



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ALICE VARGAS MARCOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER QUE INDUZ O MARIDO EM ERRO NO
RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE FILHO ADVINDO DE
RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL**

Tubarão

2012

ALICE VARGAS MARCOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER QUE INDUZ O MARIDO EM ERRO NO
RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE FILHO ADVINDO DE
RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Erivelton de Mendonça Fileti, Esp.

Tubarão

2012

ALICE VARGAS MARCOS

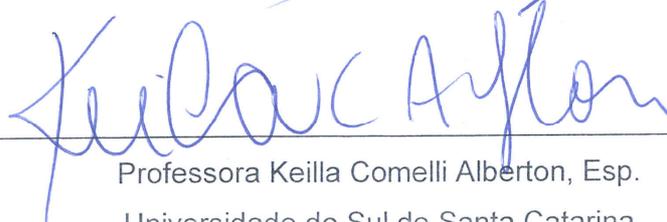
RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER QUE INDUZ O MARIDO EM ERRO NO
RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE FILHO ADVINDO DE
RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

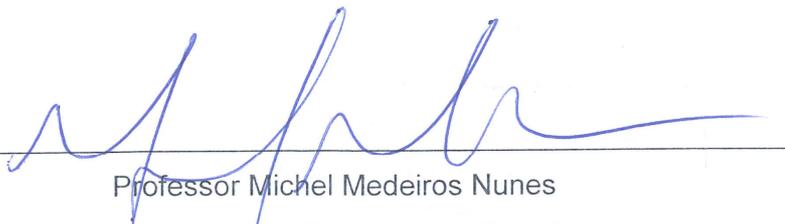
Tubarão, 28 de novembro de 2012.



Professor e orientador Erivelton de Mendonça Fileti, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Professora Keilla Comelli Alberton, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Professor Michel Medeiros Nunes
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho aos meus pais Aderbal Vitorino Marcos e Rosa Vargas Marcos, e aos meus irmãos Diogo, Durval e Aline Vargas Marcos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, pelo exemplo de ser humano e a ausência tão presente de seu carinho me deu segurança para seguir em frente, a minha eterna admiração.

A minha mãe, pela condução familiar pautada na perseverança e pela omissão transformada em declaração de amor nas atitudes cotidianas.

Aos meus irmãos, Diogo, Durval e Aline, cada qual com suas qualidades tão diferentes e tão especiais que me completam e me tornam um ser humano melhor para o mundo.

Ao meu namorado, Henrique, por acreditar em mim, nas nossas diferenças e na nossa felicidade.

Aos meus amigos, quase irmãos, do Gabinete da 3^a Vara Cível da Comarca de Tubarão/SC, por serem incentivo diário do meu crescimento profissional e pessoal, especialmente ao Juliano, por ser um homem admiravelmente prestativo e humilde e, à Claudinéia, incrivelmente inteligente, tornou-se, além de chefe, amiga, sem perder a autoridade e o carisma.

Ao meu orientador Erivelton de Mendonça Fileti, que mesmo diante dos compromissos e sobrecarga de seu trabalho, compartilhou, constantemente, seu valioso conhecimento para conclusão deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade da responsabilidade civil por danos morais causados ao marido que registrou filho advindo de relacionamento extraconjugal em virtude da indução em erro provocada por sua esposa e as consequências jurídicas e psicológicas que essa conduta danosa pode causar à vida da vítima. O método utilizado foi o dedutivo, uma vez que se partiu da análise doutrinária e jurisprudencial acerca do tema abordado no presente para alcançar o resultado almejado. Ao final do estudo constatou-se que a reparação dos danos morais quando causados por violação dos deveres conjugais não pode ilidir a responsabilidade do cônjuge causador, especialmente, em decorrência de o marido registrar civilmente um filho que não era seu. Nesse contexto, a responsabilidade civil da mulher é subjetiva, uma vez que o dever de indenizar dependerá da comprovação de culpa. Assim, a mulher que, no convívio conjugal, violar o dever de fidelidade e, conseqüentemente, induzir o marido a registrar filho advindo de relacionamento alheio poderá responder a ação indenizatória por danos morais, a fim de inibir e reprimir as condutas danosas decorrentes desse ato e, ainda, o pai tem a faculdade de ajuizar ação de anulação de ato jurídico.

Palavras-Chave: Casamento. Deveres dos Cônjuges. Registro Civil. Dolo. Responsabilidade Civil. Dano Moral.

ABSTRACT

This project aims to analyze the possibility of civil liability for the damages caused to a husband who has registered as his own, misled by his wife, a child from her extramarital relationship and the psychological and legal consequences that such misconduct may cause in the victim's life . The deductive method was used since it was necessary to start with an analysis of the available doctrine and jurisprudence regarding the subject of the present research to finally achieve the desired result. At the end of the study it was found that the compensation for the personal injury caused by the violation of marital duties cannot rebut the responsibility of the spouse who has given cause to the mistake, especially when a husband registers a child as his own when that was not the case. In this context, the liability of the misleading wife is subjective, since the duty of compensation depends on proof of her guilt. Therefore, the woman that, in a marital interaction, violates the duty of loyalty and thereby induces her husband to register her extramarital child can be sued to respond to personal injury proceedings, aiming to inhibit and suppress the harmful behaviors resulting from this act. Furthermore, the father has the right to act towards the annulment of the register.

Keywords: Marriage. Duties of spouses. Civil Registration. Intention. Liability. Personal injury.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 DELIMITAÇÃO E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	10
1.2 JUSTIFICATIVA	11
1.3 OBJETIVOS	12
1.3.1 Geral	12
1.3.2 Específicos	12
1.4 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO.....	12
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS ...	13
2 DIREITO DE FAMÍLIA	15
2.1 FAMÍLIA.....	15
2.1.1 Conceito	15
2.2 CASAMENTO.....	16
2.2.1 Conceito	16
2.2.2 Finalidades	18
2.2.3 Deveres inerentes ao casamento	19
2.2.3.1 Vida em comum.....	20
2.2.3.2 Mútua assistência	22
2.2.3.3 Sustento, guarda e educação dos filhos.....	24
2.2.3.4 Respeito e consideração mútuos.....	25
2.2.3.5 Fidelidade recíproca	26
2.2.4 Extinção do casamento	28
2.3 FILIAÇÃO	30
2.3.1 Formas de reconhecimento de filhos	31
2.3.1.1 Escritura pública ou escrito particular.....	33
2.3.1.2 Testamento.....	34
2.3.1.3 Ação de investigação de paternidade.....	35
2.3.1.4 Registro civil	37
2.3.2 Efeitos jurídicos do reconhecimento de filiação	40
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	42
3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	42
3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	43
3.2.1 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva	43

3.2.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual	46
3.3 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	48
3.3.1 Ato ilícito	48
3.3.2 Nexo causal	49
3.3.3 Dano	51
3.3.3.1 Dano material	52
3.3.3.2 Dano moral	54
3.3.3.2.1 <i>Reparação civil proveniente do dano moral</i>	55
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER QUE INDUZ O MARIDO EM ERRO NO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE FILHO ADVINDO DE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL	57
4.1 PRINCÍPIOS ATINENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA E A INTERPRETAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS	57
4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	57
4.1.2 Princípio da monogamia	59
4.1.3 Princípio da boa-fé	60
4.1.4 Princípio da autonomia de vontade	61
4.1.5 Princípio da supremacia da ordem pública	62
4.2 VÍCIOS DE CONSENTIMENTO	63
4.2.1 Espécies de vício de consentimento	65
4.2.1.1 Erro.....	65
4.2.1.2 Coação	66
4.2.1.3 Estado de perigo	67
4.2.1.4. Lesão.....	68
4.2.1.5 Dolo	69
4.2.2 Efeitos do vício de consentimento	71
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER QUE INDUZ O MARIDO EM ERRO NO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE FILHO ADVINDO DE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL	72
5 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	83
ANEXO	86
ANEXO A – Acórdão pesquisado no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina	87

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste trabalho, o qual é requisito para conclusão do Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, consiste na possibilidade da responsabilidade civil decorrente dos danos morais causados ao marido induzido em erro pela esposa ao registrar filho advindo de relacionamento extraconjugal, considerando as consequências, bem como a importância da reparação integral dos danos ocasionados ao suposto pai.

Trata-se de tema atual e importante objeto de estudo, pois com a evolução da sociedade, as condutas entre os consortes foram expostas significativamente, exercendo influência, inclusive, no ordenamento jurídico.

Com fulcro nessas afirmações o presente trabalho buscará demonstrar razões para admissibilidade de reparação dos danos morais causados pela mulher que não age em consonância com os deveres inerentes do casamento em relação ao marido, omitindo a verdadeira paternidade biológica do filho nascido na constância do casamento.

1.1 DELIMITAÇÃO E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A responsabilidade civil é um tema em constante discussão no ordenamento jurídico brasileiro e, notadamente, quanto à possibilidade ou impossibilidade de fixação de indenização no caso de induzimento em erro da companheira para o registro de paternidade de um filho fruto de relação extraconjugal, a celeuma exige uma análise pormenorizada.

Isso posto, importante ressaltar que, salvo entendimentos contrários, os pressupostos da responsabilidade civil são: conduta do agente, nexo de causalidade e dano. Ainda, necessário evidenciar a modalidade do dano, qual seja, o moral, eis que afeta o direito fundamental como à honra, à integridade psicológica, à intimidade e à verdade na relação existente entre os consortes.

Assim, a prole sobrevivida de uma relação extraconjugal, mediante conduta desonrosa da esposa pela violação dos direitos inerentes ao casamento, omitindo a verdadeira paternidade biológica, poderá ter reflexos no instituto social e jurídico.

E, juridicamente, com base em entendimentos jurisprudenciais, vem se almejando alcançar o amparo merecido ao lesado pelo ato ilícito acima transcrito.

Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário a avaliação da pretensão da reparação civil do cônjuge lesado moralmente que, por acreditar ser seu o filho legítimo, promove o devido registro civil.

Diante disso, ao longo da pesquisa científica buscar-se-á solucionar o seguinte questionamento: Há a possibilidade de responsabilização civil da consorte que, mediante induzimento em erro, omite a real paternidade biológica da prole advinda de relação extraconjugal, e leve ao reconhecimento de paternidade com o registro do infante como filho do casal?

1.2 JUSTIFICATIVA

Revela-se de grande importância a análise das nuances que envolve a possibilidade ou a impossibilidade de responsabilização civil da genitora que induz em erro o seu parceiro no registro de paternidade de prole alheia.

Primeiramente, é um tema atual, discutido jurisprudencialmente, e que se baseia no instituto da responsabilidade civil, um dos principais temas nas discussões do âmbito jurídico.

Nesse caminhar, cabível ressaltar a necessária análise dos deveres inerentes ao casamento, tais como fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, os quais deverão ser observados detalhadamente para a eventual caracterização da responsabilidade civil no caso específico desse trabalho científico, ao fazer com que sejam aplicados e contextualizados com a evolução da sociedade.

E, aliás, no aspecto social, é de se pontuar a possibilidade de configuração de violação da honra do consorte, atingindo os seus direitos personalíssimos, os quais possuem amparo constitucional, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, com a caracterização do induzimento em erro para o registro de prole alheia, poderá haver a perda do referencial familiar e, conseqüentemente, a exclusão da paternidade e de seu nome do registro de filiação, sendo adequada, portanto, a anulação do registro civil fundamentada na presença do vício de

consentimento dolo, bem como a reparação civil como alternativa para compensação ao lesado pelo dano sofrido.

Assim, é imprescindível estudar o problema proposto pormenorizadamente para averiguar, analisar e abordar a possibilidade de discussão em juízo da reparação do dano sofrido em consequência da prole advinda da relação extraconjugal de sua companheira.

Por fim, pelos fundamentos expostos, a pesquisa é de notável relevância por se tratar de um tema da sociedade atual, cujos danos, caso caracterizados, têm proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Geral

Analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente a mulher que induz o marido em erro no reconhecimento de paternidade de filho advindo de relacionamento extraconjugal.

1.3.2 Específicos

Analisar a definição e os requisitos da responsabilidade civil.

Verificar a conceituação e os pressupostos necessários para a caracterização de dano moral indenizável.

Examinar a omissão voluntária no contexto da responsabilidade civil.

Conceituar, caracterizar e apresentar as espécies de vícios de consentimento na ocorrência de ato jurídico no ordenamento jurídico brasileiro.

Evidenciar os deveres conjugais inerentes ao casamento.

Identificar os efeitos do reconhecimento de paternidade.

1.4 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Compreende-se por método o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que permite, com maior segurança e economia, alcançar o objetivo (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 83).

A pesquisa será elaborada baseada no método de abordagem dedutivo, haja vista que “parte de uma proposição universal ou geral para atingir uma conclusão específica ou particular.” (LEONEL; MOTTA, 2007).

O presente trabalho conterà argumentos gerais, os quais estão contidos no primeiro e no segundo capítulo, respectivamente, “Direito de Família” e “Responsabilidade Civil”, enquanto o argumento particular está no terceiro capítulo “Responsabilidade civil da mãe que induz o marido em erro no reconhecimento de paternidade de filho advindo de relacionamento extraconjugal.”

Quanto ao nível de pesquisa, adotar-se-á a pesquisa exploratória, por ser a que compreende melhor o objetivo do presente trabalho, eis que tem por objetivo principal o aperfeiçoamento de ideias ou a descoberta de intuições (GIL, 2002, p. 41), e proporciona maior familiaridade com o objeto de estudo, pois este visa conhecer a possibilidade de indenização por danos morais a quem registrou por induzimento em erro filho de prole alheia.

Haja vista o caráter exploratório, a abordagem será predominantemente qualitativa. Esse tipo de pesquisa corresponde a “crenças, valores e atitudes, o qual corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis”, segundo Minato (apud LEONEL; MOTTA, 2007, p. 110).

Em relação ao procedimento, será utilizada a pesquisa bibliográfica, visto que permite ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente (GIL, 2002, p. 45).

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento do trabalho monográfico foi estruturado em três capítulos.

Inicialmente, o trabalho tratará do direito de família, e abordará uma noção sobre casamento e filiação no âmbito familiar, apresentando alguns conceitos para seu essencial entendimento. Prosseguirá discorrendo sobre os deveres inerentes do casamento, as formas de reconhecimento de filiação e seus efeitos jurídicos e abordando de forma específica o dever de fidelidade recíproca entre os consortes, bem como o registro civil como reconhecimento de filiação que mais interessam no presente estudo.

Já no segundo capítulo, o estudo será voltado a responsabilidade civil, explicará, em síntese, seu conceito, suas espécies e seus requisitos para melhor entendimento do tema abordado.

Por fim, será no terceiro capítulo que será abordado os princípios contextualizadores desse trabalho monográfico, bem como os vícios de consentimento do ato jurídico, especialmente o dolo presente na realização do registro civil de um recém-nascido. Ainda tratar-se-á de demonstrar os efeitos jurídicos decorrentes do dolo ocasionados ao pai e as consequências da omissão voluntária que resulta em ato ilícito e o que essa prática pode causar à vida da vítima, demonstrando, por fim, a possibilidade de responsabilizar civilmente a mãe que induziu em erro o pai ao registrar filho alheio.

2 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 FAMÍLIA

A família representa importante instrumento na referência social de um ser humano, eis que possui o escopo de desenvolver a personalidade dos seus membros ao conferir-lhes harmonia, afeto e segurança tanto material quanto moral diante da evolução de cada indivíduo perante a sociedade.

2.1.1 Conceito

Inicialmente, segundo o entendimento doutrinário acerca do assunto, faz-se necessário esclarecer que o conceito de família envolve algumas acepções.

À luz do artigo 226, da Constituição Federal, a família é base da sociedade, a qual tem especial proteção do Estado e pode ser formada pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, pela união estável entre homem e mulher, bem como pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, *in verbis*:

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

[...]

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.(BRASIL, 2011c).

Nesse sentido, pode afirmar, também, que a família baseia-se na identidade de interesses jurídicos, materiais e morais, constituída pelos pais e filhos, nestes incluídos os ilegítimos ou naturais, bem como os adotados.

Desta feita, Rizzardo (2005, p. 11) deduz que família

No sentido atual, a família tem um significado estrito, constituindo-se pelos pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, com idêntico nome e o mesmo domicílio e residência, preponderando identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados.

Logo, fica evidente que a instituição familiar é considerada um núcleo de laços sanguíneos, os quais são formados mediante pessoas unidas por relação conjugal ou parentesco e é a família o principal suporte emocional e afetivo dos membros que constituem a entidade familiar.

Com efeito, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), no seu artigo 5º, inciso III, define família como sendo “relação íntima de afeto”. (BRASIL, 2006).

Traçados esses parâmetros, pode-se concluir que família é constituída tanto pelos laços consanguíneos, quanto pelos laços afetivos e sofre modificações inerentes às necessidades impostas pela evolução do próprio ser humano e da sociedade.

2.2 CASAMENTO

2.2.1 Conceito

O casamento advém do desejo de formar uma família. Esse celebra a união de duas pessoas que escolheram dividir suas vidas através da chancela estatal.

A respeito das interpretações da palavra casamento, Wald (2004, p. 54) as diferencia, sucintamente, afirmando que “o casamento é o vínculo jurídico estabelecido entre os nubentes e é também o ato jurídico criador desse vínculo.”

Importante, ainda, é a diferenciação acerca da definição do assunto proposta por Dias (2010, p. 148, grifo do autor):

Casamento tanto significa o **ato de celebração** do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: **a relação matrimonial**. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de **comunhão de vidas**, ou **comunhão de afetos**. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do **estado de casados**. A plena **comunhão de vida** é o efeito por excelência do casamento.

Para o doutrinador Pereira (apud WALD, 2004, p. 55), “O casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.”

Por outro lado, não obstante a previsão constitucional acerca do reconhecimento da união estável somente entre homem e mulher, se faz necessário

destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu juridicamente a união estável homoafetiva, o qual equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. (BRASIL, 2012).

Nesse caminhar, oportuno consignar que casamento é uma relação ética e sempre foi reconhecido “como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada.” (MONTEIRO apud DIAS, 2010, p.147).

O casamento é conhecido, também, como um contrato pactuado voluntariamente entre os nubentes, os quais estabelecem uma sociedade conjugal reguladas por normas públicas.

Assim, colhe-se das palavras de Rizzardo (2005, p.17) que:

[...] o casamento vem a ser um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida. Na celebração do ato, prometem elas mútua fidelidade, assistência recíproca, e a criação e educação dos filhos.

Na mesma linha de raciocínio, Gonçalves (2009, p. 24) aduz que “o casamento é contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”.

