



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

MARIA CLÁUDIA DOS SANTOS CAVALCANTI

**O ADULTÉRIO E O PROBLEMA DA JURIDICIDADE DOS
PRINCÍPIOS DA MONOGAMIA E DA AFETIVIDADE**

BRASÍLIA - DF
2014

MARIA CLÁUDIA DOS SANTOS CAVALCANTI

**O ADULTÉRIO E O PROBLEMA DA JURIDICIDADE DOS
PRINCÍPIOS DA MONOGAMIA E DA AFETIVIDADE**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Dr. Danilo Porfírio de Castro
Vieira

**BRASÍLIA - DF
2014**

MARIA CLÁUDIA DOS SANTOS CAVALCANTI

**O ADULTÉRIO E O PROBLEMA DA JURIDICIDADE DOS
PRINCÍPIOS DA MONOGAMIA E DA AFETIVIDADE**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Brasília, _____ de _____ de 2014

Banca Examinadora

Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira
Orientador

Examinador

Examinador

“É possível que dediquemos a nossos amores humanos a fidelidade devida apenas a Deus. Eles então se tornam deuses: então se tornam demônios. Irão assim destruir-nos e também destruir a si mesmos. Pois os amores naturais, quando lhes é permitido que se tornem deuses, não permanecem amores”.

(C.S. Lewis)

RESUMO

O presente trabalho objetiva trazer à discussão um tema que, até pouco tempo atrás, era visto como um crime pela sociedade, mas hoje é realidade presente entre muitos cônjuges. O adultério, atualmente, é visto como sinônimo de infidelidade. Porém, essa condição está superada. A fragilidade de sentimentos como o amor, os princípios da monogamia e da afetividade, surge através de novos rumos que a sociedade caminhou no decorrer da história. O direito de família deve acompanhar e reconhecer essas transformações, encontrando respostas, de forma interdisciplinar, para a solução de muitos litígios. Dessa forma, é necessário que os magistrados deixem de lado suas crenças, seus costumes, enfim, suas paixões, e se atentem à realidade vigente.

Palavras-chave: Direito de Família. Amor. Monogamia. Afetividade. Adultério.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	FAMÍLIA AFETIVA COMO PARADIGMA CIVIL.....	9
2.1	Família Liberal.....	12
2.2	Família Afetiva	17
3	NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO E O ADULTÉRIO.....	21
3.1	O Casamento e o Dever de Fidelidade	21
3.2	O Adultério e a Ruptura da Fidelidade Recíproca.....	26
4	VIABILIDADE DE COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL EM CASO DE TRAIÇÃO.....	33
5	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

É visível as transformações que o Direito Civil vem passando ao longo dos anos, especialmente na área da Família. Cresce o número de litígios nas varas dos tribunais que precisam ser resolvidos, mas o Judiciário nem sempre está apto a dar as melhores soluções para muitos conflitos. Dessa forma, o presente trabalho irá abordar um tema muito presente nas varas de família e que precisa ser tratado de maneira contundente pelos magistrados. Apesar de o adultério ser um assunto em desuso, pois a própria história reafirma que não há viabilidade de sustentar esse tema, os magistrados continuam dando soluções fundamentadas nos princípios da monogamia e da afetividade.

No primeiro capítulo desse estudo, será feito um resgate histórico da família afetiva e liberal. A família, nesse sentido, será vista como um fenômeno histórico variável no tempo e espaço. As influências canônicas, culturais, trazidas no decorrer dos séculos, sempre direcionaram a humanidade à felicidade, ao casamento por amor. O amor não deixa de ser uma criação histórica. Isso é visível nas civilizações passadas. No direito romano, por exemplo, o *pater familias* era dado ao procriador, genitor. Ele tinha domínio sobre toda sua família, inclusive o compromisso de fidelidade só cabia à sua mulher.

Mas os valores mudaram e, com o tempo, a família passou a seguir outros rumos. A afetividade e as variações no conceito de família impulsionaram a uma nova definição do amor e do casamento, porém o Código Civil não acompanhou tais transformações. O culto à fidelidade permanece. Dessa forma, no segundo capítulo, serão tratadas duas vertentes: o casamento como dever de fidelidade - tipificado no Código Civil de 2002 – e a ruptura desse conceito, conforme filósofos, sociólogos e juristas retrataram na história.

O artigo 1.566 do Código Civil¹, por exemplo, defende como um dos deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca. Tal preceito é usado por magistrados como fundamento de suas decisões. Mas, é preciso reavaliar esse entendimento. O Direito deve acompanhar as transformações históricas. O fenômeno da mutação constitucional, por exemplo, deu nova interpretação a decisões e conquistas importantes - como a união homoafetiva - já que o neoconstitucionalismo é uma realidade vigente.

¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 4 ago. 2013.

Além disso, a abordagem de psicólogos, filósofos, servirá de diretrizes para todo esse trabalho, pois essa tarefa deve ser multidisciplinar. O direito sozinho não pode tutelar o amor, sentimentos, de forma subjetiva. Logo, no terceiro capítulo, será questionado o não cumprimento do dever de fidelidade pelo cônjuge, ou seja, a possibilidade de ser algo viável ou não no caso de indenização por dano moral.

O posicionamento da jurisprudência é diverso, porém ainda os magistrados mantêm a posição de que o adultério e a monogamia é uma realidade ainda vigente nos dias atuais. Assim, serão analisadas, de forma sucinta, algumas decisões e, ao mesmo tempo, haverá uma abordagem do posicionamento de doutrinadores, juristas, sempre presentes em discussões polêmicas como essa. As soluções serão expostas no decorrer deste trabalho.

2 FAMÍLIA AFETIVA COMO PARADIGMA CIVIL

A escola histórica do direito, narrada pelo jurista Savigny, mostra traços básicos do historicismo. Um deles é aplicar ao direito a individualidade e a variedade do homem. Isso porque ele varia no tempo e espaço, pois é produto da história, como mostra Bobbio:

“Hoje, o movimento de pensamento que diz respeito ao realismo jurídico tende a conceber como tarefa da jurisprudência extrair do estudo de uma dada realidade (o direito considerado como um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis, que permitam formular previsões sobre futuros comportamentos humanos (particularmente, prever as decisões que os juízes tomarão para os casos que deverão julgar)”.²

O Direito acompanha essas transformações. Os casos trazidos no âmbito jurídico buscam se aproximar cada vez mais da realidade, através de princípios agregados ao direito e jurisprudências dominantes nos tribunais. E isso pode gerar uma série de incertezas que não só atingem o pensamento jurídico, mas determinados valores sociais, pois tudo muda, conforme enfatiza o sociólogo polonês Zygmunt Bauman:

“Chegou o tempo de anunciar, como fez recentemente Alain Touraine, ‘o fim da definição do ser humano como um ser social, definido por seu lugar na sociedade, que determina seu comportamento e ações’. Em seu lugar, o princípio da combinação da ‘definição estratégica da ação social que não é orientada por normas sociais’ e a ‘defesa, por todos os autores sociais, de sua especificidade cultural e psicológica’ ‘pode ser encontrado dentro do indivíduo, e não mais em instituições sociais ou em princípios universais’”.³

A origem da entidade familiar mostra tal revolução cultural que possui aspectos do passado, do presente e do futuro, como mostra Kosovski:

“Parece não haver dúvidas de que a instituição da família, tal como se apresenta hoje, e que muitos consideram como ‘a pedra angular’, a ‘célula mater’ da sociedade, nem sempre existiu com essa tal forma. Ela é fruto de toda uma evolução que se processou ao longo dos últimos 5 ou 6 mil anos. Os vestígios de suas formas anteriores e intermediárias ainda persistem em muitas sociedades ‘primitivas’ nossas contemporâneas”.⁴

O filósofo Ferry, em sua obra “A Revolução do Amor”, também enfatiza que a história mudou e estamos vivenciando um século de rupturas que atingem o Direito de Família, como descreve:

² BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições da filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 222.

³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 29.

⁴ KOSOVSKI, Ester. **O "crime" de adultério**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 65.

