosa, Ed. Atlas, 10ª Edição, pág. 10).

“Não há como se admitir o direito de família como direito público em um Estado democrático, porque cabe a ele tutelar e proteger a família, intervindo de forma indireta apenas quando essencial para sua própria estrutura. (Sílvio Venosa, 2010, Ed. Atlas, pág. 11).

Portanto, não significa dizer que o direito de família é ramo do direito público, pois é no seio familiar onde o homem é criado, recebe sua educação, inicia sua vida profissional e posteriormente sai desse convívio para constituir sua própria família.

1.2. BREVE HISTÓRIA

O legislador atento às constantes evoluções sociais sentiu a necessidade de um novo diploma Civil. Com uma nova leitura, o Código Civil de 2002 veio reformar a compreensão

do conceito de família dentro da sociedade moderna onde há a igualdade de direitos entre os cônjuges, companheiros, homem e mulher, diferentemente do antigo Código de 1916.

Nesse seguimento há o direito de igualdade dos filhos não importando a origem, expresso no artigo 1.596, CC, “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Como vemos, o direito de família abarca não só o casamento como também uniões constituídas fora do matrimônio além da filiação pela adoção, a família substituta. Maria Helena ressalta, “a Lei n. 8069/90 no art. 28, §§ 1º a 6º, acrescentados pela Lei nº 12010/2009, refere-se à família substituta configurada pela guarda, tutela e adoção”. (Maria Helena Diniz, 2010, pág.13).

Insertos no direito de família estão os direitos e deveres. O que antes era o pátrio poder, hoje, o poder familiar destituiu o homem como chefe absoluto da família e estabeleceram, sem distinção, os pais como titulares do poder familiar e, portanto, representantes e responsáveis pela educação e criação dos filhos.

Na opinião de alguns doutrinadores, cada vez mais o direito de família deve desarraigar-se do direito civil e ter seus princípios contemplados num estatuto próprio como outras legislações. A exemplo do que ocorre em outros países, uma vez direito autônomo, o direito de família trataria especificamente dos direitos sucessórios e demais assuntos ligados à família sem necessidade de se consultar outros campos do direito privado. (Sílvio Venosa, Ed. Atlas 2010, pág. 11)

Por isso o Judiciário sempre cria varas especializadas em direito de família auxiliando nas áreas sociais e psicológicas, como por exemplo, a mediação e conciliação.

A mediação e conciliação, com profissionais habilitados, devem ganhar amplo espaço, evitando-se contendas processuais inúteis e depreciativas da honra de membros da família, e converter-se no grande palco de soluções para os problemas da família”. (Sílvio de Salvo Venosa, Ed. Atlas, 2010, pág. 11).“A mediação favorece o diálogo, por clarificar o que pertence a cada um dos envolvidos na situação conflituosa, levando-os a falar e a ouvir para que haja responsabilização da decisão tomada e da opção da alternativa solucionadora do impasse. (Maria Helena Diniz, Saraiva, 2010, pág. 360).

Ao se deparar com possíveis conflitos familiares, necessário se faz que o profissional habilitado tenha equilíbrio emocional e vocação para mediar conciliação e arbitragem, em busca de um consenso, pois há que se preservar a honra dos membros da família, “o mediador deve ser uma pessoa neutra e treinada que procura despertar soluções pessoais entre os envolvidos”. (Sílvio Venosa, 2010 pág. 12).

Porém, restando infrutífera a conciliação, não obsta que os interessados recorram ao judiciário a fim de ajuizar ações, como por exemplo, as ações de alimentos.

1.3. FAMÍLIA MODERNA – NOVOS FENÔMENOS SOCIAIS

Tempos atrás, o homem tido como chefe de família ficava responsável por trazer o sustento de sua família, enquanto a mulher era incumbida da educação dos filhos, porém “a família atual, contudo, difere das formas antigas no que concernem as suas finalidades, composição e papel de pais e mães” (Sílvio Venosa, 2010, Ed. Atlas, pág. 5).

A família atual não mais se equipara às formas antigas. Houve mudanças nos papéis de pais e mães, “no século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar”. (Sílvio Venosa, pág.5)

As mulheres lançam-se no mercado de trabalho, alcançam os mesmos direitos do homem, cujo seu ordenado tem grande significado na economia familiar.

O Estado interferiu ao assumir várias funções não só a educação, mas atividades como esportes e recreação dos filhos que antes ficavam ao encargo dos pais. E estes passam a maior parte do dia nas escolas.