Dessa forma, vale salientar que há entendimentos doutrinários que afirmam que os deveres jurídicos inerentes ao casamento não se limitam aos efeitos econômicos para os consortes, constata-se, assim, a inexistência de natureza contratual ante a ausência do conteúdo patrimonial no casamento.

Aliás, esse foi o posicionamento acerca do casamento, sob a ótica contratual, para Wald (2004, p. 56):

[...] são contratos os atos jurídicos bilaterais ou plurilaterais que só criam obrigações (deveres jurídicos de natureza patrimonial). Quando um ato jurídico cria deveres sem conteúdo patrimonial não é mais contrato. Ora, vimos que o casamento não se limita a ter efeitos econômicos, criando deveres jurídicos sem conteúdo patrimonial para o casal. Assim sendo, conceituamos o casamento como um ato jurídico complexo e solene que não tem natureza contratual.

Em contrapartida, a Igreja Católica não concorda com a conceituação exclusivamente contratual do casamento, pelo fato de os contratos submeterem-se a possibilidade de rescisão bilateral, bem como propiciarem a aceitação do divórcio (KLEIN, 2001, p. 47-48).

Por fim, diante das explicações supra, conclui-se que casamento, como ato jurídico e solene, disciplina relações entre dois indivíduos, a qual constitui uma comunhão de vida cuja essência é o fundamento nos deveres inerentes do casamento.

2.2.2 Finalidades

O casamento tem por finalidade a constituição de uma nova família, assim como a procriação e a educação dos filhos e a prestação do auxílio mútuo. Ainda, não menos importante, é a formalização das relações sexuais existentes entre o casal.

Desta feita, extrai-se da lição de Gomes (apud RIZZARDO, 2005, p. 26) considerações acerca da relação sexual e a constituição de família como finalidade do instituto do casamento:

O fim principal do casamento é dignificar as relações sexuais, estabilizando-as numa sociedade única e indissolúvel, ostensivamente aprova e independentemente dos fins da geração para torná-lo compatível com a eminente dignidade da pessoa humana. Juridicamente, o fim essencial do casamento é a constituição de uma família legítima.

Considera-se a negativa ao relacionamento sexual como a violação do dever de coabitação, o qual atinge a personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento.

Ao cuidar das relações sexuais, Pereira (2004, p. 536) aduziu que:

A satisfação do instinto sexual é uma necessidade fisiológica e como no casamento e união estável as relações são monogâmicas, impõe-se entre os consortes a fidelidade e lealdade, razão porque a recusa reiterada e injuriosa à manutenção do relacionamento sexual acarreta descumprimento do dever de respeito à integridade psicofísica e à auto-estima [...]

Desse modo, a recusa da satisfação do débito sexual configura além do descumprimento dos deveres de vida em comum, a transgressão do dever de respeito à integridade psicofísica e à auto-estima do consorte que se regula pelos deveres da fidelidade recíproca, de vida comum sob o mesmo teto e de respeito e consideração mútuos.

Ainda, acerca das finalidades do casamento nos aspectos social e individual, Wald (2004, p. 53) afirma que “enquanto é fim social a educação dos filhos, constituem finalidades individuais do casamento o convívio sexual e o auxílio mútuo e recíproco.”

Acerca da relação sexual, cumpre consignar que esta é uma das finalidades ensejadoras do casamento, consoante a lei da natureza. Todavia, sublima-se a atração mútua quando cercada de afeição e, então, convertida em amor, o que faz os cônjuges conduzirem a vida, a fim de satisfazerem os interesses comuns e compartilhar as dificuldades e alegrias cotidianas.

Como se vê, a formação de uma família será constituída pela relação entre os pais e os filhos derivados do casamento. Contudo, ainda é de se pontuar que não é a finalidade essencial a procriação, isto porque, muitos casais decidem não ter filhos, o que não descaracteriza o instituto do casamento.

Especialmente sobre a finalidade do casamento, encontra-se previsão no artigo 1.511 do Código Civil: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. (BRASIL, 2011a).

Por fim, com fulcro nessas considerações, entende-se que o casamento tem por finalidade a comunhão plena de vida de dois indivíduos baseada no afeto, com o intuito de constituir uma família, com ou sem abrangência de filhos.

2.2.3 Deveres inerentes ao casamento

O ingresso do instituto do casamento fundamenta-se no amor entre os cônjuges e, civilmente, nos deveres que ambos os consortes devem observar, estabelecidos pelo artigo 1.566 do Código Civil, *in verbis*:

São deveres de ambos os cônjuges:
I – fidelidade recíproca;
II – vida em comum no domicílio conjugal;
III – mútua assistência;
IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
V – respeito e consideração mútuos.(BRASIL, 2011a).

Tratam-se de deveres recíprocos, de obrigações mútuas e não há diferenciação em razão de sexo no cumprimento desses deveres, observado o

princípio da igualdade. Estes visam proteger a dignidade da pessoa em sua relação de casamento, contribuindo para a harmonia do vínculo familiar.

Embora haja entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, a violação desses deveres pode caracterizar o dever de indenizar, ocasionado por um abalo psíquico ao consorte atingido.

Dessa forma, explanar-se-á, a seguir, sucintamente, sobre os referidos deveres.

2.2.3.1 Vida em comum

Embora, atualmente se aceite que os cônjuges residam em casas separadas, a coabitação consiste no dever de convivência do casal, o qual tem de viver sob o mesmo teto, denotando uma comunhão de vidas, para que juntos constituam uma família, mantenham e atendam os demais deveres inerentes do casamento.

Nas palavras de Venosa (2012, p. 147, grifo do autor), “a *vida comum no domicílio conjugal* é decorrência da união do corpo e do espírito.”

Ademais, o marido e a mulher são igualmente responsáveis pelos encargos inerentes do casamento, como entidade familiar, conforme ampara o artigo 226, §5º, da Constituição Federal e corrobora, ainda, o artigo 1.565 do Código Civil, *in verbis*:

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

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 2011c).

E:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (BRASIL, 2011a).

Revela-se imprescindível destacar que há dois requisitos inerentes a esse dever: residir no mesmo domicílio e manter reciprocidade afetiva, inclusive a espontaneidade na satisfação das relações sexuais.

Nesse sentido, Venosa (2012, p. 148) afirma que “[...] o abandono do lar conjugal e a recusa do débito carnal são omissões do mesmo dever de coabitação.”

Sobre o conceito de coabitação, esclarece Pereira (apud MADALENO, 2011, p. 259):

[...] ‘coabitação’ requer comunidade de existência do casal, não sendo satisfatório apenas a convivência sob o mesmo teto, sem nenhuma intimidade do casal, ocupando cada esposo um quarto próprio e afetivamente isolados um do outro pela absoluta ausência de diálogo e interação.

O descumprimento desse dever faculta ao outro cônjuge a separação judicial, em caso de afastamento voluntário e injustificado do lar, além da repercussão na obrigação alimentícia e no nome do outro cônjuge.

Assim, dispõem os artigos 1.572 e 1.578 do Código Civil:

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

[...]

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente [...]. (BRASIL, 2011a).

No entanto, a obrigação ao débito conjugal não é absoluta, havendo exceção em razão da idade ou saúde do cônjuge. Neste aspecto, também não são admitidas “taras ou abusos sexuais” (GONÇALVES, 2009, p. 176).

Noutro viés, não pode o cônjuge obrigar o outro ao cumprimento do dever de coabitação, sob pena da privação do preceito constitucional da liberdade individual.

Nesse aspecto, Wald (2004, p. 87) aduz que:

[...] a vida em comum ou a coabitação é a residência no mesmo local, escolhido de comum acordo e no interesse do casal. Não há coação direta para obrigar o cônjuge a viver no lar comum, não existindo em nosso direito medida parecida com a busca e apreensão, a fim de obrigar a sua permanência no lar conjugal.

Isso ponderado, constata-se que é essencial a mútua convivência conjugal para que haja a formação do matrimônio.

Entretanto, embora o convívio dos cônjuges seja regra geral, em casos excepcionais, a legislação, especificamente no seu artigo 1.569, do Código Civil, admite a inexistência desse dever sem que haja punição ao transgressor. Transcreve-se:

Art. 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes. (BRASIL, 2011a).

Portanto, após as considerações expostas, vê-se que não há casamento sem a existência da vida em comum. É preciso conviver em um mesmo lar, além de cada um contribuir para a manutenção do domicílio, inclusive nos afazeres domésticos, bem como na reciprocidade afetiva, assim como na satisfação das relações sexuais.

2.2.3.2 Mútua assistência

Inicialmente, cumpre destacar o entendimento doutrinário de Dias (2010, p. 264), sobretudo os dizeres normalmente utilizados em ritual religioso que remetem ao dever de mútua assistência:

A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia religiosa do casamento nada mais significa do que o compromisso de atender ao dever de mútua assistência.

Extrai-se da doutrina que esse dever possui aspecto duplo, uma vez que os cônjuges devem dar o amparo moral e econômico um para o outro.

A respeito do assunto, sintetiza Chaves (apud MADALENO, 2011, p. 266):

[...]identifica na mútua assistência duas ordens de deveres: 'a) o de cuidar do cônjuge enfermo, confortá-lo na adversidade, compartilhar as dores e alegrias; b) o de prestar-lhe auxílio econômico quando as circunstâncias o exigiam.'

Nesta linha, Venosa (2012, p. 149) confirma que a mútua assistência “é derivada da união material e espiritual.”

Na mesma orientação, Monteiro (2004, p.22) fragmenta-o em dois sentidos:

No aspecto material, tem o significado de auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges. No aspecto imaterial consubstancia-se na proteção aos direitos da personalidade do consorte, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade. E é nesse aspecto, de ordem imaterial, que merece maior destaque a mútua assistência, por exemplo, configurada na proteção ao cônjuge doente ou idoso, no consolo por ocasião do falecimento de um ente querido, na defesa em suas adversidades com terceiros.

Caracteriza a assistência moral, o companheirismo, o afeto, cuidado nas moléstias, especialmente, o que colabora para o desenvolvimento pessoal e emocional de ambos os consortes. Em contrapartida, a área financeira consiste em solucionar os conflitos econômicos da família.

Venosa (2012, p. 149) acrescenta que “consubstancia-se na mútua assistência a comunidade de vidas nas alegrias e nas adversidades. No campo material, esse dever traduz-se na obrigação de um cônjuge prestar alimentos ao outro [...]”

E, Rizzardo (2005, p. 173), também, contribui, afirmando que a mútua assistência:

Corresponde ao conjunto de atitudes, gestos, atenção, desvelo, esforços, colaboração e trabalhos, que fazem da vida em comum uma verdadeira comunidade, e que dois seres vivem e batalham em conjunto, não em benefício da vida individual de cada um, mas em prol de ambos. Compreende o amor, o auxílio, o amparo mútuo – tudo dirigido para o bom entendimento, para a educação dos filhos e a felicidade comum da família.

Assim, mesmo com o fim do casamento, ainda, subsiste a obrigação da manutenção familiar, a fim de que o dever de mútua assistência persista após o da união, em decorrência da finalidade de verba alimentar.

Diante do exposto, verifica-se que o referido dever pressupõe auxílio mútuo entre marido e mulher, consubstanciados na comunhão de esforços sintonizados com atitudes e sentimentos, o que reflete no desenvolvimento espiritual e material do relacionamento conjugal.

2.2.3.3 Sustento, guarda e educação dos filhos

É de livre deliberação do casal o planejamento familiar, daí decorre a consciência da paternidade e maternidade responsáveis.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º, faz alusão ao planejamento familiar.

Art. 226

[...]

§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 2011c).

Em virtude do casamento, surgem deveres fundamentais de prestar aos filhos, enquanto menores de dezoito anos, alimento, educação, saúde, lazer por responsabilidade dos genitores.

Neste aspecto, este dever, além de estar assegurado no Código Civil, está garantido, também, pela Constituição Federal em seu artigo 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 2011c).

Em outras palavras, explica Rizzardo (2005, p. 175) que esse dever:

Cumpre-se a função com o oferecimento de meios materiais necessários à criação e formação: alimentação, teto, recreação, saúde e instrução escolar, moral e educacional. Importam, sobretudo, a assistência pessoal, a convivência e o acompanhamento, de acordo com a idade e a evolução de personalidade, o que envolve uma acentuada atenção às inclinações pessoais e aspirações dos filhos.

Importante destacar, que a Lei nº 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente – impõe igualmente aos pais o dever de sustento, guarda e educação da prole. A omissão desse dever terá reflexos de caráter civil, como imposição de prestação alimentícia e, de caráter penal, tipificados os crimes previstos nos artigos 244 e 246, do Código Penal, quais sejam, crime de abandono material e intelectual que resulta na perda do poder familiar.

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

[...]

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa. (BRASIL, 2011b).

Esse dever visa à estruturação do desenvolvimento da personalidade dos filhos do casal, atribuindo-lhes segurança e bem-estar no ambiente em que convivem, haja vista que é no âmbito familiar que o indivíduo prepara-se para ingressar no convívio social.

Nesse caminhar, Rizzardo (2005, p. 175) assevera acerca do dever dos pais em relação aos filhos:

É a formação uma tarefa das mais difíceis e complexas, pois visa a estruturação da personalidade dos filhos, de modo a se tornarem conscientes, autônomos e independentes, o que exige um constate dialogo e um tratamento adequado à idade e ao estado de desenvolvimento dos mesmos. Conforme o ambiente familiar e o preparo dos pais, modela-se o futuro cidadão que poderá crescer para o bem ou para o mal, capaz ou não de enfrentar dificuldades da vida, e útil ou prejudicial para o mundo do futuro.

Após essas considerações, percebe-se que os pais têm a obrigação de dar acompanhamento conjunto na boa formação de seus filhos, bem como no sustento da família, na proporção dos seus bens e rendimentos.

2.2.3.4 Respeito e consideração mútuos

Esse dever fundamenta-se no respeito do casal, um para com outro e visa ao bom convívio familiar consubstanciado no respeito, liberdade e privacidade de cada um.

Esclarece Rizzardo (2005, p.176) acerca do respeito:

O respeito vai desde o cordial tratamento, a postura digna, a educação, a maneira de se portar, as atitudes corporais, a conduta social com outras pessoas, o asseio, a expressão oral, e chega até à valorização do outro

cônjuge em função de suas qualidades, profissão, preferências, gostos, tendências, inclinações, hábitos, costumes etc. A consideração decorre do respeito, exteriorizando-se no apreço, na forma de um cônjuge se dirigir ao outro, na valorização das qualidades, nas expressões usadas quando dos relacionamentos e da convivência, na mútua colaboração nos afazeres domésticos[...]

Para Venosa (2012, p. 149), a convivência dos cônjuges não pode implicar em violação dos direitos da personalidade ou de direitos individuais.

Ainda, é de se salientar que a violação desse dever conjugal imputa injúria grave, haja vista a ofensa à dignidade, o que pode originar ação de separação judicial, a qual é imposto pela lei, precisamente nos seus artigos 1.572 e 1.573, inciso III, ambos do Código Civil, os quais dispõem que:

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

E:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

[...]

III - sevícia ou injúria grave; (BRASIL, 2011a).

Assim, pode-se afirmar que, sob a ótica familiar, o casamento somente terá desenvolvimento harmonioso enquanto os consortes mantiverem a inspiração no respeito mútuo. Logo, o desrespeito a esse dever, permite ao cônjuge ofendido o direito de ingressar com pedido de separação judicial.

2.2.3.5 Fidelidade recíproca

A fidelidade recíproca surge em decorrência de uma das características primordiais do casamento: a monogamia.

Assim salienta Venosa (2012, p. 147), o qual conceitua fidelidade recíproca como “corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade.”

Neste aspecto, pode-se afirmar que a fidelidade conjugal consiste no dever de cada consorte manter relação sexual somente com seu cônjuge, haja vista que sua inobservância resulta no adultério, o qual pode ensejar a separação judicial.

Sobre o tema, colhe-se da doutrina de Monteiro (apud MADALENO, 2011, p. 257):

[...] a infidelidade como primeira das causas justificadoras do pedido de separação judicial, pois a infidelidade destrói os vínculos imprescindíveis de estima, confiança e ternura. A infidelidade ocorre pelo adultério, representado pela relação sexual do cônjuge com terceiro[...]

A fidelidade, em sentido estrito, é uma obrigação de não fazer, haja vista que os cônjuges comprometem-se a praticar sexo exclusivamente com seu cônjuge. Portanto, pode-se afirmar que o dever de fidelidade possui conteúdo negativo, posto que requer a abstenção de uma conduta.

Em consonância com que preceitua o artigo 1.576, caput do Código Civil, a liberdade sexual do cônjuge é readquirida quando a sociedade conjugal se extingue, quando há anulação do casamento, separação judicial ou morte de um dos cônjuges.

Reza o referido dispositivo que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.” (BRASIL, 2011a).

Wald (2004, p. 87) entende por esse dever o “sentido físico e moral, ou seja, como manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge e dever de lealdade de cada membro do casal em relação ao outro.”

O adultério, analisado dentro do conceito moral da sociedade, representa grave ameaça à vida conjugal, especialmente ao cônjuge ofendido que, normalmente, desaprova o convívio com o adultério.

Com efeito, Pittman (apud MADALENO, 2011, p. 258) traça parâmetros acerca da infidelidade conjugal:

a maior ameaça a infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, a gerar suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança e na possível e temerária perda do parceiro, aumentando o sendo de desvalorização da pessoa atingida pela traição.

Ainda, destaca-se que, pelo constante repúdio da sociedade à infidelidade conjugal, o dever de fidelidade encontrava-se, também, disposto no artigo 240 do Código Penal, uma vez que a infração desse dever caracterizava crime de adultério.

Contudo, a Lei nº 11.106/2005 revogou o dispositivo supramencionado, haja vista a evolução dos conceitos e costumes referentes à moralidade sexual vigente na sociedade.

De qualquer modo, é inquestionável que esse dever visa a enfraquecer a infidelidade e, portanto, a bigamia, ainda, é considerada crime, haja vista a redação do artigo 235, do Código Penal: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento [...]”. (BRASIL, 2011b).

Assim, constata-se que são previstas, juridicamente, sanções em decorrência da violação desse dever no pedido de separação dos cônjuges, com reflexos patrimoniais e responsabilização ao agente do abalo emocional oriundo da transgressão do dever de fidelidade conjugal, experimentado pelo ofendido.

2.2.4 Extinção do casamento

O Código Civil, no seu artigo 1.571, estabelece as modalidades extintivas da sociedade conjugal.

Reza o referido dispositivo que:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio. (BRASIL, 2011a).