“Quando eu lhes digo que até 1975, na França, uma esposa, salvo se determinado no contrato de casamento, deveria pedir permissão ao marido para abrir uma conta no banco e até mesmo para tomar pílula, que, aliás, só foi legalizada a partir de 1967, elas pensam mais no mundo dos *Flintstone* (isso elas conhecem...) do que na vida contemporânea”.⁵

“[...] Hoje, as mulheres ministras na Europa têm filho sem se casar e ninguém se choca de jeito nenhum, coisa que seria absolutamente impensável ainda no tempo do general De Gaulle”.⁶

Para justificar essa série de mudanças, Bauman afirma que a modernidade é caracterizada pelo estado de fluidez e liquidez, a sedimentação de uma nova ordem nos direitos costumeiros, nas lealdades tradicionais que atingem a instituição família, logo:

“Os poderes que liquefazem passaram do ‘sistema’ para a sociedade, da ‘política’ para as “políticas da vida”- ou desceram do nível ‘macro’ para o nível ‘micro’ do convívio social. A nossa é, como resultado, uma versão individualizada e privatizada da modernidade, e o peso da trama dos padrões e a responsabilidade pelo fracasso caem principalmente sobre os ombros dos indivíduos”.⁷

Diante desse contexto, percebe-se que um dos problemas que a sociedade atual enfrenta é em relação ao compromisso do conhecimento, que não é mais visto com profundidade, mas com aparência, ou seja, os sujeitos externos – como a mídia, a igreja – banalizam o conhecimento e o conduz para um universo moral limitado que justifica todas as relações humanas, sociais, contemporâneas.

Uma prova dessa realidade está no amor - que pode ser considerado, para especialistas da área, como uma “falsa esperança”, ou seja, uma construção moral da sociedade. De acordo com o psicoterapeuta e conselheiro matrimonial Nathaniel Branden:

“Hoje, o amor romântico também é alvo do ataque de psicólogos, sociólogos e antropólogos, que frequentemente o desprezam por ser um ideal imaturo e ilusório. Para esses intelectuais, a ideia de que uma ligação emocional intensa possa ser a base de um relacionamento duradouro e satisfatório é simplesmente o produto da cultura ocidental moderna”.⁸

Nem o Direito ficou livre dessas discussões. No campo jurídico, o próprio Alexy questiona a validade da norma jurídica e a separação do conceito de direito com elementos

⁵ FERRY, Luc. **A revolução do amor**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 33.

⁶ Ibidem, p. 34.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 14.

⁸ BRANDEN, Nathaniel. **A psicologia do amor: o que é o amor, por que ele nasce, cresce e às vezes morre**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 17.

morais, defendidos pelos positivistas. Mas existe também a perspectiva do participante, como um magistrado, conforme explica o autor: “Um quadro totalmente diferente surge quando se contempla o direito a partir da perspectiva de um participante, por exemplo, de um juiz. Partindo-se dessa perspectiva, a tese da separação é inadequada, e a da vinculação correta”.⁹

Destarte, percebe-se que o direito acompanha essas transformações e é, muitas vezes, influenciado pela realidade vigente. De acordo com o filósofo Norberto Bobbio, “quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do direito, mas uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquela em que vivemos”.¹⁰

No que diz respeito aos princípios da Afetividade e da Monogamia, para entendê-los, de fato, é necessário analisar valores e instituições (como amor, família, Estado, casamento, entre outros) não como fenômenos isolados, mas que se complementam. É possível analisar a validade desses conceitos na história.

“A família foi considerada como um fenômeno essencialmente histórico, variável no tempo e geograficamente, e com estruturação determinada e modificada por fatores decorrentes do modo de produção econômica de cada época”.¹¹

O amor é o ponto de partida desse estudo, pois ele é o mesmo que vigora nas relações afetivas atuais, que une e desune muitos matrimônios. Para compreender o amor, é necessário também ver as diferentes posições das disciplinas que influenciam essa análise, como a psicologia, a filosofia, a sociologia, já que o Direito de Família deve ser visto de forma multidisciplinar.

Para aprofundar a visão romântica do amor, é preciso voltar ao passado e analisar a evolução da família, no seu contexto histórico e social, como será mostrado a seguir.

⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011, p. 43.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições da filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29.

¹¹ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante no direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43.

2.1 Família Liberal

Nem sempre o amor era a base familiar nas civilizações. A história mostra isso. Como dizia Friedrich Engels, “a família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema”.¹²

Nas culturas primitivas, o ponto principal era a sobrevivência da tribo, de forma conjunta, dando pouca importância ao pensamento individual. Em tribos brasileiras, por exemplo, existiam regras não escritas sobre amor e casamento, como comenta Kosoviski:

“O matrimônio entre os indígenas está regido por uma série de regras, as quais, como todos os demais costumes, diferem grandemente a tribo. Para citar um só exemplo, basta dizer que a divergência entre as diversas sociedades indígenas com relação ao matrimônio começa com o número de cônjuges que são permitidas a cada indivíduo. Assim, sociedades há que permitem a poligamia, isto é, o casamento de um homem com mais de uma mulher [...]”.¹³

Constata-se que, naquela época, era possível ver vários tipos de casamentos: os grupais (de mais de um homem com mais de uma mulher), a poliandria (casamento de uma mulher com mais de um homem) também era permitida. Essas espécies variavam de acordo com os costumes de cada tribo. O adultério era resolvido de forma pacífica e há relatos que comprovam isso, como do Padre Anchieta ao dizer que “os selvagens casavam e descasavam com incrível facilidade”.¹⁴

Com o passar do tempo, houve uma evolução do amor secular no Ocidente, como comenta Nathaniel Branden:

“É preciso lembrar que durante muito tempo no passado, o conceito de amor romântico como uma meta e base para o casamento era desconhecido; ele ainda é desconhecido em muitas culturas. Somente nas últimas décadas, alguns não-ocidentais provenientes das classes sociais mais instruídas se rebelaram contra a tradição do casamento arranjado pelas famílias e passaram a encarar o Ocidente e seu conceito de amor romântico como um objetivo melhor”.¹⁵

¹² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Centauro, 2006, p. 84.

¹³ ABREU, Aurélio M. G. de. Introdução ao estudo das culturas indígenas do Brasil. Rio de Janeiro: Edição Nosso Brasil, 1977, p. 81-82. In: KOSOVSKI, Ester. **O "crime" de adultério**, 1997.

¹⁴ Ibidem, p. 81-82.

¹⁵ BRANDEN, Nathaniel. **A psicologia do amor: o que é o amor, por que ele nasce, cresce e às vezes morre**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 17.

Em épocas passadas, o casamento custava caro e a mulher era um obstáculo na vida do homem. Ademais, ter filhos era uma obrigação do chefe para dar satisfação ao Estado e à religião. “O casamento era um mal necessário e uma aliança de desiguais”, como mostra Branden:

“A noção de ‘casamento por amor’ não existia, portanto, na mente dos gregos, nem na mente do homem primitivo. ‘O casamento’, escreveu o poeta grego Pallatas, ‘proporciona ao homem somente dois dias felizes: aquele no qual leva sua noiva para a cama, e aquele no qual a enterra’”.¹⁶

Nesse contexto, o amor e o casamento não eram só uma ameaça aos gregos, mas aos romanos também. Os intelectuais romanos, segundo o autor, “viam a paixão como forma de loucura”¹⁷. Em plena Roma Antiga, só quem não poderia cometer adultério era a mulher. Nessa época, os maridos visitavam as tendas - as casas de prostituição - livremente.

Logo, o compromisso de fidelidade só cabia à mulher: “A mitologia cultural apoiava uma devoção religiosa à família romana, exaltando, em particular, as virtudes da virgindade nas solteiras, e a fidelidade nas mulheres casadas”¹⁸. Dessa forma, o padrão monogâmico era considerado uma regra imposta pela sociedade da época.