Com as evoluções os legisladores também acompanham legislativamente todas as transformações sociais.

O Estatuto das famílias atual e adequado busca compreender as evoluções da família contemporânea.

1.4. NATUREZA JURÍDICA DE FAMÍLIA

Pela autonomia da vontade, os cônjuges podem celebrar um contrato de direito de família, cita Sílvio Venosa a respeito da natureza jurídica do casamento:

“A natureza contratual não é a determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua manifestação de vontade livre e espontânea”... “Sob a perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos”.

No direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico não somente entre homens e mulheres, mas entre a diversidade de sexos, ou a união de pessoas do mesmo sexo, “recentemente a família foi observada pelos juristas sob o prisma de instituição, abrangendo as uniões sem casamento e até mesmo as chamadas famílias monoparentais”. (venosa, 2010, Atlas, pág. 9)

Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, as regras que valem para relações estáveis entre homens e mulheres são aplicadas também às relações homoafetivas, as quais podem ter assegurados os direitos como herança, comunhão parcial de bens, pensão alimentícia, previdenciária, licença médica, inclusão do companheiro como dependente em planos de saúde, entre outros benefícios.

Para Maria Helena Diniz a maioria das normas do direito de família:

São cogentes ou de ordem pública, insuscetíveis de serem derogadas pelo simples arbítrio do sujeito, devendo ser por isso, interpretadas restritivamente [...] as relações jurídicas nascem de atos voluntários [...] mas a vontade só se manifesta na sua realização, uma vez que seus efeitos já estejam preestabelecidos na lei.

1.5. DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

A partir do século XX o Estado estabeleceu direitos iguais aos filhos ilegítimos e a igualdade entre os cônjuges deixando a família de ser patriarcal, tornando a mulher capaz profissionalmente.

É evidente que o casamento não é tido como indissolúvel tampouco imutável devida às mudanças sociais ocorridas no tempo e no espaço, como o divórcio, admitido através da Emenda Constitucional nº 9 de 28/06/1977. Mas ainda é o centro do direito de família de onde surgem as normas fundamentais cujos atos conclusivos de tal celebração causam efeitos, direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges.

Como pondera Ruggiero, “todo direito de família repousa nesta idéia: os vínculos se estabelecem e os poderes se outorgam não tanto para criar direitos, como para impor deveres.” (Maria Helena Diniz, *Direito de Família*, 2010, pág. 30).

A rapidez com que evolui a ciência como, por exemplo, inseminações artificiais, cirurgias de mudança de sexo, células tronco, etc. enfim, todo esse avanço tecnológico requer do Direito acompanhamento acelerado desafiando os legisladores.

1.6. ASPECTOS GERAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Pelo fato de o Estado interferir de tal forma no direito de família o mesmo pode ser considerado parte do direito público.

Na Constituição Federal em seu art. 5º, I estabelece a igualdade de direitos e obrigações aos homens e mulheres, não recepcionados no Código Civil de 1916, cujos direitos eram diferenciados. Porém, com a introdução do Código Civil de 2002 tais direitos e

deveres foram devidamente igualados tanto para as pessoas casadas, marido e mulher, quanto para os conviventes.

Pelo princípio da igualdade jurídica entre conviventes ou entre marido e mulher, contemplado na nossa carta Magna, o artigo 226, § 5º não faz distinção quanto ao tipo de união, cabendo, portanto a interpretação dos referidos direitos e deveres à união ilegítima, união de fato.

É reconhecida pelo Estado a união estável como sendo entidade familiar, e, portanto, estão tutelados seus direitos de alimentos e sucessórios aos companheiros superando as origens dogmáticas do antigo Código Civil.

Como nas transformações sociais tendo em vista que as pessoas mudam com o passar dos anos é inevitável a evolução da família, porém há que se prezar a renovação, o respeito e troca de experiências, pois segundo Maria Helena Diniz.

II CAPÍTULO

2.1. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Quanto à união estável, Venosa destaca a existência de dois entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Na primeira interpretação o companheirismo é o ponto fundamental no casamento e seus direitos igualados. No segundo entendimento, diz respeito ao art. 226,§ 3º da nossa Carta Magna onde se reconhece a união estável entre homem e mulher e sua conversão em casamento.