Tais ocorrências podem atingir a sociedade conjugal ou o vínculo matrimonial, a extinção do vínculo matrimonial libera em definitivo os cônjuges para um novo casamento civil. É o que dispõe Gonçalves (2012, p. 202):

O casamento válido, ou seja, o *vínculo matrimonial*, porém, somente é dissolvido pelo divórcio e pela morte de um dos cônjuges, tanto a real como a presumida do ausente, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva [...]

A morte de um dos cônjuges faz cessar o vínculo conjugal, o que oportuniza ao cônjuge sobrevivente a contrair novas núpcias.

Além dos casos de morte real de um dos cônjuges, o artigo 1.571, §1º do Código Civil admite, também, para fins de dissolução de vínculo conjugal a morte presumida.

Art. 1.571.

[...]

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente. (BRASIL, 2011a).

Ainda, acerca dos modos de dissolução da sociedade conjugal, faz-se necessário esclarecer que “a *nulidade* ou a *anulação* do casamento rompem o vínculo matrimonial, extinguindo a sociedade conjugal e permitindo que os cônjuges se casem novamente.” (GONÇALVES, 2012, p. 217, grifo do autor).

As hipóteses de anulabilidade do casamento estão previstas no artigo 1.550 do Código Civil, a qual deve ser requerida pelo cônjuge prejudicado, a qual é prescritível e pode ser sanada pela ratificação do ato.

Noutro viés, a nulidade não pode ser ratificada, e por ser matéria de ordem pública não prescreve.

Desta feita, Beviláquia (apud GONÇALVES, 2012, p. 149) diferencia, sucintamente, os efeitos do casamento nulo e anulável, ao esclarecer que “se o casamento é nulo, nenhum efeito produz (...), e, quando anulável, desfaz-se como se nunca tivesse existido.”

O divórcio dissolve tanto a sociedade conjugal quanto o vínculo matrimonial de um casamento válido, fato que autoriza aos ex-cônjuges a contraírem novas núpcias.

O divórcio para Gomes (2001, p. 287):

[...] é a dissolução de um casamento válido, pronunciada em vida dos cônjuges mediante decisão judicial, em virtude de um acordo de vontades, conversão de separação judicial, ou causa taxativamente enunciada em lei.

Diante da sintética exposição supramencionada, importante destacar que a Constituição Federal previa em seu artigo 226, §6º, a preexistência de separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos como requisito essencial para o pedido de divórcio.

Art. 226.

[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, 2011c).

Nessa mesma linha de raciocínio, o Código Civil de 2002 manteve os mesmos requisitos da Constituição Federal no seu artigo 1.580, *in verbis*:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, 2011c).

Contudo, em 2010 é promulgada a Emenda Constitucional nº 66, que alterou o dispositivo legal constante no §6º do artigo 226 da Constituição Federal, extinguindo os requisitos temporal e a prévia separação para a dissolução da sociedade conjugal através do divórcio, a qual passou a ter a seguinte redação: “Art. 226. [...] §6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.” (BRASIL, 2011c).

Após essas considerações, conclui-se que a separação judicial dissolve a sociedade conjugal, sem, contudo, pôr fim ao vínculo matrimonial, enquanto o divórcio compreende a definitiva cessação do vínculo conjugal, com o intuito de desfazer o liame familiar existente entre os cônjuges.

2.3 FILIAÇÃO

O conceito de filiação, em síntese, consiste no vínculo existente entre pais e filhos, biologicamente gerados ou adotados, consoante à observância dos respectivos ditames legais.

Acerca do assunto, Monteiro (apud RIZZARDO, 2005, p. 403) completa que o vocábulo filiação “exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram.”

Todavia, nessa hipótese, o estado de filho pode ser obtido através da adoção e do reconhecimento de paternidade voluntário ou judicial.

Desta feita, extrai-se da lição de Dias, considerações acerca das formas de reconhecimento da filiação:

[...] o status de filho pode ser conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída com a adoção, com o reconhecimento da paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao vínculo, entre pai, mãe e filho seja a consangüinidade. (DIAS, 2010, p. 354).

Nessa mesma linha, Rizzardo (2005, p. 404) conceitua

[...] pode-se dar o conceito de filiação, mais no sentido jurídico, como a relação de parentesco consangüíneo em primeiro grau e em linha reta, que envolve ou une uma pessoa àqueles que a geraram. Ou concebe-se como o vínculo que liga uma pessoa àqueles que a reproduziram ou geraram. Consiste no liame entre pais e filhos.

Logo, cumpre salientar que, assim como para a filiação legítima, as filiações ilegítima ou adotiva, também, são assegurados os seguintes direitos: uso do nome dos pais, o direito de receber alimentos, de ser criado, educado, receber assistência adequada para sua capacitação pessoal, assim como a contemplação na herança.

Ainda, a Constituição Federal, no seu artigo 227, § 6º, estabelece o princípio da igualdade entre os filhos e veda qualquer designação que sobreponha a igualdade entre estes, independente da natureza do relacionamento com seus pais.

Art. 227. [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2011c).

Assim, percebe-se que o estado de filiação, sob a ótica jurídica, não condiciona a distinção em relação à qualificação entre os filhos advindos ou não do casamento ou por adoção para obtenção de seus direitos de personalidade, bem como os jurídicos.

2.3.1 Formas de reconhecimento de filhos

No âmbito do Direito Civil, prevalece a presunção de paternidade dos filhos havidos no casamento, baseada na coabitação e fidelidade da mulher, para o

fim de proteger os direitos inerentes à filiação, bem como atender a estabilidade dos direitos e deveres sociais.

É o princípio do *pater is est quem nuptias demonstrant* que, traduzido na expressão “pai é aquele que as núpcias demonstram”, se configura em “desde que a concepção ocorra durante o casamento, são os filhos tratados como nascidos no casamento”, consagrado, também, no artigo 1.597 do Código Civil. (RIZZARDO, 2005, p. 410).

Em outras palavras, Madaleno (2011, p. 554) discorre acerca do privilégio da presunção de paternidade: “fez o legislador ao presumir como fruto da relação matrimonial o filho nascido na constância do casamento, sendo pai da criança o esposo da mulher que deu à luz.”

Com efeito, sabe-se que, em consonância com a evolução da sociedade, a tecnologia viabiliza com exatidão a identificação biológica de paternidade através indicadores genéticos, o que não elide a norma jurídica de imputar a paternidade presumida a um indivíduo.

No entanto, conclui-se que o reconhecimento de filho atribuí, no mundo jurídico, o estado legal de filiação, o qual possibilita ao reconhecido exercer todos os direitos e deveres atribuídos aos descendentes.

E, quando se estiver diante de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, imperioso examinar as classificações de reconhecimento voluntário e judicial.

Em relação ao reconhecimento voluntário, consagra-se a espontaneidade da declaração acerca do vínculo que une o pai ao filho, independentemente da prova da origem da paternidade.

Desta forma, oportuno consignar que o reconhecimento voluntário de filiação abrange quatro modalidades previstas no artigo 1.609, do Código Civil, para sua realização:

Art. 1.609. [...]

- I - no registro civil do nascimento;
- II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III – por testamento, ainda que incidentemente manifestado;
- IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. (BRASIL, 2011a).

Por sua vez, Dias (2010, p. 373, grifo do autor) afirma que o reconhecimento voluntário “é um ato **espontâneo, solene, público e incondicional.**”

Contudo, o reconhecimento judicial, também conhecido como coativo ou forçado, advém da sentença proferida em ação de investigação de paternidade ajuizada pelo filho.

Desta feita, é de se pontuar que, tanto a declaração voluntária como a judicial, são irrevogáveis.

Acerca do tema, leciona Dias (2010, p. 373, grifo do autor): “É ato livre, **pessoal, irrevogável e de eficácia erga omnes.**”

Assim, para que possa haver a anulação do reconhecimento de filho, é necessária a ocorrência de um vício de consentimento e, para que este exista, deve estar presente um elemento caracterizador deste.

É o que se percebe nos ensinamentos de Madaleno:

A anulação do registro de nascimento tem trânsito habitual na filiação extramatrimonial é direcionada somente aos pais que demonstram terem sido induzidos a erro ou coagidos a perfilhar quem não é seu filho biológico. (2011, p. 565).

Por fim, com fulcro nestas considerações, compreende-se, em suma, que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento pode ser classificado como voluntário, quando advindo de declaração espontânea, ou judicial, quando oriunda da ação de investigação de paternidade.

E assim, para melhor entendimento, os tópicos que seguem procurarão explicitar o registro civil, escritura pública e testamento como modalidades de reconhecimento voluntário e ação de investigação de paternidade como reconhecimento de filiação judicial.

2.3.1.1 Escritura pública ou escrito particular

Quando se trata de reconhecimento de paternidade, a escritura pública é o instrumento jurídico essencial à declaração de vontades, a qual atribui validade formal ao conteúdo que constituiu o ato jurídico.

Todavia, a escritura pública não precisa ser específica para tal, o que autoriza a manifestação do reconhecimento de filiação de modo incidente ou acessório em qualquer ato notarial como uma compra e venda ou doação.

No tocante à escritura pública, Rizzardo (2005, p. 439) diz ser possível “reconhecer-se em ato especificamente elaborado para tal finalidade, ou em ato também destinado para outro objetivo, como em escritura de doação, ou venda, ou de instituição de um direito real qualquer.”

Contudo, o escrito particular é elaborado com a intenção específica de declarar o vínculo de filiação advindo de relação extramatrimonial, o qual dispensa burocracia administrativa, exigindo, apenas, o arquivamento em cartório, ressaltando a intervenção do tabelião ou do oficial do registro civil.

Nesse sentido, Rizzardo (2005, p. 439) afirma que escrito particular

consiste na declaração específica de reconhecimento, onde aparece claramente a manifestação da vontade do progenitor. Não servem outros documentos, cujo conteúdo revelam o reconhecimento pelo texto em si, mas não dirigidos especificamente para o reconhecimento.

Por fim, verifica-se que o escrito particular consiste na declaração escrita específica de reconhecimento, enquanto a escritura pública pode ser utilizada como reconhecimento voluntário de filiação mesmo que esta não seja o objetivo único e principal do conteúdo disposto no respectivo ato.

2.3.1.2 Testamento

O reconhecimento de filho mediante testamento resta caracterizado como ato de declaração de última vontade do testador, manifestada após sua morte.

Inicialmente, oportuno mencionar, em síntese, as formas ordinárias e especiais de testamento, quais sejam, respectivamente, público, cerrado e particular e marítimo, aeronáutico e militar, conforme disposto nos artigos 1.862 e 1.886, ambos do Código Civil, respectivamente.

Ressalta-se que as disposições testamentárias contidas nas modalidades supramencionadas visam atender manifestações patrimoniais e não patrimoniais, contudo o testador não precisa dispor sobre cláusula de conteúdo material em detrimento do reconhecimento de um filho.

Assim, embora o testamento seja passível de revogação, a filiação que foi reconhecida, por sua vez, permanece incólume na parte em que o testador reconheceu o filho.

A impossibilidade de revogação do reconhecimento dos filhos na modalidade de testamento está consagrada no Código Civil conforme se nota da redação do artigo 1.610: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.” (BRASIL, 2011a).

Desta maneira, pode-se concluir que a legislação brasileira admite a utilização de umas das modalidades supramencionadas para o reconhecimento de filiação, haja vista que se houver omissão destas, ensejará a ação de investigação de paternidade.

2.3.1.3 Ação de investigação de paternidade

Como já exposto, a filiação é uma relação jurídica importante nas relações de parentesco e, conseqüentemente, o reconhecimento do vínculo entre filhos e pais configura-se direito fundamental à identidade. Desta forma, com o escopo de garantir a efetividade do direito à filiação, inclui-se a ação de investigação de paternidade.

Destarte, em relação à referida ação, é necessário utilizar o meio coativo para assegurar o eventual vínculo de filiação, qual seja, nesse caso, a decisão judicial.

Não obstante a eventual negativa do pai em reconhecer o próprio filho, a lei assegura ao interessado o ajuizamento da ação investigatória, a fim de ser declarado judicialmente o estado de filiação, “cuja sentença será averbada no registro de nascimento do investigante”, considerando que o requerido seja genitor do requerente (DIAS, 2010, p. 377).

Rizzardo (2005, p. 455) acrescenta que, nessa ação, o que se procura é “dar o estado de filho à pessoa, ou enquadrá-la dentro do plano jurídico de sua condição na família.”

No aspecto processual, cumpre mencionar o artigo 155, do Código de Processo Civil, o qual assegura que ação de investigação de paternidade processa-se mediante ação ordinária e tramita em segredo de justiça.

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. (BRASIL, 2011d).

Em consonância com a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, esta ação é imprescritível: “O filho poderá propô-la a qualquer tempo, embora prescrevam os seus direitos patrimoniais.” (BRASIL, 2011e).

Portanto, quando não ocorre o reconhecimento voluntário do filho, procura-se, através da ação de investigação de paternidade, estabelecer um vínculo jurídico entre o pai e o filho, com a declaração do estado de filiação.

Em relação à legitimidade ativa e passiva da ação de investigação de paternidade é relativamente simples.

Inicialmente, pode-se afirmar que a legitimidade para ajuizar ação de investigação de paternidade é do menor, representado legalmente, ou do Ministério Público, porquanto, este propõe ação em nome próprio, a fim de resguardar o direito alheio.

Ao examinar o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o artigo 1.606 do Código Civil, percebe-se indicação da legitimidade ativa para ingressar com a ação de investigação de paternidade: “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.” (BRASIL, 2011a).

No mesmo sentido, a legitimidade ao Ministério Público está assegurada no artigo 2º, §4º da Lei nº 8.560/92, a qual regula investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento:

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação

[...]

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade. (BRASIL, 1992).

Desta feita, ao se tratar de direito personalíssimo, o filho é parte legítima para demandar a respectiva ação.

Com propriedade, Monteiro (apud RIZZARDO, 2005, p. 457) escreve acerca do assunto e afirma que:

A ação em referência, sendo personalíssima, só pode ser intentada pelo próprio filho; ninguém mais pode tomar-lhe o lugar, nem mesmo o neto. Se menor, a ação deve ser ajuizada pelo respectivo representante legal, geralmente a mãe que promoverá o pleito em nome do filho, e não em nome dela.

Neste tocante, constata-se o reconhecimento de filiação no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe expressamente que este é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível e pode ser exercido contra os pais e herdeiros.

Reza o referido dispositivo legal que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” (BRASIL, 1990).

Desta definição é possível extrair quem é competente para figurar no pólo passivo da ação de investigação de paternidade.

A ação pode ser ajuizada contra o suposto pai ou, se falecer, contra seus herdeiros, quais sejam filhos ou avós.

Neste caso, o espólio não é legitimado passivamente, posto que ação investigatória não objetiva os bens da herança do suposto pai investigado.

Após essas considerações, entende-se que na ação de investigação de paternidade, os legitimados ativos são o filho e o Ministério Público, enquanto, os passivos são o suposto pai ou, se falecido, seus herdeiros (ascendentes ou descendentes).

2.3.1.4 Registro civil

O registro civil de nascimento pode ser feito mediante declaração voluntária de um ou de ambos os pais. Se o filho já estiver registrado em nome de um deles, o outro também poderá fazer o reconhecimento complementar no próprio termo, mediante averbação por determinação judicial, ou a pedido da parte.

Desse modo, oportuno mencionar que Código Civil prevê em seu artigo 1.603 o registro civil como prova de reconhecimento de filiação: “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.” (BRASIL, 2011a).

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Moura (apud GONÇALVES, 2012, p. 343) acerca do registro civil, o qual entende que:

[...] nada obsta ao reconhecimento complementar do outro pai, diretamente no assento de nascimento. A lei fala que o reconhecimento pode ser feito no próprio termo de nascimento. O termo é o ato que está no livro respectivo existente no cartório. Foi lavrado um dia e ali permaneceu. O que deve importar é a declaração de vontade livre para o reconhecimento.

Então, cumpre consignar que “o registro de nascimento tem como uma de suas finalidades possibilitar a qualquer tempo obter informações a respeito do nascimento de uma pessoa natural.” (SANTOS, 2006, p. 67).

Aliás, o registro de nascimento como prova de filiação é feito através de requerimento verbal dos interessados, os quais declaram o fato e os demais requisitos que devem constar no assento, a fim de assegurar a preservação das informações relevantes de todas as pessoas naturais.

Assim, importante pontuar os elementos que devem constar no assento de nascimento, os quais são impostos pela Lei nº 6.015/1973, mais precisamente no artigo 54, *in verbis*:

Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:
1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;
2º) o sexo do registrado;
3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;
4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;
5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;
6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;
7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal.
8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;
9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde.
10) número de identificação da Declaração de Nascido Vivo [...] (SANTOS, 2006, p. 67-75).

A declaração de reconhecimento voluntário é registrada através do oficial do registro, complementando-se o termo de nascimento.

Nesse caminhar, Lobo (apud GONÇALVES, 2012, p. 343):

[...] a declaração de reconhecimento voluntário é tomada formalmente pelo oficial do registro, complementando-se o termo de nascimento. Se suscitar dúvida quanto à seriedade da declaração, o oficial a submeterá ao juiz competente para decidir.

Assim, desde que o termo seja assinado pelo declarante, não é necessária outra declaração que complemente o reconhecimento no registro de nascimento. Se comprovado erro ou falsidade, pode invalidar o registro existente e, assim, efetuar o pretendido registro.

É o que se percebe dos entendimentos de Gonçalves (2012, p. 344):

O reconhecimento no registro do nascimento faz prova eficaz, sem necessitar de outra declaração além da concernente à descendência do registrado, desde que assinado o termo pelo declarante. [...]. Somente após a invalidação do registro existente, comprovando-se erro ou falsidade, poder-se-á efetuar o pretendido reconhecimento.

Desta feita, não se pode deixar de citar o artigo 1.604 do atual Código Civil Brasileiro: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.” (BRASIL, 2011a).

Neste ponto, em análise ao tema abordado neste trabalho monográfico, o reconhecimento espontâneo da paternidade somente será desfeito quando demonstrado vício de consentimento.

Assim, pode-se afirmar que, em regra, o reconhecimento de filiação é irrevogável. Entretanto, nada impede que o registro civil realizado mediante a declaração viciada de vontade do pai mediante a indução em erro da mãe ao omitir a real paternidade do filho advindo de relacionamento extraconjugal seja submetido à anulação do negócio jurídico efetuado pelo suposto pai.

Quando verificar a desconformidade com a verdadeira filiação biológica, será admitida a ação anulatória de reconhecimento, como preceitua o artigo 113 da Lei de Registros Públicos: “as questões de filiação legítima ou ilegítima será decididas em processo contencioso para anulação ou reforma do assento.”