A influência canônica também era perceptível. De acordo com Nobert Elias:

“A Igreja evidentemente lutou desde cedo pelo casamento monogâmico. Mas o casamento assume essa forma rigorosa como instituição social obrigatória para ambos os sexos apenas em um estágio superior, quando os impulsos e ardores caíam sob controle mais firme e estrito”.¹⁹

Em princípio, a Igreja não interveio no casamento (só nos séculos XI e XII), porém existiam opiniões afirmando que o casamento seria “um remédio para enfrentar os desregramentos, os incestos, a homossexualidade”.²⁰

Esse modelo padrão gerou consequências para os dias atuais, já que, segundo o filósofo francês Luc Ferry:

¹⁶ BRANDEN, Nathaniel. **A psicologia do amor**: o que é o amor, por que ele nasce, cresce e às vezes morre. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 29.

¹⁷ Ibidem, p. 30.

¹⁸ Ibidem, p. 30.

¹⁹ ELIAS, Nobert. O processo civilizador: uma história dos costumes. 1994. In: SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante no direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 64.

²⁰ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante no direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 61

“[...] o aumento dos divórcios está direta e quase totalmente ligado à invenção e, em seguida, à propagação do casamento por amor. Quando se baseia uma união apenas na lógica do sentimento, quando o laço afetivo e a afinidade eletiva são essenciais, basta que o amor se apague para que a separação se imponha: nada mais, de fato, justifica objetivamente a sua manutenção. Mas isso seria uma regressão? É discutível”.²¹

De acordo com Neto e Serrano, a fidelidade, em Roma, era um dever ético e moral que cabia à mulher. Sendo assim, o imperador romano Augusto, filho adotivo de César, com o intuito de coibir adultérios das esposas não sujeitas aos seus maridos, baixou a *Lex Julia de adulteriis coercendis*. “Disponha essa Lei que, se a mulher fosse flagrada em adultério, seu marido conduzi-la-ia ao seu *pater*, que a julgava, chegando a condená-la à pena de morte e, também, ao seu cúmplice, se este fosse apanhado em flagrante adultério”.²²

A partir da República, os divórcios em Roma se tornaram corriqueiros, já que os valores morais, religiosos, sofreram mudanças. “Com o intuito de diminuir o número de separações, foi inicialmente instituída a denominada *Nota Censoria*, uma censura pública àqueles que se divorciavam sem razão”.²³

Percebendo os valores familiares desgastados, o primeiro imperador romano Augusto aprovou “um ‘código matrimonial’, contido na *Lex Julia de maritandis ordinibus*, em 18 a.C. e *Lex Julia ET Poppaea*, que obrigava todos os homens de 25 a 60 anos e as mulheres de 20 a 50 anos a se casarem e terem filhos”.²⁴

Como pena, os infratores eram impedidos de se casar, de adquirirem quaisquer bens como herança. Dando um impulso aos valores demográficos, as viúvas e os divorciados nem escaparam dessa imposição, pois se exigia que eles se casassem novamente em dois anos. Tais medidas representaram uma imposição à vigência da instituição familiar plena.

Percebe-se, nesse sentido, que, no direito romano, o *patria potestas*²⁵ era absoluto. O direito patriarcal era reforçado pelos próprios costumes da época. A palavra “família” também

²¹ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 94.

²² NETO, 1993, p. 41 *apud* JIMÉNEZ SERRANO, Pablo; CASEIRO NETO, Francisco. **Direito romano**. São Paulo: Desafio Cultural, 2002, p. 178.

²³ ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2000, p. 170.

²⁴ *Ibidem*, p. 170.

²⁵ Poder patriarcal.

era usada em relação a coisas, de forma ampla, pois representava o conjunto do patrimônio, já que até a quantidade de escravos pertencentes ao senhor fazia parte desse conceito.

“A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles”.²⁶

Apesar de a história mostrar que o casamento, em Roma, foi sempre monogâmico, havia duas formas de casamento: em *in manu* (quando a mulher submetida à *manus* do marido, ou seja, tudo que era dela passava para o marido) e *sine manu* (a mulher não se sujeitava ao marido se, por acaso, o marido também não fosse *pater*).

De acordo com Pontes de Miranda, a família compreendia o *pater familias*, ou seja, no direito romano esse título era dado ao procriador, genitor. Chamava-se de família as pessoas que estavam ligadas à potestade de um *pater* - os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder - e a mulher, *in manu*, que se considerava em condição análoga à de uma filha: *loco filiae*.²⁷

Um fato importante a observar, citado por Miranda, foi que a evolução econômica e moral da sociedade contribuíram para a redução da assimetria entre o *pater familias*²⁸ e a mulher *in manu*.

Em Roma, somente os membros da classe patrícia tinham o *jus connubium* (direito ao matrimônio), daí decorrendo a impossibilidade de os plebeus se casarem com patrícios, e vice-versa²⁹. Com o advento do domínio do imperador Justiniano, o casamento foi estendido para todas as pessoas, independente de classe social.

A partir da decadência do Império Romano (nos séculos II e III), o Cristianismo surgiu trazendo novos paradigmas à cultura ocidental e, em especial, novos valores morais foram disseminados. “O Cristianismo assegurou a homens e mulheres um ideal de amor

²⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Centauro, 2006, p. 60.

²⁷ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**, Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p. 30.

²⁸ Expressão usada para designar os chefes, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder.

²⁹ ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições do direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

coerentemente abnegado e não-sexual. De fato, o amor e o sexo deveriam estar em polos opostos: a fonte do amor era Deus, a origem do sexo era o Diabo”.³⁰

Já no fim do século VI, o Cristianismo, através da Igreja, trouxe uma postura política para o casamento.

“A própria relação da mulher com o homem, de acordo com a doutrina cristã, era semelhante à do homem com Deus: o homem deve aceitar Deus como seu mestre e se submeter incontestavelmente às suas vontades”.³¹

Com o Romantismo do século XIX, passado o Iluminismo que colocava o homem de forma central, além dos avanços nas descobertas científicas e a queda das crenças religiosas, a existência humana procurava uma nova inspiração. “O compromisso com relacionamentos interpessoais parecia a única fonte de estabilidade, continuidade e significado da vida humana”.³²

Foi nesse cenário que o amor surgiu. “Em meio a esta grande revolução, entre as rápidas mudanças sociais e culturais que a liberdade política desencadeou, o casamento e a família eram idealizados como uma instituição necessária à estabilidade social, e a devoção conjugal se tornou, assim, um dever social”.³³

Diante das exposições históricas, percebe-se que houve não só uma evolução da família, mas de conceitos que envolviam o amor, o casamento, o afeto, os sentimentos, em sua amplitude. É necessário compreender as diferentes ideologias do passado, suas variantes, para entender os princípios teóricos usados no presente e, até mesmo, no futuro.

Os alicerces que fundamentam o direito são instáveis, pois dependem de uma determinada cultura. A vigência da Constituição Federal de 1988 alcançou diretamente o núcleo familiar, através da ampliação de novos conceitos de família (princípio da igualdade entre homem e mulher, por exemplo). É partindo desse pressuposto que a análise dos princípios da afetividade e da monogamia será construída.

³⁰ BRANDEN, Nathaniel. **A psicologia do amor**: o que é o amor, por que ele nasce, cresce e às vezes morre. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 32.

³¹ Ibidem, p. 35.

³² Ibidem, p. 50.

³³ Ibidem, p. 51.

2.2 Família Afetiva

Assim como a modernidade está em constantes transformações, o conceito de família e sua relação com o princípio jurídico da afetividade vêm tomando novos rumos no direito. “É a vontade, a intenção de conviver como família, que une as pessoas”³⁴. As múltiplas relações familiares, ou melhor, socioafetivas, através da valorização da dignidade humana, estão consagrando novos valores que refletem na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais.

“A doutrina e a jurisprudência majoritária vêm apontando que o rol constante da Constituição Federal é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Assim sendo, podem existir outras manifestações familiares, além daquelas expressas no Texto Maior”.³⁵

A Constituição Federal, por exemplo, não pode ser vista como algo estanque. O fenômeno da Mutação Constitucional, mudança informal de interpreta o da lei sem altera o do texto, já é uma realidade que deve ser seguida pelo direito:

“Uma das patologias cr nicas da hermenêutica constitucional é a interpreta o retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o possível com o antigo”.³⁶

Segundo Maria Berenice Dias, com o desaparecimento da família patriarcal, o afastamento do conceito de sacraliza o da família, a convivência passou a ser pressuposto para o reconhecimento de uma entidade familiar através dos laços afetivos.