No aspecto legislativo, a natureza jurídica em ambos os casos, é diferente na concepção de Venosa, “[...] enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é fato jurídico”. (Venosa, 2010, Ed. Atlas, pág.48)

Para as duas situações existem direitos e deveres estabelecidos na forma da lei, como o direito de alimentos atribuídos à convivente igualmente ao casamento legalizado, “entre outros casos, a legislação trabalhista e previdencial conferiu à companheira algumas prerrogativas que o direito tradicional outorgava à esposa”. (Rodrigues, 2001, Saraiva, pág. 9)

Pela sua participação na vida familiar não menos importante, atribuiu-se à convivente mesmo sem o matrimônio oficializado, direitos reconhecidos como à esposa.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reconhece. Maria Helena Diniz opina, nos termos da Lei Suprema, que a sociedade de fato passa a ser entidade familiar, com o objetivo de constituir família, (Direito de Família, pág. 374).

2.2 – EFICÁCIA DO CASAMENTO

Estabelece no Código Civil Brasileiro em seus artigos 1.565 a 1.570 a igualdade de direitos dos cônjuges. Pela reforma do Código Civil de 2002, marido e mulher ocupam posições iguais, ambos responsáveis pelos encargos familiares.

O matrimônio, segundo Diniz, produz efeitos jurídicos: no campo social, pessoal e econômico entre marido e mulher. Patrimonial entre pais e filhos, cujos direitos e deveres são tutelados juridicamente.

Os primeiros estabelecem a afinidade entre os cônjuges e parentes, seus direitos e deveres, como também a emancipação do menor com dezesseis anos, disposto no § único do Artigo 5º do Código Civil.

O efeito patrimonial diz respeito ao dever de sustento da família, preservação do patrimônio familiar, cujos atos não podem ser praticados por um dos cônjuges sem a anuência do outro, confere ainda direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente e prerrogativas da sucessão aberta, “o matrimônio cria para os consortes, portanto, ao lado das relações pessoais, vínculos econômicos objetivados nos regimes matrimoniais de bens, nas doações recíprocas, no direito sucessório, etc.” (Maria Helena Diniz, 2010, Saraiva, pág. 129).

EFEITOS SOCIAIS DO MATRIMÔNIO

Constituir família é um dos efeitos principais que o casamento produz na sociedade, cujo planejamento familiar é de livre decisão do casal cabendo à interferência do Estado em proporcionar recursos financeiros e educacionais para que esse direito familiar possa ser exercido.

Expressa o artigo 1.565 do Código Civil, “Com o casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Com o matrimônio, muda o estado civil dos cônjuges de solteiros para casados, causa determinante de identificação na vida social, pois os cônjuges formam o núcleo da família.

EFEITOS PESSOAIS DO CASAMENTO

Ao contrair o matrimônio, marido e mulher ficam sujeitos aos direitos e deveres não só de ordem financeira, mas de valores morais como, fidelidade, vida conjugal, respeito, companheirismo, etc.

No tocante a fidelidade, a liberdade sexual de cada cônjuge é restrita ao casamento, caso contrário gera o adultério.

No artigo 1566, do presente Código o Inciso primeiro trata de fidelidade recíproca, “a violação de esse dever, poderá independentemente da dissolução conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias”. (Gagliano, 2012, Saraiva, pág. 291).

O legislador contemplou como primeiro dever conjugal, a fidelidade mútua ligada à lealdade por assim dizer, base para um relacionamento estável, tradicional, ético, na base de confiança recíproca, cuja violação implica no dever de indenizar o cônjuge traído.

Na convivência conjugal existe a necessidade de assistência mútua e o companheirismo, apoio nas dificuldades, cuidados pessoais na doença, etc. Dentro dessas obrigações está o respeito ligado ao compromisso de sinceridade para com o cônjuge como zelo da honra e a dignidade da família. (Kipp e Wolff – Maria Helena Diniz, 2010, Saraiva, págs. 136 e 137).

Por assumirem assim direitos e deveres igualmente, nenhum dos cônjuges tem o direito decisório sobre assuntos que dizem respeito a ambos, devendo, pois, ouvir sempre o outro antes de tomar qualquer atitude para não se configurar modo abusivo e prejudicar o outro.

Expressa Sílvia Rodrigues:

“[...] Código Civil não apresenta uma divisão de tarefas dentro do lar, cabendo aos cônjuges prover na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, a manutenção da família, velar pela direção do lar, atendendo ao seu funcionamento material, cuidando da educação dos filhos e do padrão moral da vida familiar”. (Diniz, 2010, Saraiva, pág. 141).