Conclui-se, em síntese, que o registro civil de nascimento consiste na atividade do Oficial de Registro em assentar o nascimento de uma pessoa natural,

atribuindo-lhe a publicidade do vínculo biológico em relação jurídica, além da manutenção dessa informação para todos os efeitos decorrentes da vida civil, assim como o direito ao nome, à criação compatível com o nível social de seu pai, à educação, à sucessão, aos alimentos e entre outros aspectos relevantes advindos da filiação.

E assim, para melhor entendê-los, tentaremos no tópico a seguir expor alguns efeitos decorrentes do reconhecimento de filiação.

2.3.2 Efeitos jurídicos do reconhecimento de filiação

Nesse diapasão, importante destacar que enquanto não houver reconhecimento, tanto voluntário quanto o coercitivo, a filiação biológica é desconhecida no âmbito jurídico, uma vez que os direitos entre pais e filhos decorrem do ato jurídico do reconhecimento (VENOSA, 2012, p. 252).

Ora, a filiação existente entre pai e filho gera atributos que fixam ao indivíduo a condição do convívio em sociedade, possui validade *erga omnes*. Incabível que “alguém seja filha de uma pessoa, para uns, e não seja filho desta pessoa, para outros.” (GONÇALVES, 2012, p. 374).

Acrescenta-se que esses atributos constituem fonte de direitos e de obrigações e, por outro lado, fornecem características eminentemente pessoais que individualizam a pessoa perante a sociedade, como o ingresso do sobrenome do genitor ao nome da pessoa.

E completa Dias (2010, p. 213): “O nome dispõe de um valor que se insere no conceito de dignidade da pessoa humana.”

Aliás, o filho menor reconhecido fica submetido ao poder familiar, submetido aos cuidados, guarda e à educação dos pais.

É o que reza o artigo 1.612 do Código Civil, que segue transcrito:

“O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.” (BRASIL, 2011a).

Logo, verifica-se que ao lado do caráter moral, o reconhecimento de filiação resulta vantagens pecuniárias, as quais determinam o surgimento de obrigação alimentícia do pai para com o filho, bem como os direitos sucessórios.

Acerca do direito sucessório, Gomes (2001, p. 5) esclarece que “é sinônimo de *herança*, massa de bens e encargos, direitos e obrigações que compunham o patrimônio do defunto.”

O reconhecimento do filho havido fora do casamento, ao lado dos demais descendentes, quando da morte de seu pai, será, pois, considerado como os outros herdeiros.

Nessa linha, encontra-se respaldo legal no artigo 1.596 do Código Civil, o qual estabelece que: “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.” (BRASIL, 2011a).

Assim, os efeitos do instituto da filiação possuem caráter moral e patrimonial, apresentados, respectivamente, pelo estado de pessoa, o nome como identificação individualizada do filho perante a sociedade, pelos cuidados atribuídos aos pais, assim como ao direito aos alimentos e ao direito à herança, embora o pai já tenha falecido.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil visa principalmente à reparação de danos através de indenização.

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade civil é a obrigação que o ofensor tem de reparar danos devido às consequências de um evento ou de um comportamento lesivo a outrem oriundo de violação de um dever jurídico preexistente.

Neste tocante, constata-se o instituto da responsabilidade civil no artigo 927 do Código Civil, o qual impõe expressamente a existência do dever de reparar os danos cometidos mediante atos ilícitos.

Reza o referido dispositivo legal que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2011a).

Isto é, constitui o dever de restauração do equilíbrio violado pelo dano e a redistribuição da riqueza com observância aos ditames da justiça e resguarda a existência de um patrimônio, quer seja ele moral ou material.

Inicialmente, deve-se destacar que:

[...] *responsabilidade* exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.” (GONÇALVES, 2010, p. 1).

A respeito do assunto, sintetiza Nogueira (apud GONÇALVES, 2010, p. 4): “todo o direito assenta na idéia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada.”

Ademais, ao se tratar da ocorrência de efetivo prejuízo, os danos de conteúdo jurídico são aqueles que deverão ser reparados, quase sempre através de pecúnia, ainda que de cunho exclusivamente moral, desde que haja integração com o direito obrigacional.

Nas palavras de Venosa (2008, p. 20):

Para o ilícito civil, embora se possam equacionar modalidades de reparação em espécie, o denominador comum será sempre, a final, a indenização em dinheiro, como o lenitivo mais aproximado que existe no Direito para reparar ou minorar um mal causado, seja ele de índole patrimonial ou exclusivamente moral, como atualmente permite expressamente a Constituição. A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos por que falar em responsabilidade civil: simplesmente não há por que responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido.

Assim, pode-se afirmar que para surgir o dever de indenizar é imprescindível a presença de elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam: a) que o fato danoso seja imputável ao ofensor por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) a ocorrência do dano e c) a relação entre o fato lesivo e o comportamento do ofensor.

Com efeito, percebe-se que a responsabilidade civil, sob a ótica jurídica, pressupõe a violação de uma norma jurídica preexistente, a qual ocasiona dano a alguém cujo dever é a reparação desse prejuízo.

Desse modo, presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, a culpa e o nexos causal correlacionados, evidencia-se a obrigação indenizatória.

3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.2.1 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

Inicialmente, pode-se classificar a responsabilidade civil em responsabilidade objetiva ou subjetiva. Neste aspecto, o fundamento utilizado será culpa, elemento este atribuído ou não na obrigação de reparar o dano.

Em relação à responsabilidade objetiva consagra-se a reparação de um dano cometido sem a comprovação da culpa, considera-se somente nexos causal entre a lesão e ação danosa.

Desta feita, presume-se que o responsável que ocasionou o dano terá obrigação de indenizar pela consequência negativa de um evento ou uma conduta, porquanto, desnecessária a comprovação da culpa.

Isso porque, na teoria da responsabilidade objetiva é suficiente a existência do nexo de causalidade entre a ação e o dano proporcionado pelo agente, prescindindo a culpa para que haja o dever de reparação do dano.

Leciona Gonçalves (2010, p. 55) que “Na responsabilidade objetiva prescindem-se totalmente da prova de culpa. Ela é reconhecida independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.”

Para Venosa (2008, p.16):

Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa.

Ainda, acerca da responsabilidade objetiva, encontramos respaldo legal no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, o qual dispõe que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2011a).

Isto posto, cumpre reiterar que o elemento caracterizador do dever de indenizar na teoria da responsabilidade objetiva é a ocorrência do fato e não a culpa, cujo ofensor responderá pelo risco causado para a vítima.

Então, como regra, a responsabilidade objetiva baseia-se no dano, totalmente irrelevante a comprovação da presença da culpa do ofensor na ação que concorreu para a existência da lesão.

Neste ponto, analisa-se o caso concreto, e, se constatada a relação de causa e efeito entre o dano experimentado pela vítima e a conduta do agente, esta tem direito a ser indenizada pelo causador da lesão, sem que haja a averiguação da culpa.

Após a sintética exposição supramencionada, observa-se que a responsabilidade objetiva não tem relevância em ser essencial a demonstração da culpa, enquanto, noutro viés, a responsabilidade subjetiva inspira-se na presença da culpa, a qual é indispensável para determinar o dever de indenizar.

A responsabilidade subjetiva para Gonçalves (2010, p. 54):

Diz-se, pois, ser subjetiva, a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Corroborando Fiuza (2011, p. 333) que “A responsabilidade que se baseia na culpa do autor do ilícito denomina-se subjetiva, por ter como base o elemento subjetivo, culpabilidade.”

Após essas considerações, visualiza-se que se faz imprescindível a comprovação não só do dano, sobretudo o nexo de causalidade e a culpa, a fim de desencadear o respectivo dever de indenizar.

Sintetiza acerca da caracterização da responsabilidade civil subjetiva Stanley da Silva Braga, desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2011): “A caracterização da responsabilidade civil subjetiva depende da coexistência do ato ilícito, do dano e do nexo causal entre a conduta do lesante e o prejuízo sofrido pelo lesado.”

Na mesma linha de raciocínio, o Código Civil de 2002 adota a responsabilidade civil nos seus artigos 186 e 927:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direitos de outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

[...]

Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2011a).

Como se vê, os dispositivos em questão externam a responsabilidade civil subjetiva e demonstram que a culpa é requisito fundamental para caracterizar o dever de indenizar inerente ao ofensor.

Observa-se, assim, que o regime da responsabilidade subjetiva pressupõe a demonstração cabal da culpa, em qualquer de suas modalidades (sentido amplo ou estrito), quais sejam, negligência e imprudência, ou, ainda, se o agente agiu ou omitiu intencionalmente, no caso de dolo, estes correlacionados aos demais requisitos determinantes da responsabilidade civil.

O elemento culpa é explicado sucintamente por Venosa (2008, p. 24), ao esclarecer que:

[...] a culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem semântica e histórica romana), mas

também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (quase-delito).

Assim, é indispensável a comprovação da conduta malevolente do agente, do nexos causal entre o ato ilícito e o prejuízo suportado pelo lesado quando se pretende a caracterização da responsabilidade subjetiva.

3.2.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil será classificada em contratual ou extracontratual consoante a origem da conduta que promoveu a responsabilidade.

Inicialmente, ao seguir o entendimento doutrinário acerca do assunto, necessário se faz esclarecer a diferença existente entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

Venosa (2008, p. 21) as diferencia, resumidamente:

Na culpa contratual, porém, examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato, [...].

Importante, ainda, é a diferenciação acerca do tema por Fiuza (2011, p. 332):

Na responsabilidade aquiliana, em regra, não interessa a diferença entre dolo e culpa; na contratual a diferença interessa, dependendo de o contrato ser gratuito ou oneroso.

Na responsabilidade contratual, as consequências podem ir além da indenização, abrangendo também a execução especificam quando possível. Na aquiliana, a consequência quase sempre é a indenização.

[...]

Ambas se baseiam no princípio da antijuricidade, por atentar contra os objetivos maiores do Direito, quais sejam, a paz, a tranquilidade, a harmonia, a ordem na vida em sociedade. A responsabilidade contratual, além disso, se baseia em princípios próprios, como o da obrigatoriedade contratual, o da boa-fé objetiva etc.

Assim, importante consignar que a responsabilidade civil contratual é oriunda da violação de um contrato ou de uma obrigação unilateral de vontade, ou seja, de um ilícito contratual, a qual é consequência, portanto, do inadimplemento de uma obrigação.

Para César Fiuza (2011, p. 330) “responsabilidade contratual é a que decorre da celebração ou da execução de um contrato.”

Assim, nessa hipótese, ocorre o dever de indenizar quando “resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação.” (DINIZ, 2006, p.130).

Como se vê, a explicação supra, aduz que a responsabilidade contratual pressupõe a existência de uma obrigação. Aliás, para a vítima obter o ressarcimento do dano, é suficiente que esta comprove o inadimplemento, eximida da comprovação da culpa do contratante.

Logo, fica evidente que o inadimplente precisa comprovar a ocorrência de alguma das modalidades de excludente de responsabilidade para eximir-se da culpa e, conseqüentemente, do dever de indenizar.

Contudo, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana, advém da prática de um ilícito mediante a inobservância da lei, ocorre lesão a um direito, independente de uma relação obrigacional ou contratual entre o ofensor e o ofendido.

Assim, colhe-se da doutrina de Rizzardo (2007, p. 19) que o dano extracontratual

[...] consuma-se com a infração de um dever legal. Nele. A antijuricidade se produz como conseqüência do ataque a um direito absoluto do prejudicado. Envolve o desrespeito à lei, às normas que traçam a conduta humana e está fundado na culpa aquiliana. Corresponde a qualquer desrespeito a um direito de um terceiro, ou a infrações com resultados negativos em relação às partes que se relacionam com o causador.

Aliás, a responsabilização aquiliana “em regra, funda-se na culpa, o lesado deverá demonstrar, para obter reparação do dano sofrido, que o lesante agiu com imprudência, imperícia ou negligência.” (DINIZ, 2006, p. 533).

Por fim, com fulcro nestas considerações, compreende-se, em suma, que a responsabilização civil pode ser classificada como contratual, quando o dever de indenizar deriva de um contrato, ou extracontratual, quando oriunda do descumprimento do que estabelece a legislação.

3.3 REQUISITOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.3.1 Ato ilícito

Devidamente inserido no ordenamento da responsabilidade civil, identifica-se o ato ilícito na prática de ato ou omissão voluntária que, diante da conduta culposa do ofensor, causa dano a terceiro.

A espinha dorsal da responsabilidade civil está disposta no artigo 186, do Código Civil, o qual conceitua, em suma, o ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2011a).

Logo, oportuno salientar que as condutas omissivas não são exteriorizadas por constituírem ausência de uma ação, inexistência de prática que deveria existir, o que repercute são as consequências danosas da omissão.

Ainda, é de se pontuar que a infração de um dever jurídico preexistente e a imputação do resultado ao agente infrator consiste tanto no ilícito civil como no penal e se este, causa dano à outrem, cria o dever de reparar tal prejuízo, o qual é imposto pela lei, mais precisamente no artigo 927, também do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2011a).

Assim, para que possa haver o dever de indenizar é necessária a ocorrência de um ato ilícito e, para que este exista, deve estar presente o elemento culpa.

Dias (apud VENOSA, 2008, p. 23) define o elemento culpa:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isso é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

Por sua vez, Stoco (2007, p. 133), ao comentar sobre a culpa, afirma que:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura, encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau

procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.

Assim, aquele que através de ato ilícito comete dano a outrem, tem como consequência à responsabilidade pela reparação do fato lesivo.

Acerca do tema, leciona Diniz (2010, p. 576): “Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão.[...]”.

Ainda, sobre o ilícito civil Venosa (2008, p. 23):

‘O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.[...]’.

Por certo, conclui-se que a consequência da prática do ato ilícito no instituto da responsabilidade civil pressupõe o dever de indenizar ao ofensor, o qual deverá reparar integralmente os danos ocasionados a vítima, quais sejam, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Assim, diante dos dispositivos legais supramencionados, percebe-se em ambos os conceitos normativos do ato ilícito, embora restritivos, haja vista que nem todo ato ilícito será eivado de culpabilidade.

De acordo com Fiuza (2011, p. 205), “[...] A ilicitude implica sempre quebra de dever jurídico e pode gerar várias conseqüências. Como regra, só o ilícito culpável e lesivo gera responsabilidade civil, mas há exceções.”

Isto porque, o ato ilícito por ser considerado antijurídico possui exceções no ordenamento jurídico referente a culpabilidade, as quais estão dispostas no tópico seguinte.

3.3.2 Nexo causal

A relação de causalidade referente à responsabilidade civil está no vínculo entre a conduta do agente ao dano ocasionado a terceiro.

Nexo causal é um requisito indispensável para que a responsabilização civil seja configurada, haja vista que a vítima que experimentou a lesão não poderá ser ressarcida se não identificar a relação entre o a conduta do ofensor e os danos sofridos pelo ofendido.

Em outros termos, para ensejar a responsabilidade, é essencial que haja a verificação do elo existente entre o fato, que seja antijurídico, a lesão e o causador do dano.

Desta feita, extrai-se da lição de Rizzardo (2007, p. 71) considerações acerca do nexo de causalidade no instituto da responsabilidade civil:

[...] para ensejar e buscar a responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexo causal: o dano, a antijuridicidade e a imputação.”

Acerca do nexo causal, Fiuza (2011, p. 296) completa ao afirmar que “é relação de causa e efeito que, obrigatoriamente, haverá entre a ação ou omissão culpável do agente e o *eventus damni*. A atuação do agente deverá ser a causa do dano.”

Neste aspecto, oportuno salientar que embora haja situações que provoquem prejuízos ao direito de outrem, estas não configuram atos ilícitos. Assim, constata-se como excludentes de responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

No mesmo caminho, Venosa (2008, p. 49) elenca os casos considerados excludentes de responsabilidade:

São excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. São situações que a doutrina costuma denominar rompimento do nexo causal.

Desta feita, não se pode deixar de citar o artigo 393, do atual Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.” (BRASIL, 2011a).

Colhe-se, ainda, da lição de Costa (apud RIZZARDO, 2007, p. 91):

O caso fortuito representa o desenvolvimento de forças naturais e que se mantém estranha a ação do homem (inundações, incêndios, mortes etc.), e o caso de força maior consiste num facto de terceiro (a prisão, o roubo, uma ordem da autoridade etc.). De acordo com o critério talvez mais difundido, o conceito de força maior tem subjacente a idéia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas conseqüências. Ao passo que o conceito de caso fortuito assenta na idéia da imprevisibilidade: o facto não se pode prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto.

Não menos importante é o entendimento de Venosa (2008, p. 52) acerca do assunto:

[...]o caso fortuito e a força maior devem partir de fatos estranhos à vontade do devedor ou do interessado. Se há culpa de alguém pelo evento, não ocorre o seccionamento ou rompimento do nexos causal. Desse modo, desaparecido o nexos causal, não há responsabilidade. A idéia é válida tanto na responsabilidade contratual como na aquiliana. Centra-se no fato de que o prejuízo não é causado pelo fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam a seu poder.

Portanto, conclui-se, que ainda que a culpa seja dispensável a comprovação (na modalidade objetiva da responsabilidade civil), para haver obrigação de indenizar, deverá existir uma correlação entre a conduta culposa praticada e o dano experimentado pela vítima, isto porque, o nexos causal será requisito imprescindível para imputar a responsabilidade de reparar o dano a alguém.

3.3.3 Dano

Dano é um dos pressupostos essenciais para caracterização da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, o qual pode atingir o patrimônio material ou imaterial de um indivíduo, a universalidade de bens existentes tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, o conceito pessoal de dignidade, as relações pessoais ou quaisquer direitos inerentes para a normalidade de convívio social.

Assim, quando houver lesão a um patrimônio juridicamente tutelado, que cause prejuízo, qualquer que seja sua natureza, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, haverá a aplicabilidade dos efeitos da responsabilidade civil para o ato punível, quais sejam, reparadores ou reintegrativos.

Dessa forma, sem a ocorrência de dano a um direito ou a um bem jurídico qualquer, mediante conduta do agente, ainda que dolosa e ilícita, não há que se falar em responsabilidade civil.

Dano pode ser conceituado como toda diminuição de patrimônio.

Corroborando Diniz (2006, p. 67) que dano “pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”

Ou ainda, segundo Venosa (2003, p. 196), “[...]. O dano que interessa à responsabilidade civil é o indenizável, que se traduz em prejuízo, em diminuição de um patrimônio. Todo prejuízo resultante da perda, deteriorização ou depreciação de um bem é, e princípio, indenizável.”