“Com isso, alargou-se o conceito de família, passando a enla ar todas as formas de convivência que se estruturam a partir de um comprometimento amoroso. [...] família agora é um conceito plural: desconstituída, recomposta, monoparental, homoparental, clonada ou gerada artificialmente”.³⁷

Tal realidade   constante, como enfatiza:

“Como mudaram os paradigmas da família, não se pode deixar de enla ar no seu conceito todos os relacionamentos que se constituem pelo comprometimento amoroso. Hoje, o que leva a inserir o relacionamento no

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 10.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 32.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Natureza jurídica e fun es das Agências Reguladoras de serviços públicos**. In Boletim de direito administrativo. Ano XV N. 6, Jun. 1999.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66.

âmbito do Direito de Família ‘é o afeto, independente da sacralização da união, da fidelidade procriativa e até do sexo de seus integrantes. Basta lembrar as famílias monoparentais e as relações que, em vez de homossexuais, passaram a ser chamadas de homoafetivas’.³⁸

Para Tartuce, essa mudança ampliou conceitos clássicos de casamento através da valorização de princípios, de forma sistemática, presentes no Direito de Família. Dentro dessa visão “plural” de família, como fala Maria Berenice Dias, surgiram temas como: união homoafetiva, paternidade socioafetiva, além das relações afetivas entre os cônjuges.

“A rígida instituição do casamento, inicialmente considerada como a única forma legítima de formação da família, cedeu espaço para dois outros modelos de entidades familiares, fazendo tabula rasa de tantas formas distintas e igualmente legítimas de entidades relacionais vincadas no afeto [...]”.³⁹

O conceito tradicional de casamento entre homem e mulher sofreu rupturas. Antes, exigia-se unicamente a diversidade dos sexos, porém foi constatado que “a tendência é o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou casamento homoafetivo, como fez o Superior Tribunal de Justiça ao final de 2011”⁴⁰. Outra mudança surgiu em relação à parentalidade socioafetiva como uma nova forma de parentesco civil. De acordo com Lôbo:

“O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros, filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família ‘expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade’”.⁴¹

Como foi visto, houve uma ruptura histórica no cenário familiar que, na sociedade liberal, apresentava certa formalidade nas suas origens, os laços afetivos eram unidos pela consanguinidade.

Agora, com o princípio da afetividade implícito na Carta Magna de 1988, ampliam-se as relações familiares e o seu estudo - antes tratados apenas por sociólogos, psicólogos - acaba

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

³⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al (Org.). **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 393.

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 36.

⁴¹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

sendo objeto de análise jurídica. “Portanto, os afetos compõem a fenomenologia da relação jurídica familiar, mas não são elementos de existência ou validade jurídicas dos fatos jusfamiliares”.⁴²

Segundo Tartuce, a defesa de aplicação da parentalidade socioafetiva, atualmente, é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família⁴³. Assim, para o direito, não há diferença entre um filho adotivo e outro biológico, visto que, de acordo com o artigo 227, §6º, da Constituição Federal, “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”.⁴⁴

Tal reflexão evidencia a valorização constante dos princípios da igualdade, solidariedade e dignidade humana. O fato é que o princípio da afetividade vem tomando contornos distintos no âmbito familiar, como já foi visto. Se ele for aplicado nas relações entre cônjuges, para Paulo Lôbo, pode ser frágil e existirá somente enquanto durarem as relações afetivas, como explica:

“Na relação entre cônjuges e entre companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição)”.⁴⁵

Tartuce diz, claramente, que o que basta no momento é a conclusão de que a afetividade é princípio jurídico, gerando consequências concretas para o Direito Privado, ao contrário do que muitos podem pensar⁴⁶. Isso porque esse princípio deu um novo olhar nas relações familiares.

⁴² DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Org.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.74.

⁴³ TARTUCE, Flávio. **Famílias**. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 993.

⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8. jun. 2013.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71 e 72.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. Op.cit., p. 994.

“A realidade se impôs e segue exigindo revisitação e redefinição das categorias do direito de família com a árdua tarefa de consagrar princípios constitucionais e direitos fundamentais também na seara do direito privado”.⁴⁷

Dias, Bastos e Moraes já questionavam que o direito não considera o afeto um elemento subjetivo, mas sim o compromisso de formar uma família, ou seja, o amor.

“Portanto, os afetos compõem a fenomenologia da relação jurídica familiar, mas não são elementos de existência ou validade jurídicas dos fatos jus familiares. O juiz da paz não pergunta a João se ama Maria, mas se está disposto livremente a casar-se com ela. Também não pergunta quando da dissolução do vínculo, porque o amor diminuiu. E jamais veremos uma notável pergunta à mãe, na hora do registro de uma criança, se ela ama a filha”.⁴⁸

A tendência da sociedade contemporânea é analisar os laços que ligam as pessoas de forma positiva. O Direito e as decisões dos magistrados são enquadradas nesse sentido, porém:

“Não é fácil pensar em afeto de maneira objetiva, dissociada das sensações, porque ele é essencialmente sentimento. Todavia, para resolver o problema jurídico, não será possível tomá-lo por objeto, pela forma abstrata de sentimento, mas pela maneira concreta da conduta. Para que se perceba o afeto, deve-se buscar o seu veículo, as ações que vão torná-lo, pelo menos, presumível”.⁴⁹

Na perspectiva de tornar as relações humanas de forma objetiva, o Código Civil de 2002 ilustra, em seus artigos, a responsabilidade civil entre os cônjuges e a repercussão social do dever de fidelidade no casamento, como serão vistos a seguir.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 280.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Org.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 74.

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 56.

3 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO E O ADULTÉRIO

3.1 O Casamento e o Dever de Fidelidade

Como reflete Maria Berenice Dias, o casamento enseja “o dever de mútua assistência atribuído aos cônjuges”⁵⁰. De acordo com a jurista, o casamento foi a “influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal que levou à consagração do matrimônio como eterno”⁵¹. No direito romano, essa instituição não era direito de todos, inclusive os escravos eram proibidos de se casarem.

A natureza jurídica do matrimônio era bem diversificada. Os romanos acreditavam que “o casamento não era ato jurídico, mas sim uma situação de fato em que se sabia da existência ou não do vínculo, apurando se, nas suas relações, o homem e a mulher se comportavam como esposo e esposa”.⁵²

“Posteriormente, as ideias dos protestantes e a Revolução Francesa fizeram do casamento um ato civil, que Savigny e os autores franceses e italianos do século XIX incluíram no campo dos contratos, pois, para eles, todo ato bilateral se confundia com o casamento”.⁵³

De acordo com Tartuce, “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”.⁵⁴

O autor parte da ideia que o matrimônio deve ser pensado de forma plural, já que a família não é constituída apenas nas formas tradicionais (consanguinidade, por exemplo).

A união socioafetiva⁵⁵ é uma realidade presente e se coaduna com a dignidade da pessoa humana na sociedade contemporânea. Dessa forma, ele justifica a natureza jurídica do casamento a partir de três teorias.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 464.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19.

⁵² WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87.

⁵³ Ibidem, p. 87.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 35.

⁵⁵ Um exemplo trazido na obra é o caso da união homoafetiva (REsp 1.183.378).

A primeira delas, a Teoria Institucionalista, em síntese, vê o casamento como uma instituição social. “Essa concepção é defendida por Maria Helena Diniz, pois a ideia de matrimônio é oposta à de contrato”.⁵⁶

A segunda, a Teoria Contratualista, adotada pelo Código Civil português, diz que “o casamento constitui um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação”.⁵⁷

Finalmente a terceira, conhecida como Teoria Mista ou Eclética, afirma que “o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação”.⁵⁸

Analisando essa classificação, Flávio Tartuce acredita que a teoria mais próxima da realidade é a Eclética, visto que, para ele, a Teoria Institucionalista está superada por causa da autonomia privada e do reconhecimento de novas entidades familiares.