Cabe ao casal, indiferentemente do regime de bens adotado, a administração do lar, mútua colaboração nas tarefas e encargos familiares, bem como no sustento da família e a educação dos filhos.

EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO

Com o casamento, entra em vigor o regime de bens constituído por normas que regem as relações patrimoniais de interesses financeiros do casal.

Mediante pacto antenupcial, os nubentes poderão escolher o regime de suas preferências que segundo Sílvio Rodrigues, é um contrato solene realizado antes do casamento.

Cabe ao casal administrar o patrimônio comum. Ocorrendo incapacidade ou impedimento de um deles que o torne impossibilitado de exercer tal função, o outro assumirá a gestão, conforme o regime de bens por eles adotado.

2.3 – DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES

“O dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.” (Diniz, 2010, Ed. Saraiva pág. 131).

Entre o casal existe a cumplicidade e a lealdade que consiste em ser honesto um com o outro no sentido de não quebrar essa lealdade cometendo, por exemplo, adultério. Não somente pelo fato de terem praticado sexo com outra pessoa, mas de ter quebrado o laço de confiança entre os dois.

Cita Maria Helena Diniz, que “com isso a liberdade sexual dos consortes fica restrita ao casamento. A infração desse dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência da moral familiar”.

O adultério é a traição da confiança do cônjuge e desonra para o traído. Causa instabilidade, fato que fragiliza e desmorona a vida familiar.

Do matrimônio surgem certos direitos e deveres em especial administrar a sociedade conjugal para que os problemas sejam solucionados por ambos, não somente pelo marido como antes, mas outorgando à mulher o direito de decidir conjuntamente com seu esposo.

2.4 – FILIAÇÃO

O ordenamento civil expressa o termo filiação como relação de parentesco consanguíneo entre pais e filhos, pais adotivos e filho adotado ou fruto de inseminação artificial.

Maria Helena Diniz classifica a filiação em matrimonial e extramatrimonial, sendo a primeira advinda da união de pessoas ligadas pelo casamento e esta de forma adúlterina, os nascidos fora do matrimônio.

Para Sílvio Rodrigues, esse vínculo de parentesco devido à proximidade de grau, produz efeitos jurídicos, daí a importância de se verificar a paternidade.

Sobre o prisma do Direito, Sílvio Venosa diz que a filiação abrange o pátrio poder, hoje, poder familiar que os pais exercem sobre os filhos, como também os direitos protetivos e assistenciais em geral.

Não mais existem distinções entre filiação legítima e ilegítima, pois o novo Código possui dispositivo, por exemplo, em seu art. 1.606, onde trata da ação de prova de filiação diferente de investigação de paternidade, “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz”.

Na verdade, importa provar por todos os meios legais a correta filiação, para tanto o Direito propicia condições para buscar tal veracidade por meio de ações civis.

2.5 – FILIAÇÃO FORA DO CASAMENTO

O antigo Código Civil de 1916 dava importância à família legítima, a que contraía matrimônio em consonância com a sociedade brasileira. Neste pensamento patriarcal ignorava, pois, o legislador, os direitos do filho de relações extraconjugais e conseqüentemente as uniões informais.

No século XX, a família sofreu profundas transformações sociais. Com o enfraquecimento do poder patriarcal, surgiram modificações na lei como a reforma do Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596, onde se reproduz igual teor da Constituição Federal de 1988:

“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibida quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Filhos continuam a nascer fora do casamento e, com frequência, a sociedade acolhe-os diferentemente, quando não os marginaliza”. (Venosa, 2010, Ed. Atlas, pág. 225).

Como se vê, revogado o antigo diploma, desapareceu qualquer tratamento discriminatório. Obtidos por instrumentos legais dispostos no ordenamento jurídico foram garantidos os direitos familiares e sucessórios aos filhos nascidos de relações extramatrimoniais.

CAPÍTULO III

3.1 – FALTA DO DEVER DE FIDELIDADE NO CASAMENTO: INDENIZAÇÃO POR NÃO AVISAR QUE O FILHO NÃO ERA DO MARIDO.

São muitas as razões de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia etc. Situações que geram para o cônjuge traído indenização conforme expressa o artigo 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Existem entendimentos doutrinários em que havendo os deveres conjugais infringidos, acarretam para o cônjuge culpado o dever de indenizar moralmente o cônjuge inocente pela quebra do elo de confiança.