Dos conceitos apresentados, pode-se extrair que dano compreende qualquer prejuízo ocasionado aos bens, tanto patrimonial como extrapatrimonial, da pessoa, o que subsiste, então, é o dever de reparação.

Desta feita, revela-se a imprescindibilidade do comportamento positivo ou negativo do agente, para dimensionar a respectiva indenização dos danos havidos, a fim de que seja reparado o patrimônio atingido ou compensado os efeitos desagradáveis experimentados pelo ofendido.

Pode-se, ainda, classificar as espécies de dano, conforme a seguir:

3.3.3.1 Dano material

Não obstante as divergências doutrinárias acerca do dano material e patrimonial, neste trabalho monográfico, esses termos serão utilizados como idênticos.

O dano patrimonial é aquele que incide sobre interesses de natureza material ou econômica e, portanto, reflete-se no patrimônio do lesado. Podemos afirmar, então, que nos danos patrimoniais o fato danoso representa a lesão de interesses de ordem material.

Ao tratar dos danos materiais, acima mencionados, em síntese, são aqueles que atingem diretamente o patrimônio de natureza econômica das pessoas físicas ou jurídicas e, portanto, incide no estabelecimento de indenização pecuniária devida ao prejuízo experimentado pela vítima, suscetível de restauração ao estado anterior à lesão.

E corrobora Venosa (2008, p. 37, grifo do autor) ao afirmar que “O *dano patrimonial*, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.”

Todavia, para que ocorra o dever de indenizar é essencial que tenha havido repercussão patrimonial negativa no acervo de bens de quem reclama.

É o que se percebe dos ensinamentos de Diniz (2006, p. 69):

[...]o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão.

Ainda, imperioso consignar que o dano patrimonial abrange o dano emergente, o qual compreende a perda ou a diminuição patrimonial de valores que já existiam no patrimônio do lesado, o que se constata através da diferença do valor da propriedade da vítima diante da inocorrência do ato ilícito, e o lucro cessante, o qual consiste na privação da expectativa de lucro que a vítima teria, cujo dano seria o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter em consequência do ato lesivo.

Aliás, essa foi a posição do Código Civil que teve a aprovação da doutrina.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2011a).

Por sua vez, Diniz (2006, p. 72) afirma que o dano emergente:

[...] consiste num *deficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização de danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação.

Na mesma linha de raciocínio, Venosa (2008, p.38) aduz que:

O *dano emergente*, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*. [...]

O *lucro cessante* traduz-se na dicção legal, o que a vítima *razoavelmente* deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada.[...].

Propicia-se ao lesado a restauração do patrimônio por arcar com o desequilíbrio na situação jurídica e suportar consequências negativas patrimoniais, fato que submete o ofensor à sanção econômica compatível ao evento lesivo a que deu causa.

3.3.3.2 Dano moral

Entende-se por dano moral a lesão que envolve como dor o sofrimento psíquico, o profundo abalo emocional, àquele imposto às crenças, ao sentimento, à estima social, à integridade física, a tranquilidade psíquica.

Ainda, compreendem-se por dano moral tudo aquilo não é patrimonial.

O Superior Tribunal de Justiça, com base da doutrina de Ruggiero, estabeleceu que “basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito.” (BRASIL, 2004).

Os valores atingidos, quando se fala em dano moral, são as lesões eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação, isto é, em suma, a inobservância dos direitos da personalidade ao ser humano ofendido.

Acerca da temática, leciona Silva (apud RIZZARDO, 2007, p.18):

[...] danos morais são as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

Ainda, sobre o dano moral, explica Venosa (2008, p. 41) “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade.”

O dano moral, conhecido também como não-patrimonial, atinge o a pessoa lesada como ser humano. Não alcança seus bens materiais. Assim, para se configurar, em suma, o dano moral requer dois elementos: o dano e a não diminuição do patrimônio (RIZZARDO, 2007, p. 19).

Assim, não restam dúvidas de que se o indivíduo foi vítima de prejuízos dessa natureza, merece a devida reparação.

A compensação por danos morais fundada na responsabilidade civil consiste na tentativa de substituir o sofrimento experimentado pela vítima por uma satisfação mediante os aspectos retributivo e punitivo, a fim de que se faça causador do dano reflita antes de por risco a vida de outras pessoas.

Segundo Rizzardo (2007, p. 19), os danos morais qualificam-se como:

Dano moral, ou não-patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, reclama dois elementos, em síntese, para configurar-se: o dano e a não diminuição do patrimônio. Apresenta-se como aquele mal ou dano – que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação, a beleza etc.

Conclui-se, em síntese, que o ressarcimento pelo dano moral é reparação compensatória ao lesado pelos sofrimentos experimentados. Em contrapartida, o agente ofensor submete-se aos respectivos efeitos do ato ilícito que praticou e assume o ônus de recompensar o desequilíbrio oriundo do malefício que causou.

Com estes contornos, importante salientar que o presente assunto não será exaurido neste momento, porquanto, será abordado em capítulo específico, demonstrar-se-á, ainda mais, a admissibilidade do tema em estudo, cujo principal objetivo é defender a aplicabilidade do dano moral à mãe que induz em erro o pai a registrar filho advindo de relação extraconjugal.

3.3.3.2.1 Reparação civil proveniente do dano moral

Importante mencionar que não se pretende aprofundar no assunto referente à reparação de danos, o objetivo consiste em apresentar alguns elementos que corroboram com a admissibilidade do dano proveniente do abalo moral e demonstrar, em síntese, alguns critérios norteadores para a fixação do *quantum* indenizatório.

Nesse aspecto, verifica-se que ainda que inexistentes os critérios norteadores no campo da mensuração do abalo moral, os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários construíram seus próprios parâmetros, o que fica adstrita a reparação do dano ao bom senso prático do julgador, pautado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao digressionar acerca da fixação da indenização, dispõe o Código Civil, em seu artigo 944, *caput*: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” (BRASIL, 2011a).

Dessa forma, reconhecida a existência de um prejuízo proveniente de um profundo sofrimento psíquico, a fixação da indenização tem como objetivo minimizar as consequências do dano injustamente causado e, enquanto ampara o ofendido, diminui as possibilidades de sofrimento sem qualquer reparação.

Revela-se, também, a indenização como sanção submete aquele que está atraído a transgredir o preceito ao restabelecimento do estado anterior à violação e à pena relacionada ao mal causado pela sua conduta.

Nesse sentido, afirma Cahali (2011, p. 34) que:

a restituição resolve-se no sacrifício de um interesse idêntico, enquanto a pena se resolve no sacrifício de um interesse diverso a ser cominado segundo o preceito, correlatamente, a restituição tem caráter de satisfação, enquanto a pena tem caráter aflitivo.

Por fim, evidentemente que não se trata somente do aspecto compensatório ou punitivo do ofensor, a fixação de uma indenização também responde à finalidade da prevenção social.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER QUE INDUZ O MARIDO EM ERRO NO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE FILHO ADVINDO DE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL

4.1 PRINCÍPIOS ATINENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA E A INTERPRETAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS

Ao visar o bem-estar social, o universo jurídico tenta acompanhar as evoluções sociais, ideológicas e econômicas, para o fim de prever soluções aos conflitos surgidos na sociedade.

Os princípios atinentes ao direito de família representam importante instrumento para a contextualização desse trabalho monográfico, o qual faz com que o instituto familiar, assim como o casamento, seja respeitado, portanto, assegura a harmonia e os deveres existentes entre os entes que constituem uma família.

Nesse contexto, considera-se a importância dos princípios pertinentes ao tema em exploração e a compreensão deste, oportuno salientar que são mecanismos de interpretação para os mais diversos campos jurídicos, seja na esfera contratual, seja no aspecto extracontratual.

Assim, este capítulo objetiva analisar os princípios pertinentes ao direito de família, bem como interpretação dos atos jurídicos e sua relação com a responsabilidade civil da mãe que induz o pai em erro ao registrar filho advindo de relacionamento extraconjugal, destacando, especialmente, pontos acerca da responsabilização pelo dano moral.

4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

No aspecto constitucional, o referido princípio é um dos primordiais fundamentos do sistema jurídico brasileiro, consoante o disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2011c).

No âmbito do direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana concretiza-se no momento em que os entes que constituem a família cooperam para o desenvolvimento da personalidade de cada membro.

A esse respeito, apresenta Gonçalves (apud TEPEDINO, 2012, p. 22) com clareza a relevância da dignidade aos membros constituintes de uma família:

a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Acrescenta Gonçalves (2012, p. 23) que “o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros [...]”

Em obediência ao princípio da proteção da dignidade à pessoa humana, o cônjuge lesado pela violação dos deveres inerentes ao casamento merece a devida reparação pelos danos sofridos.

Posto isso, consideram-se inseridos a esse princípio, os direitos personalíssimos dos consortes, quais sejam, em suma, à imagem e à honra.

O direito à honra encontra-se assegurado constitucionalmente, o qual compreende o respeito às pessoas, ao bom nome, a reputação e a própria dignidade.

A abrangência deste direito personalíssimo para Silva (2007, p. 209): “[...] é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades.”

Dessa forma, a ofensa ao direito à honra consiste em resultados à pessoa no âmbito pessoal, porquanto, quando ocorre a lesão, a vítima de imediato sente-se humilhada, envergonhada, constrangida, ocorrendo diminuição de sua auto-estima. Enquanto no âmbito social, preocupa-se com a ideia que as pessoas fazem daquela pessoa que teve a sua honra ofendida.

Considera-se os padrões e opiniões taxadas pela sociedade, como ter um nome e uma boa referência diante desta.

Para Godoy (2008, p. 29), “seriam exemplos de violação a quebra de deveres matrimoniais, como a fidelidade e a mútua assistência, ou condutas, como o abandono do lar e a recusa ao débito conjugal.”

Consoante os entendimentos doutrinários, o conceito de imagem divide-se em dois tipos: imagem-retrato, que é o perfil-fisiológico que o indivíduo possui; e imagem-atributo, que se refere à imagem existente na sociedade, o conceito e o modo em que o indivíduo é visto em seu convívio familiar, social ou profissional.

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 176), discorrem sobre a existência os tipos de imagens existentes, conforme transcrito a seguir:

A imagem, em definição simples, constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica. Para efeitos didáticos, dois tipos de imagem podem ser concebidos: a) imagem-retrato – que é literalmente o aspecto físico da pessoa; b) imagem-atributo – que corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, à forma como ele é visto socialmente.

Assim, as consequências morais inerentes à violação do dever conjugal de fidelidade constituem conduta desonrosa, sobretudo, causa mágoa, tristeza, frustração ao consorte ofendido em vários aspectos.

Nesse contexto, é evidente que a vítima sofrerá danos que lhe causará transtornos na sua vida social, pessoal e profissional, o que ocasiona à vítima um sofrimento profundo, haja vista as consequências que podem resultar ao ofendido por possuir sua imagem humilhantemente exposta.

Portanto, diante das explanações supramencionadas, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia, sobretudo, a aplicação dos demais princípios existentes no ordenamento jurídico.

4.1.2 Princípio da monogamia

Nesse tocante, cumpre salientar que a monogamia não está expressamente prevista na Constituição Federal como um princípio e, ainda, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à monogamia ser um princípio constitucional ou uma regra restrita às proibições de relações extraconjugais.

Contudo, para contextualização deste trabalho monográfico, entender-se-á monogamia por um princípio norteador da constituição familiar, no qual o homem

pode ter somente uma esposa ou companheira e a mulher somente um esposo ou companheiro.

Venosa (2012, p. 73) defende a monogamia como princípio do casamento ao dizer que “enquanto persistir válido o casamento anterior, persiste o impedimento. Trata-se do princípio do casamento monogâmico que domina a civilização cristã.”

Noutro viés, há entendimento doutrinário que não entende a monogamia como um princípio constitucional, uma vez que não se encontra na Constituição Federal qualquer referência da monogamia como princípio.

A esse respeito, esclarece Dias (2010, p. 60, grifo do autor):

Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumprir o dever de **fidelidade**, a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição, que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adúlteras ou incestuosas.

O objetivo estatal, afirma Dias (2010, p. 60, grifo do autor), “consiste na manutenção da estrutura familiar, consubstanciada como a base da sociedade, a qual esclarece, assim, a finalidade da monogamia ser estimada como **função ordenadora** da família.”

Assim, pode-se concluir que a uniconjugalidade dispõe de valor jurídico e não deixa de ser um sistema de condutas morais, de interesses antropológicos, psicológicos e jurídicos.

Considerar a monogamia um princípio jurídico imposto pelo Estado ao instituto familiar é manter essencialmente a formação e desenvolvimento da personalidade dos membros de uma família diante da sociedade.

4.1.3 Princípio da boa-fé

Não obstante a existência da celeuma doutrinária acerca da natureza jurídica do instituto da boa-fé, abordar-se-á sua aplicação, nesse contexto, em análise principiológica da Constituição Federal, a qual considera a boa-fé objetiva diretriz valorativa de condutas no ordenamento jurídico.

Inicialmente, oportuno mencionar que doutrina entende que a boa-fé classifica-se em subjetiva e objetiva.

Em relação à boa-fé subjetiva, o agente realiza um ato consubstanciado em crenças e convicções internas.

Noutro viés, a boa-fé na sua concepção objetiva consiste num modelo de conduta social que deverá ser analisado pelos agentes celebrantes do negócio ou ato jurídico conforme os parâmetros recomendados de honestidade.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva como padrão de comportamento consubstancia-se em norma de conduta ao homem médio perante a sociedade.

Nas palavras de Stoco (2002, p. 39):

Na forma objetiva se averigua a conduta do sujeito, sendo irrelevante a sua opinião ou qualquer aspecto psicológico. É aferida dos aspectos externos da atuação da pessoa. [...] A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. De modo algum, relaciona-se à crença do sujeito. É a boa-fé honestidade ou lealdade. É um dever de agir de acordo com a franqueza e preceitos éticos. Seu conteúdo não pode ser fixado aprioristicamente, relacionando-se com a fidelidade da palavra dada.

Por sua vez, o artigo 187 do Código Civil pátrio reza acerca da violação da boa-fé, a qual gera o abuso de direito, ao estabelecer que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2011a).

Decorre do princípio da boa-fé a transparência inserida na conduta das partes ao prestarem informações uma à outra que considerem convenientes e necessárias para a correta efetuação do ato jurídico, as quais devem atuar em consonância com a confiança respectiva, não causar desvantagem e, sobretudo, agir com lealdade.

4.1.4 Princípio da autonomia de vontade

Esse princípio funda-se na ampla liberdade de efetuar o ato, no sentido de o agente estabelecer seu interesse através declaração própria de vontade, haja vista que as partes têm a faculdade de realizar ou não o ato jurídico, sem qualquer interferência estatal.

Segundo Pinto (apud GONÇALVES, 2012, p.41, grifo do autor) afirma que o princípio da autonomia de vontade consiste no:

‘poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica*.’ Encontra os veículos de sua realização nos direitos subjetivos e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos.

Desse modo, a autonomia da vontade deve consistir na coerência entre a vontade interna e a vontade exteriorizada do sujeito.

Nesse contexto, revela-se de suma importância destacar o princípio da obrigatoriedade, uma vez que, por esse princípio, as estipulações realizadas no ato jurídico são intangíveis e devem ser fielmente cumpridas, com o intuito de perpetuar a segurança jurídica dos atos realizados.

Acerca do princípio da obrigatoriedade, Gonçalves (2012, p. 49, grifo do autor) aduz que:

O aludido princípio tem por fundamentos: a) *a necessidade de segurança dos negócios* [...]. b) *a intangibilidade* ou *imutabilidade* do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* [...]. O seu inadimplemento confere à parte lesada o direito de fazer uso dos instrumentos judiciais para obrigada a outra a cumpri-lo, ou a indenizar pelas perdas e danos, sob pena de execução patrimonial.

Pode-se afirmar que este princípio corresponde à vontade real do sujeito no exercício de sua liberdade, no sentido deste declarar sua vontade ou não acerca do assunto.

Contudo, a liberdade conferida por essa norma geral comporta os interesses do agente declarante unilateral de vontade desde que respeitados os limites da lei, sobretudo a boa-fé do ato efetuado, bem como o limite encontrado no princípio da supremacia da ordem pública, o qual será sucintamente explicado no tópico a seguir.

4.1.5 Princípio da supremacia da ordem pública

O princípio da supremacia da ordem pública é reconhecido pelas estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, caracterizado pelo verdadeiro delimitador do princípio da autonomia da vontade, uma vez que prioriza a ordem pública em detrimento do interesse privado.

Acerca desse princípio sob a ótica dos bons costumes, Gonçalves (2012, p. 45, grifo do autor) leciona que:

Os direitos também devem ser exercidos no limite ordenado pelos *bons costumes*, conceito que decorre da observância das normas de convivência, segundo um padrão de conduta social estabelecido pelos sentimentos morais da época.

Assim, a noção de ordem pública como cultivo das condições de moralidade social norteia a conduta dos indivíduos e visa o equilíbrio e o bem-estar da sociedade.

Ainda, a este respeito, Gonçalves (2012, p. 45) afirma: “A doutrina considera de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos).”

Não se pode deixar de afirmar que a dignidade do homem constitui um interesse público, porquanto a sociedade repugna tanto infidelidade quanto o dano ocasionado dolosamente a alguém sem que haja a devida reparação ao ofendido. Então, a solução para o problema é de hermenêutica, a qual repousa em esclarecer se a esposa ao induzir em erro o marido ao efetuar o registro civil do filho advindo de relação extraconjugal é ou não degradante de sua honra.

Nota-se, portanto, que em relação à noção da ordem pública, compreende-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando houver colisão com o interesse particular, pautado na harmonia entre os indivíduos que a compõem.

Diante do exposto, analisados os princípios contextualizadores desse trabalho acadêmico, tratar-se-á na próxima seção acerca dos vícios de consentimento na realização de um ato jurídico.

4.2 VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

Primeiramente, é de se destacar que apesar dos vícios de consentimento encontrarem-se no Capítulo IV, referente aos defeitos dos negócios jurídicos, todas as regras lá existentes também podem ser aplicadas aos atos jurídicos em sentido estrito, como é o caso do reconhecimento de paternidade. Deste modo, importante salientar o disposto no artigo 185 do Código Civil, *in verbis*: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.” (BRASIL, 2011a).

Assim, daqui por diante tratar-se-á os referidos como vícios de consentimento relativos aos atos jurídicos em sentido estrito.