Ademais, em relação à segunda teoria, o casamento não deve ser visto de forma bilateral, já que não há um conteúdo patrimonial e sim afetivo, conforme disposto no artigo 1.511 do Código Civil: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.⁵⁹

O autor entende que a melhor forma é compreender o casamento como um negócio jurídico *sui generis*, assim como o jurista Pontes de Miranda já antecipava essa realidade, dizendo que o casamento não pode ser visto como um instituto familiar, mas um contrato *sui generis*, ou seja, a pessoa casa para dispor regime de bens, não para amar:

“De todo descabido afastar do âmbito da juridicidade relação que atendeu a todos os requisitos legais, sob o fundamento de que mantinha o varão relacionamento simultâneo com outra pessoa. Essa tentativa de singelamente não vê a realidade, tenta apagá-la do âmbito do Direito, é atitude conservadora e preconceituosa, além de gerar injustiças e enriquecimento sem causa”.⁶⁰

⁵⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p.37.

⁵⁷ Ibidem, p. 38.

⁵⁸ Ibidem, p. 38.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

O matrimônio, na verdade, é um ato solene que cria deveres legais sem caráter obrigacional. “A Igreja Católica também se opõe à conceituação exclusivamente contratual do casamento, pelo fato de se admitir nos contratos a possibilidade de rescisão bilateral, que significaria a admissão do divórcio”.⁶¹

Sendo um contrato, o Código Civil de 2002 mostra, em seu artigo 1.566, ao lidar com a eficácia do casamento e o culto à monogamia, que a fidelidade conjugal é dever do casal, *in verbis*:

“Art. 1.566. 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”.⁶²

Apesar de estar tipificado no atual Código Civil, será que o dever de fidelidade deve servir como um parâmetro para os magistrados proferirem suas decisões, especificamente se caberá dano moral? Aparentemente, esse poderá ser um caminho perigoso, visto que tal conceito surgiu após a instituição do “culto monogâmico” do passado. Na visão de Maria Berenice Dias, “a violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte a ponto de gerar obrigação indenizatória por danos morais”.⁶³

Ademais, o dever de “fidelidade”, exposto no artigo 1.566 do Código Civil, para a sociedade atual, pode ter interpretações diversas. Logo, as críticas devem ser voltadas à palavra fidelidade e seu conceito, que não deve ser referência para lidar sobre as relações entre os cônjuges.

Na Bíblia, em Salmos 108:4, a fidelidade é vista como algo divino: “porque o teu amor leal se eleva muito acima dos céus; a tua fidelidade alcança as nuvens!”.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

⁶² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 out. 2013.

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 116.

É verdade que a fidelidade está atrelada à monogamia (imposta em épocas passadas). “Nossa sociedade, ética e juridicamente, é monogâmica, e a fidelidade, que tem de ser guardada pelos cônjuges, é a consequência lógica desse princípio”.⁶⁴

Em obras publicadas em 2005, ano em que o adultério deixou de ser considerado crime, como a de Arnaldo Wald, era natural ver posicionamentos que mostravam o adultério, no direito privado, como justa causa nos casos de separação. Nesse sentido, Wald já dizia em seu livro: “A fidelidade é entendida no sentido físico e moral, ou seja, como manutenção das relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge e dever de lealdade de cada membro do casal em relação ao outro”.⁶⁵

Assim, deve-se pensar no dever de lealdade de forma ampla. A observância maior está relacionada aos deveres de lealdade contemporâneos, na configuração de união estável como entidade familiar, como o artigo 1.724 do Código Civil referencia: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Trata-se de verificar, em relação à lealdade entre os cônjuges, o respeito e a consideração mútuos⁶⁶, o compromisso em arcar com as despesas da criação dos filhos, de manter uma casa, ou seja, dividir responsabilidades de forma recíproca, prestar assistência moral e financeira. Logo, esse dever de fidelidade, positivado no Código Civil de 2002, não pode ser visto como uma cópia literal da lei, isto é, de forma unilateral, como explica Maria Berenice Dias:

“Deve o magistrado ter coragem de assumir uma postura que atenda ao momento que a sociedade está vivendo, não se tornando mero aplicador da lei, que, muitas vezes, não reproduz o estágio já alcançado pelo meio social. Sua função é extremamente rica. Para atender à sua obrigação de fazer justiça, muitas vezes o julgador precisa afrontar à lei ou criar situações que se amoldem ao fato que se apresenta a julgamento”.⁶⁷

⁶⁴ CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175.

⁶⁵ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73.

Assim, a autora complementa: “Ninguém é fiel porque determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem consagrada em lei”⁶⁸. Ademais, atualmente há casamentos consolidados que, na prática, não existem. Por exemplo, há casais que vivem juntos, por muito tempo, devido a questões de conveniência, já que esse “esforço” existe para privar os filhos de qualquer constrangimento, dissabor.

Além disso, existem mulheres casadas que não se separam por não possuírem estabilidade financeira própria para seu sustento. Assim como em tempos primitivos - na devoção ao sagrado, no casamento patriarcal – para elas, “a fidelidade tem muito mais de temor do que amor”⁶⁹, já que dependem financeiramente dos seus cônjuges, como em épocas passadas, e encontram-se numa posição submissa em relação a eles.

Pode-se concluir que a o conceito de fidelidade, trazido no artigo 1.566, não deve ser o principal fundamento nos litígios familiares, já que “Nesta nova fronteira alcançada pelo direito civil contemporâneo não há espaço para o dever de fidelidade que prestava bem à composição do sistema patrimonialista que orientava as codificações oitocentistas”.⁷⁰

Ademais, o conceito do amor e suas variáveis devem ser aplicados no contexto atual da sociedade, como Ferry cita as passagens do Levítico na Bíblia: “Quando o Cristo nos recomenda a amar o próximo como a si mesmo, é evidente que ele não apela para um sentimento interior, mas para atos e comportamentos que devem, aí está o imperativo, se inscrever na realidade tangível”.⁷¹

A lealdade do casal deve ser a principal justificativa para expor o dever conjugal. A boa-fé reforça essa ideia. De acordo com Flávio Tartuce, a boa-fé objetiva deve ser uma ferramenta que auxilie os aplicadores do direito em casos de lacuna na lei. Para ele, conforme o princípio da eticidade, a boa-fé e a ética estão com novo espaço na sociedade. Nesse

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.

⁶⁹ KOSOVSKI, Ester. **O "crime" de adultério**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 75.

⁷⁰ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 321.

⁷¹ FERRY, Luc. **A revolução do amor**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 215.

sentido, “a boa fé deixa o campo das ideias, da intenção – boa-fé subjetiva –, e ingressa no campo dos atos, das práticas da lealdade – boa-fé objetiva”.⁷²

Vê-se que a realidade mostra que o amor romântico, a fidelidade, já não são mais parâmetros para manter um casamento.

“A própria ciência vai justificando uma reivindicação desejada e abafada secularmente. A maior aceitação social de novos relacionamentos, antes considerados impuros e ilegais, também contribui para acabar com o mito da eternidade do casamento”.⁷³

O filósofo Luc Ferry já dizia que: “O casamento e o amor nada têm a ver juntos. Casa-se para se fundar uma família e formar-se uma família para a constituição da sociedade”⁷⁴. Assim, a lealdade é o caminho para a manutenção das relações conjugais, como pensa Maria Berenice Dias:

“No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões, morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas”.⁷⁵

Assim, percebe-se a fragilidade das relações monogâmicas e do conceito de fidelidade que ganha mais força com a consagração de outros valores superados pelo adultério, como será mostrado em sequência.

3.2 O Adultério e a Ruptura da Fidelidade Recíproca

A palavra *Adulterium, ii* (adultério, corrupção do matrimônio) ou *adulter, eri* (aquele que viola a fé conjugal tendo relações extramatrimoniais)⁷⁶ é uma expressão aplicável à infidelidade. Hoje, vem ganhando novas concepções, principalmente em relação ao Direito de Família, pois o adultério deixou de ser fato ilícito após a revogação do art. 240 do Código

⁷² TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, n. 35, p.1-23, 27 out. 2005, p. 1.

⁷³ KOSOVSKI, Ester. **O "crime" de adultério**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 113.

⁷⁴ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês – política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 99.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 46.

⁷⁶ KOSOVSKI, Ester. Op.cit., p.10.

Penal Brasileiro pela lei 11.106, de 28 de março de 2005, porém continua sendo um ilícito civil.