Como defende Diniz: “A boa fé deve existir no instante do ato nupcial”.

No que versa a fidelidade mútua, essa é a essência da família monogâmica adotada pela sociedade, sendo, portanto, uma norma jurídica, uma vez desobedecida implica em sanções que refletem no patrimônio no ato da separação conjugal.

Nesse sentido expressa o art. 1.576 do atual Código, “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca ao regime de bens”.

Sílvio Venosa, 2010, pág. 162: “[...] A separação judicial faz terminar a sociedade conjugal”.

A conjunção carnal com outra pessoa é a consumação do adultério, ato que pode gerar a dissolução do matrimônio libertando o casal dos deveres conjugais, porém, permanecendo alguns como o caso dos alimentos.

No estado de coabitação que é a ação de conviverem juntos na mesma casa, marido e mulher possuem o débito conjugal tido como “direito-dever do marido e de sua mulher de realizarem entre si o ato sexual”. (Diniz, 2010, Saraiva pág. 134).

Nessa ótica, o casal cede seu corpo um para o outro a fim de satisfazerem uma necessidade fisiológica, em que cada cônjuge pode exigir do outro esse dever-direito, fortalecendo o laço de fidelidade entre os dois.

O desrespeito a esse compromisso de honestidade mútua fere a integridade moral, além de denegrir a honra do cônjuge inocente, há a humilhação quando o fato se torna público.

Embora supostamente tal traição por parte do homem seja considerada como mera aventura ou algo passageiro e para a mulher uma representação emocional mais profunda, o fato é que a transgressão de um e de outro desestabiliza o casamento produzindo efeitos psicológicos não só a ambos, mas aos filhos dessa união, sejam eles legítimos ou não.

Para Diniz é o adultério:

“Convém salientar que, sob o prisma psicológico e social, o adultério da mulher é mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações extramatrimoniais, introduzindo prole alheia dentro da família”. (Saraiva, 2010, pág. 132)

Situação essa que, pela presunção de ser seu filho, o cônjuge enganado suporta o encargo dos alimentos, da educação e a criação da criança gerada fora do matrimônio.

O nascimento do filho enaltece o ego paterno. “O filho é para o homem a possibilidade de deixar sua herança” [...] (Em nome do pai – Blog do psicólogo Breno Rosostolato -<http://www.blogdopapai.com.br>).

A notícia sobre a vinda de um filho desperta no marido a realização do sonho da paternidade, a idéia de ensinar-lhe o que também lhe foi passado na infância, bem como a satisfação em apresentar à sociedade e à família, seu novo herdeiro.

A descoberta da traição da esposa e a revelação de não ser o pai da criança a quem criou e com quem desenvolveu um laço afetivo incomensurável, rompe o pacto conjugal e por fim, o dever de fidelidade, acentuando-se a quebra da confiança e da lealdade entre o casal.

Muito embora, o crime de adultério conforme versava no Código Penal de 1940, em seu artigo 240, deixou de ser crime, existe a pretensão dos danos morais e materiais que o cônjuge enganado poderá pleitear na Justiça pela humilhação, desonra e vergonha causados pela esposa adúltera e pelo amante, o então verdadeiro pai do filho por ele criado.

3.2 – ASPECTOS JURÍDICOS E AFETIVOS (QUESTÕES PSICOLÓGICAS) COMO SE CONSTITUI ESSE VÍNCULO AFETIVO, POSSÍVEIS TRAUMAS NA CRIANÇA. PORÉM, DESDE O ADVENTO DA LEI DO DIVÓRCIO E AS POSTERIORES ALTERAÇÕES.

Profissionais do Direito, os quais operam na Vara de Família se obrigam a aperfeiçoar-se no que diz respeito aos possíveis conflitos da separação e traumas referentes a esse rompimento.

O casal, como forma de se atingir usa todo o tipo de argumento buscando ressaltar os defeitos e as falhas do outro usando os filhos que ficam no meio dessa guerra travada entre os pais. Os cônjuges que um dia se amaram e hoje separados, cada qual busca denegrir a imagem um do outro com a finalidade de afastar o pai ou a mãe do convívio do filho.

Não há instrumento jurídico para coibir tal situação que vai além do ordenamento Jurídico, pois se trata de âmbito emocional e psíquico.