É necessário que o consentimento seja manifestado de forma livre para que o ato jurídico seja considerado válido, haja vista que se houver imperfeição na vontade, esta será considerada viciada, portanto, inválida.

Neste tocante, para que o negócio jurídico tenha validade é necessário o livre consentimento do agente, isento de pressões ou constrangimentos, como esclarece Nader (2009, p. 371):

Entre os elementos essenciais dos negócios jurídicos, destaca-se a *declaração de vontade*, que deve corresponder à vontade real, verdadeira, dos agentes, sob pena de comprometer a regularidade do ato. Não basta que a declaração corresponda à vontade, pois é indispensável que esta se tenha formado livre, consciente, isenta de pressões ou constrangimentos.

Assim, diante do vício de consentimento, o qual consiste em defeito na exteriorização de vontade, o agente não realizaria o ato, ou o faria de modo diverso, haja vista que se não tivessem intervindo circunstâncias alheias ao seu conhecimento, não existiriam distorções.

Ainda, acerca do assunto, Nader (2009, p. 372) afirma que “no vício de consentimento fatores exógenos provocam a distorção da vontade do agente.”

Isto é, constituem os vícios de consentimento os defeitos verificados na declaração de vontade exteriorizada, a qual deveria seguir consoante o desejo livre e consciente do agente, o que pressupõe a validade do negócio jurídico.

Assim, quando o consentimento refletir a manifestação da vontade eivada de vício, a lei dá o poder de tornar este ato anulável e promove a declaração da ineficácia do ato gerado pela declaração defeituosa.

Com estes contornos, revela-se de grande importância a abordagem de cada espécie de vício de consentimento, cuja vontade manifestada resta prejudicada pelo desacordo com a realidade e compromete a validade do ato jurídico, especialmente o dolo, porquanto se trata do objeto principal deste trabalho, a fim de defender a aplicabilidade do dano moral à mãe que induz em erro o pai a registrar filho advindo de relação extraconjugal.

4.2.1 Espécies de vício de consentimento

4.2.1.1 Erro

O vício do consentimento consubstanciado no erro advém da manifestação da vontade em desacordo com a realidade ou uma falsa noção sobre um ato, uma pessoa ou um objeto.

Sob a ótica do direito civil, leciona o doutrinador Fiuza (2011, p. 246) acerca do respectivo vício de consentimento: “Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, atua de modo que não seria a sua vontade, caso conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede em erro.”

Para Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 388) “erro é um *estado de espírito positivo*, qual seja, a *falsa percepção da realidade*.”

Aliás, oportuno consignar que não há influência da outra parte ou de terceiros que induzem a falsa percepção da realidade ao declarante da vontade. Nesse contexto, o erro é espontâneo.

A falsa noção sobre alguma situação, objeto ou pessoa é atribuída por interpretação equivocada da lei ou da circunstância do ato pelo próprio declarante, a qual influencia a formação de sua vontade.

Ainda, sobre o erro como vício de consentimento, Nader (2009, p. 374) explica que:

Erro é vício de consentimento que se forma sem induzimento intencional de pessoa interessada. É o próprio declarante quem interpreta equivocadamente uma situação fática ou a lei e, fundado em sua cognição falsa, manifesta a vontade, criando, modificando ou extinguindo vínculos jurídicos.

Verifica-se que os atos jurídicos celebrados com erro são anuláveis, desde que o erro seja substancial, cuja razão seja plausível ou suscetível a qualquer pessoa de diligência normal, o que está assegurado no ordenamento jurídico brasileiro nos seus artigos 138 e 139 do Código Civil:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por homem médio, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:
I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais;
II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;
III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico. (BRASIL, 2011a).

Contudo, pode-se, ainda, classificar a modalidade de erro em acidental.

Nesse caso, incabível a anulação do negócio por não incidir o erro sobre a declaração de vontade, uma vez que o erro acidental advém das relações com qualidades secundárias da pessoa, ou do objeto do negócio jurídico, o que “não funcionaria como obstáculo ao negócio se não houvesse a falsa representação intelectual da realidade.” (Nader, 2009, p. 375).

Revela-se imprescindível a ocorrência do erro substancial para que ocorra a anulação do negócio jurídico e, para que este exista, deve ser observado por homem médio quando ninguém o induza em erro.

4.2.1.2 Coação

A coação é toda pressão ou constrangimento injusto exercido sobre um indivíduo para forçá-lo a praticar ou deixar de praticar um ato mediante ameaça. Para configurar coação, essa força deve ser irresistível, por meio da qual se coíbe a vontade de uma das partes mediante ameaça malevolente.

Conforme conceituam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 398, grifo do autor): “Entende-se como coação capaz de viciar o consentimento toda *violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar negócio jurídico que a sua vontade interna não deseja efetuar.*”

Por sua vez, cumpre destacar que a coação é pressão de ordem psicológica que deve ser grave e injusta, a qual pode atingir o agente, um membro da família ou à pessoa a ele ligada ou, ainda, ao patrimônio para que pratique determinado ato e, assim, vicie o ato jurídico. Contudo, o negócio jurídico realizado mediante coação é anulável.

Nesse sentido, Tartuce (2012, p. 371) corrobora “Essa pressão, desde que moral ou psicológica, vicia o consentimento do contratante ou negociante, sendo o ato passível de anulação.”

A coação moral prevista no artigo 151 do Código Civil como vício de consentimento, incide sobre a vontade da parte, restringindo-lhe escolher entre realizar o ato desejado pelo autor da coação, o qual utiliza a violência psicológica para viciar a vontade, e o dano iminente ameaçado, o que torna anulável o negócio jurídico.

Destaca-se: “Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.” (BRASIL, 2011a).

Ademais, oportuno salientar que a coação pode ser física, quando há o constrangimento físico de forma a impedir qualquer manifestação de vontade e consentimento, acarreta a nulidade total do ato, configurando ato inexistente.

Acerca do tema, Nader (2009, p. 389) esclarece e exemplifica, sucintamente, a diferença entre coação moral e física:

A coação prevista como vício de consentimento é a *moral, vis compulsiva*, e não a coação física ou *vis absoluta*, pois esta simplesmente anula a vontade e um ato praticado nesta última circunstância é *ato inexistente*. Se alguém, por exemplo, *manu militari*, apõe a impressão digital de uma pessoa em termo de contrato ou segurando a sua mão a faz assinar, ter-se-á coação física.

Assim, com fulcro nessas considerações e em análise ao artigo 151 supramencionado, conclui-se que existente um vício de consentimento no negócio jurídico como a coação, este será passível de anulação, desde que presentes os elementos caracterizadores da coação, quais sejam: causa determinante do ato; b) grave e injusta; c) risco ou dano atual e iminente; d) o objeto do dano a vítima, sua família ou seus bens.

4.2.1.3 Estado de perigo

Ocorre o estado de perigo quando pessoa ou alguém de sua família ou próxima, conforme as circunstâncias, ameaçada por perigo iminente de vida ou a integridade física ou saúde, assume obrigação excessivamente onerosa.

Nesse sentido, dispõe o artigo 156 do Código Civil:

Art.156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias. (BRASIL, 2011a).

Ainda, acerca da conceituação do estado de perigo prevista no artigo supracitado, Tartuce (2012, p. 372) explica que “haverá estado de perigo toda vez que o próprio negociante, pessoa de sua família ou amigo próximo estiver em perigo, conhecido da outra parte, sendo este a única causa para a celebração do negócio.”

Portanto, compreende-se, em síntese, que o estado de perigo constitui a inexigibilidade de conduta diversa, haja vista que a situação de extrema necessidade diante da iminência de dano que induz o agente/vítima a celebrar o negócio jurídico, assume obrigação desproporcional.

4.2.1.4 Lesão

Entende-se por lesão o prejuízo decorrente da desproporcionalidade existente entre as prestações de um negócio jurídico diante do abuso da necessidade ou inexperiência de um dos declarantes.

Aliás, encontra-se respaldo legal no artigo 157 do Código Civil acerca da lesão como vício de consentimento, *in verbis*:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.
§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. (BRASIL, 2011a).

Ainda, acerca do assunto, Bittar (apud GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006, p. 402) afirmam que lesão “representa, assim, vício consistente na deformação da declaração por fatores pessoais do contratante, diante de inexperiência ou necessidade, explorados indevidamente pelo locupletante.”

Desta feita, o vício constado na declaração de vontade permite a anulação do negócio jurídico quando este não tenha obedecido ao imperativo do equilíbrio entre as partes contratantes.

Entretanto, o Código Civil em seu artigo 157, § 2º admite o aproveitamento do negócio e exime a decretação da anulação deste “se for

oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. (BRASIL, 2011a).

Nesse contexto, a presença dos elementos objetivo e subjetivo é imprescindível para a caracterização da lesão, quais sejam, respectivamente, onerosidade excessiva e a premente necessidade ou a inexperiência.

Neste caminho, Nader (2009, p. 401) diferencia os elementos subjetivo e objetivo relacionados à lesão:

O defeito da lesão forma-se pelo concurso de dois elementos, um deles, *subjetivo*, consiste na formação anômala da vontade do declarante. [...] Seu espírito se encontrava dominado por forte pressão interior, decorrente de necessidade premente ou, então, foi levado por sua imaturidade ou desconhecimento. [...] O elemento *objetivo* consiste no desequilíbrio manifesto entre os quinhões. Uma das partes é onerada excessivamente.

Conclui-se, em suma, que para a configuração do vício de consentimento em questão, é desnecessário que haja a indução da vítima à prática do ato, tampouco a intenção de prejudicá-la, sendo suficiente que o agente utilize a situação de inferioridade da vítima para auferir lucro desproporcional mediante necessidade urgente, imaturidade ou desconhecimento desta.

4.2.1.5 Dolo

No que diz respeito, tem-se que é o induzimento proposital em erro de alguém que será prejudicado, e que se conhecesse a realidade do fato não o realizaria.

Segundo Tartuce (2012, p. 366), o dolo pode ser definido como “como sendo o artifício ardiloso empregado para enganar alguém, com intuito de benefício próprio.”

A falsa percepção da realidade é intencionalmente provocada pelo autor ou por terceiro com seu conhecimento, o qual utiliza a má-fé para retirar vantagem de outrem através de artifícios não grosseiros ou perceptíveis à primeira vista.

Oportunamente, a vontade encontra-se em desacordo com a verdade dos fatos devido à malícia empregada pela outra parte do ato.

É o que pontua Nader (2009, p. 382, grifo do autor):

Dolo é ardil para provocar o erro de alguém na formação de sua vontade ou na declaração. Pode acontecer de o agente atuar, dolosamente, visando a formar a consciência da parte, “a sua cabeça”, levando-a a erro. Na palavra de Colin et Capitant “*dolo* supõe manobras fraudulentas, manipulações, afirmações falazes empregadas para provocarem o erro em uma pessoa e determiná-la a executar um ato”.

O uso de ardilosos meios para influenciar a declaração de vontade emitida por alguém, a fim de se beneficiar com sua ignorância encontra reação no ordenamento jurídico, que considera o ato derivado da vontade viciada passível de anulação.

Nesse sentido, verifica-se que a presença de um vício, quando este for causa de um vínculo jurídico, enseja a anulação deste, a qual é assegurada pela lei, mais precisamente no artigo 145 do Código Civil: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for sua causa.” (BRASIL, 2011a).

E, imperioso destacar a classificação do dolo, o qual pode ser em bilateral, positivo ou negativo. Neste aspecto, o fundamento utilizado será intenção de induzir em erro outrem, elemento este atribuído na caracterização do referido vício de consentimento.

Em relação ao dolo bilateral consagra-se o ato astucioso de ambas as partes para enganar o outro, considerando o proveito que obterá no negócio jurídico.

Desta feita, presume-se que ambas as partes têm culpa e se cada uma visou obter vantagem em detrimento da outra, não podem invocar o dolo com o intuito de anular o negócio, o que é prevista pela lei, especialmente no artigo 150 do Código Civil: “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.” (BRASIL, 2011a).

Nas palavras de Tartuce (2012, p. 369), o dolo bilateral:

é a situação em que ambas as partes agem dolosamente, um tentando prejudicar o outro mediante o emprego de artifícios ardilosos. Em regra, haverá uma compensação total dessas condutas movidas pela má-fé, consagração da regra pela qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza[...]

Logo, verifica-se que diante da existência do dolo bilateral, não será possível ajuizar ação de anulabilidade do ato declarado, haja vista que ambas as partes agiram maliciosamente no negócio.

Já, o dolo positivo advém da ação dolosa do agente, o que constitui um vício ao ato celebrado entre as partes.

Por sua vez, o dolo negativo decorre da omissão intencional de uma parte para fazer com que a outra declare sua vontade ao realizar o ato jurídico diverso do que pretendia realizar se soubesse a real circunstância.

Diante do exposto é de se entender que, nesse contexto, o dolo pode ser classificado, em síntese, como bilateral, quando a intenção de induzir outrem em erro advém de ambas as partes contratantes, positivo ou negativo, quando oriunda, respectivamente, de ação, quando o agente pratica conduta a fim de ludibriar outrem, ou omissão, quando o agente omite a real circunstância para obtenção de vantagem na realização do ato negócio jurídico.

4.2.2 Efeitos do vício de consentimento

No âmbito jurídico, quando houver desarmonia entre a vontade do agente e sua manifestação ocasionada por distorção da real circunstância, a lei protege o autor da declaração através da anulação do ato jurídico celebrado, porquanto para que a manifestação tenha validade é imprescindível que a vontade exteriorizada pelo agente seja livre e consciente.

Ademais, não se pode deixar de citar o artigo 171, do Código Civil que consagra a anulação do negócio jurídico viciado:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

[...]

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. (BRASIL, 2011a).

Dessa maneira, verifica-se que o negócio jurídico quando eivado de vício de consentimento, como o erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo, poderá ser passível de anulação e, em consequência disso, o Código Civil determina em seu artigo 182 que: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.” (BRASIL,2011a).

Assim, a consequência da anulação do ato consiste no retorno à situação primitiva, momento anterior a realização do ato anulado ou, em caso de impossibilidade, na indenização equivalente.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER QUE INDUZ O MARIDO EM ERRO NO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE DE FILHO ADVINDO DE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL

Verifica-se no decorrer dos capítulos antecedentes aspectos teóricos e legais da responsabilidade civil da mulher que induz em erro o marido para o registro de paternidade do filho advindo de relacionamento extraconjugal na constância do casamento, salienta-se o caráter protetivo ao marido dos atos lesivos, cuja conduta de sua esposa privou-o da verdade com relação a paternidade biológica e causou a este prejuízo moral, desde que demonstrado, em suma, a profunda decepção acerca dessa exclusão de paternidade biológica.

Isso porque, encontra-se fundamentado na hipótese de cônjuge que acredita na conduta honrosa de sua nubente, porém depois descobre que a esposa ignorou os deveres inerentes ao casamento, além de omitir a verdadeira paternidade biológica do filho advindo de relação adúltera, redundando-se na banalização dos deveres inerentes à relação existente entre os consortes, os quais estão assegurados no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1.566 do atual Código Civil de 2002:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I – fidelidade recíproca;
[...]
V – respeito e consideração mútuos. (BRASIL, 2011a).

Nesse vértice, então, cumpre salientar que as relações conjugais devem permear-se por um mínimo de ética e lealdade.

Salienta-se que distante do domínio da concepção familiar com a evolução da sociedade e, assim, estabelecido esse grupo social, principalmente, com a finalidade de procriação, permanece enaltecida a natureza desse instituto fundado nos laços de afetividade.

Diante dessa transformação, observa-se o enaltecimento dos valores pessoais que envolvem a honra, o respeito e a integridade moral dos consortes.

A respeito dessa evolução, Rizzardo (2007, p. 693) conclui que:

[...] deu-se importante passo na valorização da personalidade, de modo a prezar-se o cônjuge ou companheiro como ser humano sujeito de direitos e

deveres, em especial no que envolve a afetividade, o respeito, a liberdade, a honra, a integridade moral e a absoluta igualdade dentro da comunidade formada pelo casamento [...]

Assim, os consortes inseridos na condição do matrimônio começam a adquirir a devida consideração e passam a repugnar a falta de postura digna que atenta contra a outra pessoa enquanto casada.

Desse modo, os deveres do casamento existem com o intuito de proteger a dignidade da pessoa, bem como a harmonia do vínculo familiar.

Um desses deveres é a fidelidade conjugal, a qual consiste no dever de cada consorte manter relação sexual somente com seu cônjuge e sua efetiva aplicação decorre de um princípio primordial do casamento, qual seja, a monogamia.

Nesse aspecto, causa dano moral e viola os deveres de fidelidade e respeito mútuo, a mulher que, após um relacionamento extraconjugal, do qual ocorre uma gravidez, omite a verdadeira paternidade biológica de seu cônjuge.

Sob a ótica desta monografia, verifica-se que a conduta omissiva oriunda da mulher configura ato ilícito, eis que esta tinha o dever de informar ao marido que este não é o verdadeiro pai da criança, cuja prática restou inexistente, e o que repercute são, somente, as consequências danosas dessa omissão.

Aliás, consiste na decepção em relação à mulher, seja no que se refere à violação da fidelidade e, especialmente, quanto à omissão voluntária que faz o marido registrar filho por acreditar ser sua a descendência de outro homem, fato este que configura o ato ilícito.

Neste norte, ao cuidar da omissão, Stoco (2011, p. 154) afirma que “a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação quando deveria fazê-lo. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma.”

A seriedade do assunto impossibilita o marido de conhecer a inexistência do suposto vínculo biológico. Portanto, a mulher que, por omissão voluntária, causa prejuízo ao marido, fica obrigada a reparar o dano, porquanto ocasiona um grave sofrimento ao cônjuge lesado moralmente.

Logo, oportuno salientar que, a mulher que gera um filho fruto de relação extraconjugal na constância do casamento, e utiliza artifícios para ocultar a verdade, afeta a vontade deste e incita-o a registrar o filho como seu, camuflando a verdadeira declaração de vontade do pai ao registrar o infante.

Verifica-se que o cerceamento ao conhecimento da identidade do infante por parte de quem o registra, neste caso o pai e cônjuge, ocasionado pela omissão materna, corresponde ao descaso que atinge a sua honra.

Por essas razões, evidencia-se o constrangimento e o transtorno psicológicos suportados pelo marido que tem e registra filho como seu, e, depois, descobre que sua mulher omitiu a verdadeira paternidade, o que rompe repentinamente a experiência paterna vivenciada no seio familiar.

Pontua-se que a omissão intencional da mulher ao influenciar o marido a realizar o registro civil, a fim de se beneficiar com sua ignorância, configura o vício de consentimento dolo considerado passível de anulação, uma vez comprovado que se o marido conhecesse a real circunstância, o ato não teria sido realizado.