“De acordo com o historiador Vern Bullough, a primeira vez em que o adultério foi relacionado ao pecado na história ocidental teve lugar entre os antigos hebreus”⁷⁷, pois os costumes passaram a ser identificados com a lei de Deus. Historicamente, a monogamia era a regra, porém, atualmente, diante da proliferação de distintas formas de família, não há mais o que se falar em estabilidade familiar.

O Código Civil reproduz, em seu artigo 1.521, VI, que as pessoas casadas não podem casar. Além disso, o artigo 1.573 do Código Civil de 2002 tipifica o adultério como uma das condutas reprováveis na união conjugal, conforme *in verbis*:

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

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa”.⁷⁸

Essa é uma regra que não pode ser considerada como princípio estruturador do direito de família, pois a monogamia está mais atrelada à teoria Institucionalista do Casamento, apontada por Flávio Tartuce, já superada por trazer uma forte “carga moral e religiosa”.⁷⁹

O princípio da Primazia da Monogamia é algo discutido, de forma rotineira, nos tribunais, litígios familiares. Mas, para análise de sua eficácia, como justificativa para os casos tratados, é necessário conhecer as suas origens, inclusive a história do adultério e a quebra de paradigmas, como do conceito de fidelidade através da natureza jurídica do casamento.

⁷⁷ FISHER, Helen. **Anatomia do amor – a história natural da monogamia, do adultério e do divórcio**. Rio de Janeiro: Eureka, 2005, p. 90.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 4 ago. 2013.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, n. 35, p.1-23, 27 out. 2005, p. 38.

De acordo com Marcos Alves da Silva, “para Ruzyk, a monogamia não pode ser afirmada como um princípio do direito estatal de família, revela-se, contemporaneamente, como ‘uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas’”.⁸⁰

A par disso, essa posição é pertinente, já que a história mostra que a bigamia sempre foi repudiada por causa dos costumes, da moral de épocas passadas. Assim, não se pode negar que a monogamia é uma criação histórica. Assim, não seria lógico utilizar um princípio, como esse, frágil, sem estabilidade conceitual, como justificativa para certas posições jurisprudenciais no direito. Por isso, Silva enfatiza: “O que se põe em questão é: Por que o direito deve, em homenagem à regra da monogamia, reconhecer vigência e efetividade a um casamento que, no mundo dos fatos, não mais existe [...]”.⁸¹

Outro ponto que fragiliza o princípio postular da monogamia é que esse fenômeno não pode ser compreendido como uma simples evolução normativa, pois, assim, sua análise seria reducionista, sem conexão com a história da sociedade, a psicologia, a sociologia, entre outras ciências da humanidade.

“Implicitamente, é possível concluir que o determinismo histórico-econômico que estaria na base do casamento monogâmico, não passa de uma circunstância, também, histórica, todavia, não seria a gênese da monogamia, posto que, superada a desigualdade entre os sexos, esta, ainda assim, prevaleceria como modelo de casamento”.⁸²

Assim, para Marcos Alves da Silva: “Se a dimensão jurídica, em geral, não deve ser dissociada da base histórico-social que a ancora, com maior e especial razão, o tratamento jurídico da monogamia não pode ser deslocado de uma ampla interlocução com importantes áreas das ciências sociais”.⁸³

Dessa forma, em seu estudo, o autor revela também a perspectiva da monogamia no campo biológico, ao afirmar que, para os biólogos evolucionistas, a monogamia não é algo natural, um mero determinismo genético, já que, na maioria dos mamíferos, a monogamia não existe porque não há um investimento dos machos no processo produtivo.

⁸⁰ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante no direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 191.

⁸¹ Ibidem, p. 46- 47.

⁸² Ibidem, p. 46- 47.

⁸³ Ibidem, p. 32.

“Trata-se, nada mais nada menos, de uma contingência ou estratégia de fazer os genes sobreviverem e evoluírem”⁸⁴. Por tais razões, Pontes de Miranda já remetia às principais teorias sobre esse tema e também fazia referência a esse pensamento evolucionista da origem humana, de Charles Darwin. “De uma perspectiva darwiniana, é fácil explicar por que os homens são – por natureza – interessados na variedade sexual”⁸⁵.

Miranda também acreditava que esse estudo deve ser acoplado a um dado psicológico que influencia as relações humanas e não deve ser esquecido, que são os impulsos instintivos: o desejo de variar, da novidade, por exemplo.

Segundo Maria Berenice Dias: “O dever de fidelidade recíproca e de manutenção de vida em comum, que existe entre os cônjuges, bem como o dever de lealdade, imposto aos companheiros, não significam obrigação de manter relações sexuais”⁸⁶.

A crítica que Silva faz em relação ao determinismo evolucionista é que ele é insuficiente, já que se encontra ultrapassado diante de uma sociedade cultural, como explica:

“Superando visões monistas da espécie humana, dos seus agrupamentos e sociedades, é impossível, atualmente, desconsiderar a diversidade cultural. Não há lugar para reducionismos, nem para aqueles, fundados em concepções religiosas ou morais, nem tampouco para aqueles outros, estabelecidos em pretensas premissas de uma biologia evolucionista, com alegada capacidade de explicar a sexualidade humana em suas multifacetadas manifestações, simplesmente, a partir de uma força ou tendência genética evolutiva”⁸⁷.

De acordo com Pontes de Miranda, um dado psicológico que deveria ser estudado para investigar o dinamismo das relações monogâmicas seria o sexual, e não o propriamente parental. Segundo ele, seria mais lógico concluir que o amor filial e a afeição conjugal surgiram com a monogamia, como descreve:

“A monogamia criou o amor; não o amor, à monogamia, menos ainda o casamento. Há casamentos sem amor; amor, sem casamento; amor, sem relações sexuais sequer; relações sexuais, sem amor. [...] O casamento – no sentido jurídico – é instituição consciente, ritualizada, que veio a

⁸⁴ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 37.

⁸⁵ FISHER, Helen. **Anatomia do amor – a história natural da monogamia, do adultério e do divórcio**. Rio de Janeiro: Eureka, 2005, p. 98.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 116.

⁸⁷ SILVA, Marcos Alves da. Op.cit., p. 42, 43.

desenvolver-se desde as formas mais primitivas, que são quase-nada de casamento[...].”⁸⁸

De fato, se a monogamia criou o amor e ela, tida como um princípio, está fragilizada por decisões recentes, pode-se concluir que o amor é tão frágil quanto o relacionamento monogâmico? É mais contundente acreditar na análise de Engels. Segundo o filósofo, para que se “cultivasse” a monogamia não era exigido que houvesse amor conjugal, como enfatiza:

“Mas se a monogamia foi, de todas as formas de família conhecidas, a única em que se pôde desenvolver o amor sexual moderno, isso não quer dizer, de modo algum, que ele se tenha desenvolvido de maneira exclusiva, ou ainda preponderante, sob forma de amor mútuo dos cônjuges. A própria natureza da monogamia, solidamente baseada na supremacia do homem, exclui tal possibilidade”.⁸⁹

Assim, é possível acreditar que não é o amor que sustenta as relações monogâmicas e o dever de fidelidade, pois “A sociedade conjugal, composta pelo marido e pela mulher, constitui-se o núcleo básico da família, caracterizando-se pela convivência social e física e pela solidariedade econômica”.⁹⁰

Na visão de Marcos Alves da Silva, nas codificações burguesas dos séculos XIX e XX, a monogamia era seguida para assegurar a transmissão patrimonial aos descendentes do *pater familias*, por isso era necessário impor a monogamia às mulheres com o intuito de presumir a paternidade e determinar os possíveis herdeiros.

Logo, a exigência da fidelidade cabia à mulher. “Em alguma medida, o adultério masculino, no Ocidente, sempre foi tolerado, ao tempo que o feminino, severamente reprimido, pois poderia provocar a chamada *turbatio sanguinis*”.⁹¹

Outro ponto a ser observado é que o amor não é, nem seria, uma criação da monogamia. Em tempos pretéritos, a monogamia não deixava de ser um negócio e tinha características políticas, econômicas, de dominação masculina.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p. 211.212.

⁸⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Centauro, 2006, p. 71.