Pontua o psicólogo Guy Coreant: “o pai é o primeiro outro que a criança encontra fora do ventre da mãe” e segue adiante: - “A criança se sustentará nos preceitos da figura masculina.” (<http://psicob.blogspot.com.br>)

É o pai, tanto quanto a mãe, figuras imprescindíveis na vida do filho, pois hoje, o casal divide a administração conjugal, a criação e a educação dos filhos.

[...] Não questionando de forma alguma o papel da figura materna no desenvolvimento psicossocial de uma criança, podemos concluir que não é por isso que a figura paterna se torna dispensável. Assim, e porque “ser pai não é duplicar a

função de mãe, mas sim dar uma nova dimensão à vida da criança”, a construção de relações afetivas duradouras (e saudáveis), seja com o pai seja com a mãe, só traz vantagens para o desenvolvimento de uma criança: ao terem um papel mais ativo no acompanhamento dos seus filhos, vão contribuir para a formação de expectativas relativamente a relações futuras que as crianças possam vir a desenvolver. Raíssa Cavalcante psicoterapeuta (<http://psicob.blogspot.com.br>)

Muito embora os pais não possam mais conviver juntos, devem permanecer a harmonia e o bom entendimento entre ambos como prática no acompanhamento do desenvolvimento do filho, “o reconhecimento de paternidade, mesmo quando o laço não é biológico, é válido quando reflete apenas o vínculo sócio-afetivo entre pai e filho”. (O entendimento é da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Em que pese à filiação, fruto da inconstância da esposa com o amante, tal humilhação vivida pelo pai inocente não deve ser repassada sobre a criança, que nada tem de culpa pelo fracasso do casamento dos pais.

Cria-se um laço afetivo muito forte entre o pai e o filho ilegítimo, que diante do amor paterno retribui o sentimento reforçando tal vínculo, cujo rompimento poderá gerar conflitos e traumas no campo psicológico e cognitivo da criança, bem como desenvolver distúrbios no comportamento.

Cita Edyleine Bellini - (Doutora em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano pelo Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo):

“Importante ressaltar, no entanto, os limites do direito como ciência normativa do comportamento: o amor é algo alheio ao mundo das normas. A lei não contém mandamento capaz de compelir alguém ao exercício da paternidade afetiva”.(A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil - <http://pepsic.bvsalud.org>)

A dúvida insiste: Como fica a situação desse filho depois de desenvolver uma união com o seu suposto pai e ser desmembrada de repente?

Freud, em lembrança de sua vida afirma: “Na maioria dos seres humanos, tanto hoje como tempos primitivos, a necessidade de se apoiar numa autoridade de qualquer espécie é

tão imperativa que seu mundo desmorona se essa autoridade é ameaçada”.
(<http://pepsic.bvsalud.org>)

O filho se espelha no pai e a sua presença sempre constante traz à criança a certeza da segurança não só no campo emocional, mas afetivo, moral e ético.

Com efeito, em que pese o aspecto jurídico, existe uma resistência por parte dos legisladores, quanto à permissão de uma possível indenização material pleiteada pelo pai quanto às despesas custeadas pela criação do filho ilegítimo.

A Jurisprudência não se mostra obscura:

“O Estado não pode interferir tão a fundo nas relações que envolvam sentimentos, sob pena de acabar impondo, em caráter mais punitivo do que realmente indenizatório, o que seria muito mais uma vingança do que uma reparação propriamente dita”. (Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol - Apelação Cível Nº. 70051711935).

[...] “Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico”. (REsp 1244957 / SC -ST - 3ª Turma).

A criança posiciona-se como núcleo de uma situação onde o sentimento de revanchismo se sobrepõe ao laço afetivo ora firmado pelo sentimento paterno, cuja traição se torna imperdoável, onde o desejo de uma possível reparação de danos se torna menos importante.

Por outro lado que não vise o emocional, há também a situação da paternidade contida no registro do nascimento da criança, em que havendo a comprovação por meio de exame de DNA provar não ser ele, o pai biológico, pode o marido solicitar exclusão da paternidade biológica por erro essencial.

É o entendimento do STJ:

REspecial (STJ, REsp 878954/RS). Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. - Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. - A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. - A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.

- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. - E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido "Ministra NANCY ANDRIGHI; julgado em 07/05/07".

Por meio de prova específica, atestada a verdade biológica; é direito do pai negar a paternidade, restando ao filho intentar a investigação de paternidade a fim de garantir o direito de filiação.

Outro não é o posicionamento do Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO - EXAME DE DNA POSTERIOR - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - CONCLUSÃO APURADA EM DOIS EXAMES DE DNA-ROBUSTEZ DO CADERNO PROBATÓRIO.