Sobre dolo preceitua Fiuza:

[...] consiste em prática ou manobras ardilosas, maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. Geralmente, temos a figura do dolo ligado ao erro. Uma pessoa age com dolo, levando a outra a erro. (FIUZA, 2011, p. 248).

Em observância ao dolo, vício de consentimento supramencionado, Beviláquia (apud DINIZ, 2009, p. 475, grifo do autor) corrobora que “essa manobra astuciosa (*macchinatio*) pode sugerir o falso ou suprimir o verídico, mediante mentiras (*allegatiofalsi*) ou omissões”.

Ora, não se pode deixar de perceber a existência da ofensa à honra do marido que, induzido em erro, acredita ser seu filho legítimo, promove o devido registro civil e, assim, não mede esforços para proporcionar ao infante, recursos financeiros, bem como desenvolvimento adequado.

Ressalta-se que o registro civil atribui a publicidade do vínculo biológico, além de possuir caráter afetivo. A inclusão do nome do pai na certidão de nascimento pressupõe a manutenção dessa informação para os efeitos como garantias patrimoniais e sucessórias ao infante, o que contribui para a formação do instituto familiar.

‘Tais efeitos, decorrentes da filiação, são de ordem patrimonial e moral. Sendo menor o filho, o progenitor passará a exercer o poder familiar, o poder de guarda ou o direito de visita, além de assumir o dever de assistência, que é recíproco entre pais e filhos. Um passa a ser herdeiro em potencial do outro, em conformidade com o Direito das Sucessões. Enfim,

restrição alguma haverá na relação jurídica entre ambos, que seja própria de pais e filhos'. (NADER, 2009, p. 291).

Considera-se que o reconhecimento do filho é um ato privado, os efeitos deveriam ser atribuídos tão somente às partes diretamente envolvidas, quais sejam, pai e filho. Assim dispõe Pereira (apud NADER, 2009, p. 293). Entretanto, “uma vez efetivado o ato, este vai repercutir no registro de nascimento, que é instância pública. O que passa a valer contra todos, em realidade, não é o reconhecimento, mas seu efeito direto, que é o registro público.” (NADER, 2009, p. 293).

Oportunamente, é de se considerar que, o registro civil público instrumentaliza o nascimento, atribuído como um dos principais fatos da vida civil de uma pessoa.

O primeiro modo de se reconhecer é o que se forma pelo *registro de nascimento*. Quem comparecer, em primeiro lugar, em cartório, efetua o registro do filho, reconhecendo naturalmente a própria ascendência. Para tanto, basta-lhe-á assinar o termo de nascimento. (NADER, 2009, p. 287).

Contudo, ao descobrir a verdadeira paternidade biológica, há o rompimento do vínculo biológico existente entre pai e filho, fato ensejador do abalo emocional ao suposto pai, diante da transgressão de um dos deveres inerentes ao casamento, o que possibilita ser objeto de indenização, visto que se conhecesse tal fato à época, não teria efetuado o registro.

Quanto à análise do tema abordado, Madaleno (2011, p. 373) confirma o agravo moral causado pela mulher que oculta o caráter extraconjugal do filho registrado pelo esposo:

[...] a mulher casada que, descumprindo seu dever moral de fidelidade, concebe um filho extraconjugal, ocultando do marido o caráter extramatrimonial do filho registrado pelo esposo por presunção de paternidade nupcial. [...] Portanto, não há como desfocar da responsabilidade civil a conduta da genitora que, conhecendo a identidade do progenitor, se recusa a empreender os atos de formação jurídica deste vínculo biológico [...]

Assim, a conduta desonrosa da mulher ao omitir do marido o caráter extraconjugal da criança consiste no requisito da responsabilidade civil inerente à inobservância dos deveres do casamento, colhe-se do entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Não pode o Judiciário ignorar a pretensão do cônjuge traído, enganado e humilhado perante seus familiares e amigos, inclusive colegas de profissão, em buscar a reparação do dano moral sofrido em razão da conduta desonrosa de sua esposa, que, conquanto tivesse conhecimento da possibilidade de o filho gerado ser fruto de relação extraconjugal, omite tal circunstância, induzindo o marido em erro, fazendo-o acreditar ser sua a descendência do amante. A perda do referencial familiar, a exclusão da paternidade e a decepção com aquela que havia prometido fidelidade, devem, sim, ser objeto de indenização, sob pena de banalização dos deveres inerentes ao casamento. (SANTA CATARINA, 2011).

Dito isso, o dano moral resta explícito nessas circunstâncias, razão esta que gera o dever de indenizar o prejuízo do pai que teve frustrados os sonhos e planos elaborados para a criança que acreditava ser seu filho, desde que, então, comprovada a conduta malevolente da mulher que omitiu a verdadeira paternidade.

Portanto, no caso em questão, presente a espécie de responsabilidade civil subjetiva, na qual a culpa é o principal fundamento para justificar o dever de reparação da mulher pelos danos injustamente causados ao seu consorte devido a sua conduta culposa, eximido o dever de reparar na sua ausência.

Com efeito, entende-se que a responsabilidade civil “deriva da agressão a um interesse iminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor *in natura*, o estado anterior das coisas.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 9).

O dever de reparar pressupõe a existência de pressupostos essenciais, quais sejam, a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta (ação ou omissão).

Nesse aspecto, destacam-se as palavras de Theodoro Júnior (2001, p. 7): “Não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal.”

Em análise do instituto em questão, Venosa (2003, p. 46) concorda com Humberto Theodoro Júnior quando afirma que o ato ilícito é elemento da responsabilidade civil:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever.

Ainda que extrapatrimonial, o dano deve ser reparado, conforme dispõem os artigos 927 e 186 do Código Civil, já mencionados no capítulo anterior.

O dano moral foi solidificado pela Constituição Federal de 1988 quando esta instituiu como fundamento democrático de direito a dignidade da pessoa humana, a fim de fortalecer os direitos e garantias fundamentais dos brasileiros, bem como inibir prejuízos ao psiquismo do ofendido (CAHALI, 2011, p. 44-45). Diante da existência de transgressão a esse princípio, aquele que causar dano, embora exclusivamente moral, fica obrigado a compensar o sofrimento suportado.

Assim, atualmente, faz-se necessário amparo no relacionamento entre os consortes, cujas situações culminam em lesões graves, porquanto a possibilidade da reparação civil nas relações conjugais pressupõe o dano causado ilícitamente por um cônjuge ao outro.

Ademais, percebe-se a relevância da utilização da responsabilidade civil no seio conjugal, a fim de prevenir a transgressão dos deveres inerentes ao casamento e reprimir as condutas danosas por meio da garantia da reparação moral por atingir valores ligados à personalidade da pessoa ofendida e, às vezes, atinge bens mais valiosos da vida humana, como a honra, o nome, a fama e a reputação social, que a pessoa goza e desfruta no seu meio social e familiar.

Importante esclarecer que a infração de qualquer dos deveres do casamento não é apta, por si só, a caracterizar a indenização por dano moral, sobretudo, é necessário que a conduta do consorte tenha sido consciente e gerado profundo sofrimento psíquico ao outro.

Branco (2006, p. 66) defende o mesmo posicionamento:

Convém destacar, entretanto, que a infração aos deveres do casamento, vista como fenômeno isolado, não se mostra por si só capaz de evidenciar a presença de dano moral indenizável uma vez que este somente se perfaz quando o comportamento adotado, além de autorizar a dissolução do casamento, trazer ao cônjuge inocente inegável sensação de dor, aflição, humilhação, sentimentos de desamor que de uma forma nítida influenciaram negativamente na relação de vida.

Isso posto, realizadas essas pontuações, percebe-se que a reparabilidade dos danos morais não deve ser ilidida pelo cônjuge causador quando o homem descobre não mais existir o vínculo biológico com o filho registrado em seu nome, haja vista o constrangimento da experiência vivenciada. Ademais, esse dano é

consideravelmente mais grave devido à relação de caráter íntimo existente entre os cônjuges, ora ofensor e ofendido.

Nesse contexto, o fracasso do casamento, com certeza, é secundário, uma vez que os danos consubstanciados na frustração e repentino desamparo paternal decorrente do afeto construído como genitor da criança.

Assim, a insatisfação na convivência com o nubente não justifica a violação dos deveres conjugais, porquanto mais digna a atitude da mulher que enfrenta o fim do casamento de modo a considerar o respeito pelo seu esposo.

Portanto, reprovável a atitude da mulher que oculta a verdadeira paternidade biológica do filho concebido na constância de relacionamento extraconjugal e, ainda, o que torna a atitude mais imperdoável, quando esta atribui a paternidade biológica ao seu esposo.

Indubitavelmente que, o pai registral, motivado pela presunção de filiação e pelo sentimento decorrente de ser pai, transfere seu sobrenome ao nome do suposto filho, acrescenta atributos que constituem fonte de direitos e obrigações decorrentes dessa relação existente entre pai e filho, tem uma traumática perda da qualidade paternal.

A situação agrava-se, ainda mais, pela ofensa à honra e à dignidade do consorte humilhado perante as relações familiares, amigos e colegas de trabalho, fato que resulta no sentimento de vergonha, diminuição de sua auto-estima e na preocupação do julgamento que a sociedade faz pelo homem ter tido a sua honra maculada.

Da mesma forma, do ponto defendido neste trabalho, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina utiliza o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que apresenta o mesmo entendimento:

[...] não há civilização antiga ou moderna, ocidental ou oriental, cristã ou muçulmana, que o contemple, que lhe dê guarida. Não há tampouco, quanto a este, ordenamento jurídico antes da CF ou depois da CF, que o repute lícito e de acordo com o Direito. (SANTA CATARINA, 2011).

Considera-se a inviolabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual está inserido os direitos personalíssimos do consorte, quais sejam, à intimidade, à honra, à imagem, à vida privada.

A atual Constituição Cidadã assegura a reparação civil como compensação à pessoa que, em decorrência da violação do direito à dignidade, obteve lesão psicológica grave, conforme demonstra Direito e Cavalieri Filho (2004, p. 34):

Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. E a dignidade nada mais é do que a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais.

Portanto, defender a inaplicabilidade da reparação civil de danos ao se tratar de reconhecimento induzido de filiação é como negar a tutela à dignidade humana aos componentes da família quando estes sofrem dano.

Constata-se que a modernização da sociedade impôs situações que tornaram irrefutável a necessidade de se fazer presente no ordenamento jurídico uma forma de garantir as prerrogativas inerentes à honra e a dignidade da pessoa humana, de proteger a pessoa em sua essência, a qual afasta a banalização dos deveres inerentes do casamento e condutas vexatórias de um para com o outro consorte.

Em relação ao dano moral, o ideal seria a devida restituição da situação anterior à lesão, porém, diante dessa impossibilidade, não obstante o difícil ofício de estimar o valor que possa amenizar o sofrimento causado ao consorte ofendido, a melhor solução para indenização é a pecuniária.

Logo, entende-se que o pagamento do dano moral não consiste em um valor que paga o sofrimento ocorrido, já que inexistente equivalência patrimonial.

A indenização será devida em decorrência da dor, da dignidade abalada, bem como pela imagem denegrada perante a sociedade.

Assim, quando ocorre a violação do direito à honra inerente ao consorte, o magistrado precisa estar convicto da ocorrência da conduta reprovável da mulher que omitiu voluntariamente ao esposo a real descendência do seu filho e induziu a registrá-lo em decorrência da transgressão de um dever de fidelidade.

É de se concluir, portanto, que o prejuízo imposto ao consorte devido a omissão de sua esposa em relação a interesse juridicamente tutelado, quando esta

induz seu marido em erro para registrar filho advindo de relação extraconjugal, o dano causado é, incontestavelmente, indenizável.

Vê-se, então, que a responsabilidade civil não se trata somente do aspecto compensatório, o qual visa a restauração da dignidade do ofendido, a fixação de uma indenização também corresponde à punição do ofensor e à prevenção social.

Diante do exposto, percebe-se que, presentes os pressupostos legais, configurado o abalo moral em decorrência da violação dos deveres do casamento com o induzimento doloso de registro de paternidade de filho concebido em relação alheia à conjugal, configura-se pertinente à responsabilização civil da mulher a título de dano moral, fixando-se indenização de modo a compensar o sofrimento suportado, além da possibilidade do ajuizamento de ação anulatória de paternidade.

5 CONCLUSÃO

Com a confecção deste trabalho monográfico pode-se verificar a possibilidade da responsabilização civil a título de dano moral à mulher que induz em erro o marido ao realizar o registro civil de filho advindo de relacionamento extraconjugal na constância do casamento, a qual é objeto de discussões jurisprudenciais e do meio social.

Analisou-se alguns entendimentos doutrinários acerca do conceito do casamento, este no aspecto institucional e contratual, sob o argumento de que não se limitam aos efeitos econômicos aos consortes, constatada a inexistência contratual ante a ausência do conteúdo exclusivamente patrimonial no casamento.

Também foram abordados os deveres inerentes ao casamento, bem como a filiação, as modalidades de reconhecimento e os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento de filiação. Concluiu-se que, em regra, do ponto de vista do direito civil, o reconhecimento de filiação é irrevogável. Contudo, se comprovada a presença de algum vício de consentimento, possível ensejar a anulação do registro de nascimento.

Com efeito, verificados os requisitos e espécies da responsabilidade civil, fato que esclareceu a exigência do ofendido demonstrar a culpa dos atos lesivos em prol da proteção assegurada por esse instituto, a fim de melhor resguardar as pessoas e evitar que suportem injustamente os prejuízos resultantes da conduta lesiva de outrem.

Diante do estudo realizado, percebeu-se, também, que a indenização atinente ao dano moral visa assegurar a reparação da profunda ofensa psíquica experimentada por alguém, a qual somente deve ser reparada quando configurado o dano pelo sofrimento e dores imateriais experimentados pela vítima.

Ante os princípios importantes para a exploração e contextualização do tema, salienta-se que a dignidade da pessoa humana, nesse contexto, norteia a cooperação, o estímulo para o desenvolvimento íntegro da personalidade de cada membro que integra a família.

Desta feita, a conduta desonrosa e vexatória da mulher que ignorou o dever conjugal de fidelidade ao manter relações sexuais com outro homem e, em consequência, resultou na concepção de um filho, e ainda omitiu a verdadeira paternidade biológica ao marido, induzindo-o a registrar o nascimento desse filho,

deve ser responsabilizada civilmente em caráter moral, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual representa a valorização do cidadão.

Isso porque, evidente o constrangimento e o transtorno psicológico suportado pelo marido registrou como se filho seu fosse e, depois, descobriu que sua mulher omitiu a verdadeira paternidade, fato que rompe abruptamente o vínculo biológico entre pai e filho.

Aliás, salienta-se que reside a decepção em relação à mulher no que se refere à violação do dever inerente ao casamento, especificamente, a fidelidade e, principalmente, quanto à omissão voluntária, ao fazer com que o marido registre filho por acreditar ser sua a descendência, que na verdade é de outro homem, fato este que configura o ato ilícito.

A respeito, sob ponto de vista desta monografia, esclareceu-se que a conduta omissiva oriunda da mulher configura ato ilícito, vez que esta tinha o dever de informar ao marido quem é o verdadeiro pai da criança, ou no mínimo, a possibilidade de o cônjuge não ser o pai, prática que restou inexistente, o que repercute são as consequências danosas dessa omissão.

E mais, um forte argumento referente à omissão dolosa é a anulação desse registro civil de nascimento, eis que constata-se a presença de um vício de consentimento na realização do referido ato jurídico, porquanto o marido foi induzido propositalmente em erro, uma vez que se conhecesse a realidade do fato não o realizaria.

Por estes fatos, é que se entende cabível a responsabilização civil a título de danos morais causados pela mulher ao marido quando esta, além de transgredir o dever de fidelidade, omite a verdadeira paternidade biológica do filho oriundo em decorrência de relacionamento extraconjugal, sobretudo gerado na constância do casamento e o marido registra o infante por desconhecimento das reais circunstâncias.

Assim, resta caracterizado o ilícito pela omissão da mulher que ocasionou danos profundos ao marido, os quais devem ser reparadas, haja vista que o consorte não pode ser desamparado quando atingida sua honra.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. **Código civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **Código penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

_____. **Constituição da república federativa do brasil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011c.

_____. **Código de processo civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011d.

_____. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011e.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

_____. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro 1992**. Institui a investigação de paternidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. **Lei nº 11.349, de 7 de agosto de 2006**. Institui a lei maria da penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 608918**. Relator: Min. José Delgado. Rio Grande do Sul, RS, 20 de abril de 2004 [2004]. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=perturba%E7%E3o+ato+il%E9d+cito+sentimentos&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 12 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nº 687432**. Rel. Min. Luiz Fux. Minas Gerais, MG, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28uni%E3o+est%E1vel+homoafetiva%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 out. 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FIUZA, Cesar. **Direito civil - curso Completo.** 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCEZ, Martinho. Do direito de família. Campinas: LZN, 2003.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Responsabilidade civil.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KLEIN, Fabiane. **A polêmica sobre a abstração da culpa na separação judicial litigiosa.** In: O Direito de Família descobrindo novos caminhos. (org.) Maria Cláudia Crespo Brauner. Canoas: La Sale, 2001.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa: livro didático.** 2 ed. rev. E atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** Direito de Família, 37 ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Em afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2009.005177-4**, Relator: Des. Luiz Fernando Boller. Blumenau, 2011 [2011]. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 18 de maio, 2012.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Registro civil das pessoas naturais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**: aspectos doutrinários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 8 ed. São Paulo: Método, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3 ed., São Paulo: Atlas S.A., 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANEXO

ANEXO A – Acórdão pesquisado no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

APELAÇÃO CÍVEL COM RECURSO ADESIVO - SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AJUIZADA PELO MARIDO CONTRA A ESPOSA QUE MANTEVE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL DO QUAL ADVEIO A CONCEPÇÃO E NASCIMENTO DE CRIANÇA - MARIDOQUE, INDUZIDO EM ERRO, PROMOVEU O REGISTRO DO INFANTE COMO SEU FILHO - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE - REPARAÇÃO FIXADA EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) - VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE FIDELIDADE, RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS, INERENTES AO CASAMENTO - ABANDONO DO LAR PELO CÔNJUGE VIRAGO, QUE LEVOU O INFANTE CONSIGO, PROIBINDO O PAI SÓCIO-AFETIVO DE VISITÁ-LO - PUBLICIDADE DO ADULTÉRIO - DIVULGAÇÃO DA INTIMIDADE DO CASAL NO AMBIENTE DE TRABALHO DO CÔNJUGE VARÃO - EVIDENTE VIOLAÇÃO À HONRA SUBJETIVA DA VÍTIMA - CONDUTA DESONROSA - INSURGÊNCIA DA REQUERIDA, QUE SUSTENTA QUE A SUA INFELICIDADE E FRUSTRAÇÃO JUSTIFICAM O SEU COMPORTAMENTO IMORAL - ALEGAÇÃO DE QUE O RECORRIDO TINHA CONHECIMENTO DE QUE NÃO ERA O PAI BIOLÓGICO DO MENOR, ASSIM COMO DE QUE SUA MULHER MANTINHA RELAÇÕES SEXUAIS COM O MARIDO DE UMA COLEGA SUA DE TRABALHO - FATOS NÃO DEMONSTRADOS - EVIDENTE ABALO MORAL DAQUELE QUE, ILUDIDO PELA ESPOSA, CRIOU E EDUCOU, COMO SE SEU FOSSE, DESCENDENTE DO AMÁSIO - TRANSGRESSÃO DOS DIREITOS À HONRA, À INTIMIDADE, À VERDADE E À INTEGRIDADE PSICOLÓGICA - CONDUTA DA APELANTE QUE CONFIGURA ATO ILÍCITO PREVISTO NO ART. 186 DO CC - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - MANUTENÇÃO DA RESPECTIVA OBRIGAÇÃO.