⁹⁰ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

⁹¹ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 45.

É visível que o adultério foi uma criação da lei do homem, com base nos interesses de uma época, tratado de forma absoluta. Por isso, a monogamia se tornou uma imposição histórica. Essa vinculação das relações e do prazer sexual e do vínculo conjugal surge pela exigência da fidelidade, como explicita Silva a seguir.

“Nessas circunstâncias, isto é, o de adultério de uma mulher casada, segundo Epicteto, o homem viola o dever de fidelidade para o qual ele teria nascido. Para ele, a infidelidade não se estabelece em relação à instituição matrimonial. O vínculo conjugal nem é por ele considerado [...]. O adultério aparece como falta em razão do rompimento que acarreta no tecido de relações existentes entre os homens, pois, no contexto dessas relações, cada um é chamado a respeitar os demais e a reconhecer-se entre estes”.⁹²

Diante de todo esse contexto, percebe-se que o princípio da monogamia está superado pela sociedade atual. Essa tese é utópica e não deve ser adotada pelo direito, nem mesmo por outras ciências. Há uma justificativa maior, partindo desse pressuposto: o Judiciário, ao fundamentar a monogamia como um princípio essencial no Direito de Família, está “invadindo” a esfera privada, como descreve Silva:

“[...] a monogamia é refutada como princípio jurídico porque se revela intromissão indevida do Estado em um âmbito em que a autonomia privada deve ter sua máxima expressão e isso, em prestígio ao próprio princípio da dignidade humana, que se tornará inócuo se não houver pleno exercício de liberdade na esfera existencial”.⁹³

O autor ainda enfatiza esse direito ao exercício da liberdade, definido pela Constituição Federal de 1988, como uma garantia, já que, de acordo com o artigo 1.513 do Código Civil de 2002⁹⁴: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Tal argumento também é questionado por Marcos Ehrhardt Júnior:

“Neste sentido, deve-se também indagar até onde vai a interferência do magistrado no âmbito familiar. Será que não estaríamos indo longe demais, diante da necessidade de proteção da privacidade e da vida privada? Não

⁹² SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante no direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 55 e 56.

⁹³ Ibidem, p. 309.

⁹⁴ BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 jun. 2013.

deixa de ser adequado lembrar neste ponto a máxima popular de que ‘em briga de marido e mulher [...] ninguém mete a colher[...]’.⁹⁵

Maria Berenice Dias também é bem incisiva em relação a isso, ao afirmar que: “A esfera privada das relações conjugais tende cada vez mais a repudiar a interferência do público, não se podendo deixar de concluir que está ocorrendo uma verdadeira estatização do afeto”.⁹⁶

Ao contrário dessa visão, Toaldo, Adriane Medianeira; Torres, Maria Ester Zuanazzi, defendem que “a indenização pelos danos decorrentes da infidelidade deve ser alvo de proteção jurisdicional”⁹⁷. Isso porque, segundo as autoras, a negativa dessa resposta do Estado pode comprometer o Estado de Direito e a ordem constitucional, pois o direito passaria a ser desleal e a liberdade irrestrita, “o que significa a abolição da monogamia como base das relações conjugais”.⁹⁸

Apesar desse contraste de visões, a defesa mais contundente é que tal realidade, que coloca em xeque a monogamia, já tinha sido antecipada pelo teórico revolucionário alemão Friedrich Engels, ao expor sua visão da monogamia para o futuro: “Estamos caminhando presentemente para uma revolução social, em que as atuais bases econômicas da monogamia vão desaparecer, tão seguramente como vão desaparecer as da prostituição, complemento daquela”.⁹⁹

Dessa forma, conclui-se que a primazia da monogamia não deve ser vista como princípio estruturante do Direito de Família, já que a realidade mostra a ruptura da fidelidade recíproca, assim como do amor, do casamento como instituição, e da monogamia.

⁹⁵ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 367.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 46.

⁹⁷ TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**, Brasília, n. 55, p.86-132, 02 ago. 2009, p. 126.

⁹⁸ Ibidem, p. 127.

⁹⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Centauro, 2006, p. 77.

4 VIABILIDADE DE COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL EM CASO DE TRAIÇÃO

Dentro das possibilidades já analisadas, será que os princípios da monogamia e da afetividade são suficientes para fundamentar, no âmbito jurídico, as decisões que envolvem dano moral por causa de um possível adultério? A reparação de danos é cabível na ação de divórcio? Aparentemente, não. Apesar de o tema ser incipiente, traz grandes discussões. A monogamia, como foi vista, não deve ser considerada como princípio - a história mostra isso. Já o afeto não é base para consolidar uma estrutura familiar.

“Os afetos, por natureza, são instáveis. Assim, não é razoável que o direito positivo, enquanto norma de ordem social, tome-os por elemento-cerne da relação familiar. [...] Quando as pessoas se deixam arrastar pela dimensão dos afetos, muitas vezes elas se desnaturam, quando os afetos se desnaturam”.¹⁰⁰

Em geral, estão ausentes estudos convincentes sobre o tema e os trabalhos acadêmicos publicados enfatizam o problema sem trazer soluções concretas.

“É neste contexto de consolidação de algumas conquistas e ainda de intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre aspectos práticos das ações de indenização, que ganha corpo a discussão acerca da possibilidade de ajuizamento de ações de reparação no campo do Direito de Família”.¹⁰¹

Nas decisões dos magistrados, as justificativas morais, religiosas, sobrepõem-se nesses casos, o que pode ser perigoso para o direito, como mostra julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 2011:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REQUISITOS ENSEJADORES DO PLEITO ANULATÓRIO NÃO EVIDENCIADOS. VIA ELEITA INADEQUADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Ao delimitar as provas necessárias, deverá o julgador indeferir "as diligências inúteis ou meramente protelatórias" (CPC, art. 130). Portanto, inexistente cerceamento de defesa quando o magistrado convicto da desnecessária dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos constantes nos autos. **É certo que o cometimento de adultério é reprovável pela sociedade,** contudo tal acontecimento ensejaria a possibilidade de pleitear a separação

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Org.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 74.

¹⁰¹ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 354.

judicial ou o divórcio, porém não autoriza a anulação do casamento e os seus consequentes efeitos”.¹⁰²

O dever de fidelidade é prática sempre defendida nos tribunais, conforme as jurisprudências expostas a seguir:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONHECIMENTO EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE DE RITOS. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO (CPC, ART. 292, § 2º). CULPA PELA SEPARAÇÃO DO VARÃO. ADULTÉRIO COMPROVADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. É permitida a cumulação de vários pedidos num único processo, contra o mesmo réu ou reconvinte, quando preenchidos os requisitos do artigo 292, § 1º, do Código de Processo Civil. **A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais.** O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva”.¹⁰³

Assim como defende jurisprudência abaixo:

“INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO CASAMENTO. FIDELIDADE RECÍPROCA. ART. 1.566, INC. I, CC/02. TERCEIRO CÚMPLICE.

I - Há dano moral, quando ocorre violação dos deveres do casamento, especialmente o da fidelidade recíproca (art. 1.566, inc. I, do CC/02). O cônjuge que mantém relacionamento extraconjugal concomitante ao casamento, ao longo de 24 anos, e dessa relação inclusive advém uma filha, deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais ao outro cônjuge, em razão da violação aos direitos de personalidade identificados na honra, imagem e integridade psíquica.

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Nº 2010.045024-4. Terceira Câmara de Direito Civil. Apelante: M.R.F. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Juiz Saul Steil, Santa Catarina, 01 de março de 2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=Apela%E7%E3o%20C%EDvel.%20N%BA%202010.045024-4&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora>. Acesso em: 2 out. 2013. (Grifo Nosso).

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Nº 2004.012615-8. Segunda Câmara de Direito Civil. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Santa Catarina, 05 de maio de 2005. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=Apela%E7%E3o%20C%EDvel.%20N%BA%202010.045024-4&cat=acordao_acma_recurso_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao&categoria=acma&categoria=recurso#resultado_ancora>. Acesso em: 2 out. 2013. (Grifo Nosso).