É admitida a ação negatória de paternidade para cancelamento do registro civil. Havendo prova pericial produzida através do exame genético que permite a certeza científica da inexistência da paternidade, cabe ao Poder Judiciário determinar o cancelamento do registro. Apelo improvido.

(TJMG, apelação cível nº. 1.0431.07.034285-9/001(1), Relator Desembargador Barros Levenhagen, DJe: 7/4/2009).

Ocorrendo erro quanto ao assentamento da certidão de nascimento da criança, posto que demonstrado por exame de DNA a negativa de paternidade, o suposto pai poderá requerer a anulação de registro civil de nascimento consubstanciada em vício do consentimento.

3.3 – REPARAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL.

O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzindo a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. (REsp. 922462 SP).

Trata-se não só de violar o dever conjugal, mas quebrar a fidelidade mútua e conseqüentemente denegrir a imagem do cônjuge, ferir a dignidade e ter sua honra subjetiva maculada.

3.4 – ESTUDO DE CASOS CONCRETOS (STJ, RS, SP, RJ, MG).

Referente às despesas pagas pelo suposto pai com alimentos, criação e educação da criança, cabe à esposa ressarcir-lo pela omissão. Porém paira a dúvida se é devido por conta do relacionamento socioafetivo construído entre pai e filho e “[...] *assumiu como seu, perante a sua família e a sociedade, filho do amante de sua esposa*”. (e-STJfl. 1.173).

Enquanto conviveram Houve afetividade entre pai e filho enquanto conviveram. O fato de o marido não ser o pai biológico não exclui dele a responsabilidade de prover alimentos para o desenvolvimento desse filho.

Sobre esse assunto, o entendimento Jurisprudencial é claro quanto aos danos materiais:

Entre o marido e a criança, foram desenvolvidos laços de afeto, configurando-se verdadeira paternidade socioafetiva, motivo pelo qual resta vedada a pleiteada repetição da verba alimentar paga durante o período em que perdurou o convívio com o então filho.

Além disso, o fato de um dos cônjuges não ter cumprido o dever de fidelidade, inerente ao casamento, não pode servir para prejudicar a criança e a relação de paternidade socioafetiva que foi gerada.

Contudo, quanto à indenização moral, o STJ entendeu que era devida a reparação por danos morais por parte da esposa, considerando que além da traição ocultou por muitos anos que o filho não era do seu marido e sim do amigo do casal. (REsp nº 922.462/SP 2007/0030162-4).

“Paternidade socioafetiva não exclui direitos inerentes à filiação biológica”. Decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Ressalte-se que a jurisprudência do STJ afirma que a filiação socioafetiva deve ser reconhecida e amparada juridicamente (REsp 1.244.957/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2012):

“Vale ressaltar, por fim, que o valor pago para suprir as necessidades do filho, ainda que erroneamente registrado, é irrepitível, considerando que se trata de verba alimentar”. (Recurso especial provido (REsp nº 1.244.957/SC, Rel. Ministra NANCYANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 27/09/2012).

A paternidade socioafetiva não afasta o vínculo biológico e os valores pagos pelo suposto pai ao filho são de caráter irrepitíveis, pois foram destinados à subsistência do menor no período de convivência. Indeferido tal pretensão de danos materiais, segundo o STJ Inexistiu pagamento indevido, não havendo repetição do indébito.

No tocante a pretensão de indenização material contra a ex-esposa pela repetição de verba alimentar paga durante o período de convívio com o suposto filho, entendeu o STJ:

[...] os reflexos da anulação do assento de nascimento da criança incidem exclusivamente sobre o dever de alimentar decorrente da filiação e não retroagem ao ponto de retirar a eficácia e a obrigatoriedade das condições até então cumpridas pelo casal.

Embora não sendo o pai verdadeiro, houve uma relação afetiva entre pai e filho e durante esse período foi devido ao pai custear despesas com educação, alimentação e desenvolvimento cujos efeitos não retroagem, tornando indevido tal ressarcimento.

Ressalta-se também uma questão relevante em que o marido traído possa pleitear contra o amante da esposa o ressarcimento dos danos materiais referentes à criação do então filho.

É o entendimento jurisprudencial relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

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. (Recurso Especial Nº 1.122.547/MG).