Viola os deveres de fidelidade e lealdade, causando danos morais ao seu consorte, o cônjuge que, após uma relação extraconjugal, da qual advém uma gravidez, omite a verdadeira paternidade biológica da criança, fato que só vem a ser descoberto anos depois, através de exame de DNA (TJMG. Apelação Cível nº 1.0342.04.046436-0/001, Relator: Desembargador Duarte de Paula, j. 05/08/2009).

Não pode o Judiciário ignorar a pretensão do cônjuge traído, enganado e humilhado perante seus familiares e amigos, inclusive colegas de profissão, em buscar a reparação do dano moral sofrido em razão da conduta desonrosa de sua esposa, que, conquanto tivesse conhecimento da possibilidade de o filho gerado ser fruto de relação extraconjugal, omite tal circunstância, induzindo o marido em erro, fazendo-o acreditar ser sua a descendência do amante.

A perda do referencial familiar, a exclusão da paternidade e a decepção com aquela que havia prometido fidelidade, devem, sim, ser objeto de indenização, sob pena de banalização dos deveres inerentes ao casamento.

INSURGÊNCIA DO VARÃO, QUE PRETENDE A MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - AUSÊNCIA DE INDICATIVOS DA CONDIÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES - CONSEQUÊNCIAS MORAIS DO ADULTÉRIO INESTIMÁVEIS - GENITORES BIOLÓGICOS QUE PROVOCARAM O

ROMPIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO EXISTENTE ENTRE O PAI SÓCIO-AFETIVO E A CRIANÇA - PROIBIÇÃO DA VISITAÇÃO - SOFRIMENTO EMOCIONAL PRESUMIDO, EM RAZÃO DA PERDA ABRUPTA, TRAUMÁTICA E INVOLUNTÁRIA DA QUALIDADE DE MARIDO E PAI - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - OBRIGAÇÃO DE NATUREZA REPARATÓRIA E REPREENSIVA - DANOS PSICOLÓGICOS QUE PODERÃO PERDURAR POR INESTIMÁVEL PERÍODO DE TEMPO - ESPOSA QUE DEMONSTRA INDIFERENÇA EM RELAÇÃO À GRAVIDADE DA SUA CONDUITA - DANO À HONRA EVIDENCIADO - MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PARA R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) - DECISÃO REFORMADA NESTE SENTIDO.

[...] a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e piedosa se o puder matar (CHAVES, Antônio in Prefácio à Responsabilidade Civil por Dano à Honra, 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001).

RECURSOS CONHECIDOS - PROVIMENTO, CONTUDO, APENAS AO RECLAMO ADESIVO, INTERPOSTO PELO VARÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2009.005177-4, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que é apelante B. C. W., e apelado N. D. G. P.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao principal e dar provimento ao adesivo. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por B. C. W., contra decisão prolatada pelo juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Blumenau, que julgou procedente pedido deduzido por N. D. G. P., nos autos da ação de Indenização por Danos Morais nº 008.06.027814-2 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/search.do?jsessionid=D3A3A96C297EB13FEEF66DE7173FFE5E.cpo2?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=8&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=008060278142>> acesso em 22/08/2011), condenando a apelante ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), monetariamente corrigido segundo a variação do INPC-Índice Nacional de Preços ao Consumidor do IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, e acrescido de juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da sentença (fls. 139/146).

Malcontente, a insurgente exalta que se casou com o recorrido em 20/06/1994, sobrevivendo o nascimento de I. D. G. V. P. em 19/10/2000, sendo este, em verdade, descendente de A. A. C., com quem mantém relacionamento afetivo de longa data.

Asseverou que, "se o apelado não conseguiu engravidar sua esposa por circunstâncias desconhecidas, a verdade é que o filho extraconjugal representava para o mesmo um troféu, pois, com isto, conseguiu apaziguar todas as interrogações da sua sexualidade perante os amigos e a família", destacando o fato de que, mesmo tendo conhecimento de que o filho não era seu, ainda assim, N. D. G. P. teria assumido a paternidade, providenciado o registro da criança (fl. 156).

Salientou que não pode ser condenada em razão do descumprimento dos deveres inerentes ao casamento, visto que a infidelidade conjugal não configura ilícito penal, restando-lhe apenas as conseqüências da dissolução da sociedade conjugal, não havendo que se falar em indenização por dano moral.

Exaltou que "se há preocupação em nossos magistrados em cessar a indústria de indenização por danos morais, a presente sentença proferida no caso em tela também não deve prosperar" (fl. 157), pois o autor/apelado não teria comprovado o aludido sofrimento em razão do adultério.

Por derradeiro, ressaltou que não possui condições de honrar o quantum indenizatório, pois exerce a atividade de vendedora e, nesta qualidade, aufera renda suficiente apenas para prover sua própria subsistência e do filho menor, motivo porque pugna pelo conhecimento e provimento do reclamo, cassando-se a sentença vergastada, alternativamente, reduzindo-se o valor arbitrado a título de reparação por dano moral (fls. 154/158).

O recurso foi recebido pelo magistrado singular, que, entretanto, não fez referência aos respectivos efeitos (fl. 161).

Intimado, N. D. G. P. apresentou contrarrazões (fls. 168/176), repisando o argumento de que não tinha conhecimento acerca do relacionamento extraconjugal mantido por sua esposa, e, tampouco, sobre a verdadeira paternidade do menor I. D. G. W. P., destacando que B. C. W. o fez crer que era o verdadeiro pai da criança.

Referiu que não mediu esforços e recursos para proporcionar ao infante adequado desenvolvimento, ressaltando que, mesmo atualmente sabendo que I. D. G. W. P. não é seu filho biológico, está emocionalmente abalado em razão de B. C. W. lhe ter proibido de visitar o menor, rompendo o vínculo afetivo existente entre ambos.

Destacou que foi humilhado perante seus familiares, amigos e colegas de trabalho, que tiveram conhecimento da violação dos deveres do casamento por parte da apelante, destacando o fato de que, inclusive, foi ameaçado por A. A. C., amante de sua esposa, razão pela qual bradou pela manutenção da sentença vergastada, postulando através do recurso adesivo de fls. 178/187, a majoração do quantum indenizatório que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, poderia ser fixado em até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), dada a reprovabilidade da conduta da cônjuge virago.

À fl. 221 restou certificada a fluência do prazo concedido a B. C. W. para oferecimento de contrarrazões.

Ascendendo a esta Corte, os autos foram redistribuídos ao Desembargador Monteiro Rocha (fl. 225), vindo-me às mãos em razão de superveniente assento nesta Quarta Câmara de Direito Civil.

É o essencial relato.

VOTO

Inicialmente, observo que o magistrado de 1º Grau não realizou juízo de admissibilidade acerca do recurso adesivo e, tampouco, fez referência aos efeitos em que o reclamo de B. C. W. foi recebido.

Assim, por vislumbrar a tempestividade e o recolhimento do preparo, recebo ambas as insurgências nos efeitos devolutivo e suspensivo e delas conheço, pois demonstrados os respectivos pressupostos de admissibilidade.

Superada esta questão preliminar, convém ressaltar que consoante o disposto no art. 1.511 do Código Civil, 'o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges'.

Maria Helena Diniz salienta que casamento "é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família" (Código Civil Anotado. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.050).

De acordo com Pontes de Miranda, o casamento "é instituição consciente, ritualizada, que veio a desenvolver-se desde as formas mais primitivas, que são quase-nada de casamento, seja poligâmico, seja poliândrico", de modo que "a sua meta histórica, perceptível hoje, é a união entre o homem e a mulher nas condições mais favoráveis possíveis, no momento e no lugar à liberdade, à felicidade e à ordem social" (Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo VII: Direito de Personalidade. Direito de Família - Direito matrimonial: existência e validade do casamento. Campinas: Bookseller, 2001. p. 212).

O art. 1.566 do Código Civil, por sua vez, disciplina que são deveres dos cônjuges: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos.

De se destacar, a propósito, que o dever de fidelidade imposto pela lei "consiste em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro, sob pena de adultério, que é ilícito civil, apesar de não mais ser delito penal" (DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.097).

Convém registrar, nesse passo, que a descriminalização do adultério somente ocorreu em 2005, com a publicação da Lei nº 11.106, que revogou o art. 240 do Código Penal, que preconizava pena de detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses.

Acerca da fidelidade, Rolf Madaleno, citando Andres Gil Dominguez, Maria Victória Dana e Marisa Herrera, salienta que "com o casamento cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual, e lança mão do direito de unir-se sexual ou em íntima afetividade com pessoa do sexo oposto, diversa do seu consorte", ao passo que fiel, segundo define o doutrinador, "é aquele que não engana, é aquele que não defrauda a confiança depositada pelo outro em sua pessoa, ainda que essa fidelidade não se vincule obrigatoriamente na exclusividade sexual" (Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 270).

Ainda quanto aos deveres dos cônjuges, devem prevalecer em igual escala de importância o respeito e consideração mútuos, cuja violação constitui injúria grave.

Discorrendo sobre o assunto, Carvalho Santos destaca que "tudo quanto ofende a honra, a dignidade a respeitabilidade do cônjuge ou tudo quanto constitui falta grave em relação aos deveres especiais dos cônjuges deve ser considerado injúria grave" (Código civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro: Calvino Filho, p. 226/227).

Ao dispor sobre a dissolução da sociedade conjugal, o Código Civil estabelece em seu art. 1.573 que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de adultério, injúria grave, e, dentre outros, conduta desonrosa.

No caso sub examen, a apelante B. C. W. ao que tudo indica ignorou os deveres que lhe foram impostos por ocasião do estabelecimento de matrimônio com N. D. G. P., mantendo relacionamento extraconjugal, que, inclusive, resultou na concepção e nascimento de I. D. G. V. P.

Em que pese tenha B. C. W. afirmado que seu comportamento decorreu de conduta desonrosa atribuída a seu ex-marido, N. D. G. P., tenho para mim que infelicidade ou frustração não podem ser admitidos como justificativas para a traição, pois atualmente a dissolução do casamento não é mais censurada pela sociedade, outrora conservadora.

Deste modo, revela-se despropositada e injustificável a afirmação de B. C. W. de que manteve um relacionamento extraconjugal apenas para reafirmar-se e tutelar seu bem-estar.

Reitero: a infelicidade ou insatisfação na convivência com o consorte - seja pelo seu comportamento ou, ainda, pela extinção do sentimento que os uniu -, não pode justificar a existência de uma vida amorosa paralela, revelando-se mais digno o enfrentamento de uma separação, ainda que litigiosa, quando o fim do casamento não é aceito pelo outro cônjuge.

Todavia, no caso sub judice, ao invés de pôr fim ao matrimônio, B. C. W. preferiu - por razões que não merecem ser consideradas -, adotar conduta reprovável, mantendo relacionamento extraconjugal e ocultando a verdadeira paternidade do filho concebido de seu amante, o que demonstra a total falta de respeito e consideração para com N. D. G. P.

Ao tratar do assunto, Pontes de Miranda, avulta que

Consulta aos mais elementares imperativos de fisiologia e de psicologia o princípio de que o ser humano feliz procura a permanência da sua felicidade. O homem ou a mulher que se sente bem na convivência sexual, e não só sexual, com a sua companheira ou seu companheiro, busca conservar as circunstâncias que lhe permitam essa convivência. Só a monogamia atende a esse dado. As próprias uniões estáveis são prova da excelência da forma monogâmica. Isso não quer dizer que o casamento se não possa dissolver: constitui outro problema e a indissolubilidade, restrita a poucos povos contemporâneos, impor a permanência onde nenhuma felicidade já seria possível. O sentimento do amor, que, hoje, costumamos associar ao casamento, foi posterior a esse. Mais exatamente: ao próprio casamento monogâmico. A monogamia criou o amor; não o amor, à monogamia, menos ainda ao casamento. Há casamentos sem amor, sem casamento; amor, sem relações sexuais sequer; relações sexuais, sem amor. A combinatória dessas variáveis permite tipologia humana, individual e social, que muito esclarece sobre o caráter e a profundidade espiritual (Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo VII: Direito de Personalidade. Direito de Família - Direito matrimonial (existência e validade do casamento). Campinas: Bookseller, 2001. pp. 211-212).

Com ímpar sensibilidade, Maria Berenice Dias leciona que "não é a imposição legal de normas de conduta que consolida ou estrutura o vínculo conjugal, mas simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência dorelacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal" (O dever de fidelidade. Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/casamento.dept>> acesso em 01/09/2011).

Portanto, a violação dos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos, a meu sentir, enseja, sim, reparação pecuniária por dano de cunhomoral.

Sobre os elementos da responsabilidade civil extracontratual, citando Moreira Alves, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. Funda-se no ato ilícito absoluto, composto por elementos objetivos e subjetivos. São elementos objetivos do ato ilícito absoluto: a) a existência de ato ou omissão (ao comissivo por omissão), antijurídico (violadores de direito subjetivo absoluto ou de interesse legítimo); b) a ocorrência de um dano material ou moral; c) nexos de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano. São elementos subjetivos do ato ilícito absoluto: a) a imputabilidade (capacidade para praticar a antijuridicidade); b) a culpa em sentido lato (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito) (Código Civil Comentado, 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 733).

Destarte, do excerto epigrafado infere-se que, para se configurar o dever de indenizar, faz-se necessário estarem presentes 4 (quatro) requisitos: ação ou omissão caracterizadora de ato ilícito, culpa ou dolo, nexos causal e dano experimentado pela vítima.

Aliás, a Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inc. V, assegura a indenização por dano material, moral ou à imagem, ao passo que o art. 927 do Código Civil

disciplina que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ao tratar do assunto, Adauto de Almeida Tomaszewski, salienta que "imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo" (Separação, violência e danos morais - a tutela da personalidade dos filhos. São Paulo: Editora Paulistana Jur, 2004. p. 245).

Rui Stoco, por sua vez, destaca que a responsabilidade civil é a retratação de um conflito, pois, para o referido doutrinador, "toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido" (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 112).

Neste tocante, Aguiar Dias avulta que

A responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais, como jurídicas, isto é, o fato em que se concretiza a infração participa de caráter múltiplo, podendo ser, por exemplo, proibido pela lei moral, religiosa, de costumes ou pelo direito. Isto põe de manifesto que não há reparação estanque entre as duas disciplinas. Seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral. Entretanto, é evidente que o domínio damoral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo (Da responsabilidade civil. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 5)

Já Darcy Arruda Miranda, citado por Rolf Madaleno, salienta que "todo homem tem um valor moral próprio dentro do seu círculo social e esse conceito passa a integrar a sua personalidade, e sua aceitação social depende da preservação desses valores éticos, desse seu prestígio moral inalienável, violável e invulnerável", porquanto "o dano moral respeita uma lesão aos sentimentos afeições legítimas de uma pessoa, ou quando lhe ocasionam prejuízos que se traduzem em padecimentos físicos, ou que de uma maneira ou outra perturbam a tranquilidade e o ritmo de vida normal da pessoa ofendida" (op cit. p. 338).

No caso em questão, constato que a manutenção de relacionamento extraconjugal consubstancia o ato ilícito, ao passo que o dolo de B. C. W. resta bem evidenciado pela intenção de ocultar a infidelidade e a verdadeira paternidade do filho dito comum, causando dano de natureza moral a N. D. G. P.

De se destacar, inclusive, que as conseqüências psicológicas do adultério - que foi divulgado, inclusive, no ambiente de trabalho do varão -, não podem ser ignoradas pelo Judiciário, a quem compete atribuir um valor pecuniário para amenizar o sofrimento experimentado pela vítima.

Aliás, não se está a tratar exclusivamente da dor causada pela violação do dever de fidelidade, mas, sim, também, da existência de filho que foi registrado por N. D. G. P. como se seu fosse, quando, na verdade, foi concebido dentro da relação extraconjugal.

Merece destaque, ainda, o fato de que a falsa paternidade atribuída por B. C. W. ao seu marido, não acarretou apenas a frustração quanto ao estado de filiação, mas ceifou, igualmente, as expectativas, os sonhos e os planos realizados para a criança, que N. D. G. P. acreditava ser de sua descendência.

A infidelidade, neste caso, fez com que o apelado perdesse o seu referencial familiar, o que se revela inestimável, de modo que a indenização não tem por objetivo, apenas, a reparação do dano moral pelo término do casamento, mas, também, por conta da exclusão da paternidade de I. D. G. V. P., concebido na constância do matrimônio.

Neste sentido, destaca-se preciosa manifestação do Ministro Ari Pargendler, que, ao proferir voto-vista em caso análogo, avultou que [...] o que aqui revelou-se ilícito é a omissão dolosa da ré em esconder do autor de que não era ele pai de seus filhos. Este é o ato ilícito ensejador da indenização e que evidentemente causou ao autor graves danos morais.

E este ato, concessa venia, não há civilização antiga ou moderna, ocidental ou oriental, cristã ou muçulmana, que o contemple, que lhe dê guarida. Não há tampouco, quanto a este, ordenamento jurídico antes da CF, ou depois da CF, que o repute lícito e de acordo com o Direito [...] (STJ. Resp nº 742.137/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 21/07/2007 - grifei). (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2009.005177-4**, Relator: Luiz Fernando Boller, Julgado em 01 de setembro de 2011).