Segundo o entendimento do STJ, não cabe ao amante da esposa o dever de indenizar o marido traído, pois se trata de terceiro estranho à relação conjugal, não tendo, portanto, obrigação de zelar pela incolumidade do casamento alheio.

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. (REsp nº 922.462 – SP)

O “cúmplice” em relacionamento extraconjugal não tem o dever de reparar por danos morais o marido traído na hipótese em que a adúltera tenha ocultado deste o fato de que a criança nascida durante o matrimônio e criada pelo casal seria filha biológica sua e do seu “cúmplice”, e não do seu esposo, que, até a revelação do fato, pensava ser o pai biológico da criança. Isso porque, em que pese o alto grau de reprovabilidade da conduta daquele que se envolve com pessoa casada, o “cúmplice” da esposa infiel não é solidariamente responsável quanto à eventual indenização ao marido traído, pois esse fato não constitui ilícito civil ou penal, diante da falta de contrato ou lei obrigando terceiro estranho à relação conjugal a zelar pela incolumidade do casamento alheio ou a revelar a quem quer que seja a existência de relação extraconjugal firmada com sua amante. REsp 922.462-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4/4/2013.

Pelo entendimento jurisprudencial a sociedade conjugal é entre o casal, não cabendo um terceiro solidário no que diz respeito a uma possível indenização ao marido traído, pelo fato de não estar embasado na lei tal dispositivo. Não constitui, portanto, fato ilícito, não podendo atribuir ao amante da esposa a responsabilidade de indenizar o marido traído, sendo, pois, verba indevida.

Quanto à indenização material pretendida pelo marido traído à ex-esposa evidenciou-se, pelo entendimento do STJ, a paternidade socioafetiva e as despesas pagas pelo marido foram destinadas à criação do menor. Portanto, considerada indevida tal indenização.

O STJ julgou favorável ao pedido de indenização por danos morais à ex-esposa pelo motivo do descumprimento do dever de fidelidade cujo adultério induziu a erro a paternidade gerando transtornos psíquicos a pai e filho, considerando que além da traição ocultou por muitos anos que o filho não era do seu marido.

As pessoas são livres para decidirem o que lhes aprouver, não sendo de cunho obrigatório a convivência entre marido e mulher. Desobrigados de avançarem num relacionamento insustentável, podem optar pela separação, ato muito mais digno do que manter simplesmente aparências e por fim relacionarem-se extra conjugalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão do curso teve como principal objetivo enfatizar uma possível indenização por danos morais e materiais ao marido traído cuja esposa não contou que o filho não era dele.

Sendo o casal os formadores da família, entre ambos são divididas as tarefas antes designadas somente à esposa.

O dever de fidelidade recíproca no matrimônio vem aliado à lealdade, ao companheirismo, a boa fé.

Quando violado tal dever conjugal quebra-se a confiança e conseqüentemente, o acordo nupcial, fazendo surgir a decepção vinda de quem não se esperava, pois havia um pacto entre o casal e sendo rompido é passível de indenização moral.

Por um lado, em meio às paixões, o cônjuge encontra fora do matrimônio uma forma de amenizar a situação de infelicidade vivida num relacionamento fracassado. Do outro lado, existe o cônjuge inocente, traído, cuja descoberta gera dores, traumas e transtornos psíquicos, pois a traição traz sofrimentos imensuráveis.

Tal situação deve ser solucionada consensualmente de modo a não chegar a esse ponto onde filhos havidos de relações extramatrimoniais, inocentes se posicionam no meio de uma batalha travada pelos cônjuges.

Constrangimento, humilhação, frustração e traumas não se podem auferir. A reparação do dano causado é a principal finalidade do ofendido como compensação. Buscando também amenizar ou diminuir a sua dor, sancionar o ofensor lesando seu patrimônio para que desestimule e não mais pratique tal conduta.

Os legisladores ao se depararem com esse assunto analisam minuciosamente com observância aos limites do Ordenamento Jurídico como forma também de preservar a reputação e autoestima das partes.

REFERÊNCIAS

Carlos Roberto Gonçalves, Direito de Família, 2014, Saraiva, 11ª Ed.

Maria Helena Diniz – Direito de Família, 2010, Ed. Saraiva, 25ª Ed.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Direito de Família, 2012, Saraiva, 2ª ed.

Sílvio de Salvo Venosa – Direito de Família, 2010, Ed. Atlas, 10ª Ed., vol. 6.

Sílvio Rodrigues – Direito de Família, 2001, Editora Saraiva, 26ª Ed., vol. 6