II - Pela teoria do terceiro cúmplice, o amante do cônjuge infiel não responde pelos danos advindos da violação do dever de fidelidade recíproca. Precedente do e. STJ.

III - Apelação provida”.¹⁰⁴

“JUIZADOS ESPECIAIS - CIVIL - CASAMENTO - O DESCUMPRIMENTO DO DEVER MATRIMONIAL DE FIDELIDADE POR SI SÓ NÃO É APTO A GERAR DANOS MORAIS PORQUANTO ESTÁ ENGLOBALADA NAS VICISSITUDES DA VIDA CONJUGAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO IMPROVIDO.

1. A traição, ou seja, o descumprimento de dever marital de fidelidade, embora traga angústia e profunda tristeza ao cônjuge traído, por si só não é apto a ensejar reparação por danos morais porquanto habita na esfera das vicissitudes da vida conjugal. Precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - INFIDELIDADE CONJUGAL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - INAPLICABILIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

O juiz é o destinatário de toda a prova produzida ou a produzir-se nos autos, com livre convencimento sobre os fatos em discussão e o seu enquadramento numa moldura jurídica, razão pela qual despicienda qualquer outra prova para o deslinde da controvérsia, cabe ao julgador o dever, e não a faculdade, de proferir sentença, quando não houver a necessidade de produção de outras provas, estando, portanto, o processo maduro para seu julgamento.

Em que pese seja natural que o rompimento da relação e a descoberta da traição tragam dor, sofrimento, tristeza e desapontamento ao apelante, tais fatos não demonstram, no caso em comento, acontecimento extraordinário a evidenciar flagrante violação aos seus direitos de personalidade.

"Não é qualquer dor ou constrangimento que acarreta o dever de indenizar, sob pena de banalizar o próprio conceito de dano moral.

Assim, a tendência de querer ver em tudo uma causa de dano moral é ainda mais perigosa porque se insere em um pensamento econômico-financeiro que quer monetizar todas as relações sociais, impregnando-as, de maneira radical, pelo fator dinheiro, transformando o dissabor, a angústia, a dor, em forma de vingar o desafeto, e isso o Judiciário não pode cancelar." (Sentença de fls.147/148 v.)”

(Acórdão n. 549835, 20090710325867APC, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Cível, julgado em 16/11/2011, DJ 28/11/2011 p. 75)

“JUIZADOS ESPECIAIS - CIVIL - PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DA ESPOSA CONTRA A AMANTE DE SEU MARIDO - INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO NA CONDUTA PRATICADA PELA RÉ - NÃO CONFIGURAÇÃO DE OFENSA À HONRA - AUSÊNCIA DE DANOS MORAIS - SENTENÇA MANTIDA

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 6ª Turma Cível. Acórdão n.618688, 20080110352973APC, Relator: Vera Andrighi, Revisor: Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/09/2012, Publicado no DJE: 20/09/2012, p. 241. (Grifo Nosso).

PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A existência de relação amorosa entre o marido da apelante e a apelada não configura ato ilícito em nosso ordenamento.

2. Com efeito, **o dever de fidelidade é do esposo, sendo ele, portanto, o violador do direito da Autora.**

3. Os percalços, frustrações e vicissitudes próprios da vida em sociedade não são passíveis de se qualificarem como ofensa aos atributos da personalidade, nem fatos geradores de dano moral, ainda que tenham causado na pessoa atingida pelo ocorrido uma certa dose de amargura.

4. A autora não comprovou nos autos qualquer fato que extrapole a linha limite dos aborrecimentos da vida conjugal.

5. Sentença mantida pelos próprios fundamentos, com Súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei 9.099/95. Recurso conhecido e não provido. Condenado o recorrente vencido ao pagamento das custas e honorários advocatícios no valor de 10% do valor da causa, que suspendo em razão da concessão da gratuidade de justiça." (Acórdão n. 441816, 20080510095415ACJ, Relator FLÁVIO FERNANDO ALMEIDA DA FONSECA, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 23/08/2010, DJ 01/09/2010 p. 212).

2. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. Condeno a recorrente nas custas processuais e honorários advocatícios que fixo no patamar de 10% do valor da causa cuja exigibilidade resta suspensa porquanto beneficiária da gratuidade de justiça.¹⁰⁵

Ademais, a valorização do princípio da Monogamia continua sendo utilizada nos tribunais, como mostra a apelação a seguir.

“RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL “POST MORTEM”. **Aos requisitos legais para a configuração da união estável deve ser acrescida a monogamia.** Trata-se de pressuposto à constituição da família e decorre do dever de lealdade que deve ser observado pelos conviventes (art. 1.724 do CC). Conjunto probatório que demonstra, de forma segura, que o “de cujus” manteve relacionamento amoroso com a autora, porém, mantinha união estável paralela. O conhecimento desta situação pela autora retira a boa-fé exigida nos casos em que, excepcionalmente, pode ser admitido o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Relação concubinária (art. 1.727 do CC). União estável não caracterizada. Recurso desprovido”¹⁰⁶

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 6ª Turma Cível. Acórdão n.631286, 20101310017365ACJ, Relator: José Guilherme, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 09/10/2012, Publicado no DJE: 07/11/2012, p. 266. (Grifo Nosso).

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0127095-68.2009.8.26.0011. Relator(a): Milton Carvalho. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 08/11/2012. Data de registro: 14/11/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeor=0127095-68.2009.8.26.0011&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>>. Acesso em 14 out. 2013. (Grifo Nosso).

Os autores José Fernando Simão e Flávio Tartuce possuem posições divergentes sobre a questão da culpa nas ações de divórcio. De acordo com José Simão, “não sendo possível a discussão de culpa nas ações de divórcio, assim, eventual Ação de Responsabilidade Civil entre os cônjuges deve correr na vara cível”.¹⁰⁷

Logo, para que seja configurada a responsabilidade civil de fato, a parte deve comprovar os requisitos legais exigidos, entre eles a conduta lesiva (dolosa ou culposa), o resultado danoso e o nexo de causalidade (artigo 186 do Código Civil de 2002).

Para Flávio Tartuce, pode-se falar em culpa. “Em suma, em casos de maior gravidade, como aqueles de violência doméstica, a culpa que dissolve o casamento é a mesma que importa a responsabilidade civil”¹⁰⁸. Nesse sentido, é possível que o juiz declare o divórcio e, na própria ação, discuta a responsabilidade civil, em observância à celeridade processual.

Isso será viável quando o magistrado perceber que há conduta acintosa por parte de um dos cônjuges, com o intuito de causar humilhação e abalo moral. É assim que entende também Maria Berenice Dias. Para ela, “os danos psíquicos são inquestionáveis. Nesta seara, no entanto, a obrigação indenizatória decorre do ato ilícito consumado ou tentado, e não da existência do vínculo familiar”.¹⁰⁹

“No entanto, é necessária a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa – dano, culpa e nexo de causalidade -, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia”.¹¹⁰

Ademais, Maria Berenice Dias reflete:

“É difícil vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito de família, uma vez que a resposta deve levar em linha de conduta inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral. Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 225

¹⁰⁸ Ibidem, p. 225.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização”.¹¹¹

A autora indaga também:

“A mesma perplexidade persiste em face da necessidade da identificação de um culpado para que se rompa o vínculo marital. Mas como identificar o responsável pelo fim do amor? Como comprovar o carinho que não foi feito, as mágoas que se transformaram em frustrações, brigas e até em agressões?”¹¹²

O questionamento de Maria Berenice Dias não tem uma resposta precisa nos tribunais e na doutrina. Tartuce, ao falar sobre reparação de danos por quebra da fidelidade, mesmo que de forma superficial, diz que a resposta para certos posicionamentos só será dada no futuro.

Enquanto não há um esclarecimento uniforme sobre isso, é necessário que os juízes percebam, ao analisar os litígios, as peculiaridades multifacetadas apresentadas, ou seja, os diferentes casos.

O casamento, como já foi visto, não é um contrato bilateral. Além disso, a suposta indenização não deve ser dada de forma genérica e abstrata, como reforça Maria Berenice Dias:

“Também se sustenta – igualmente sem qualquer respaldo legal – que o fim do amor gera o dever de indenizar, como se o casamento fosse um contrato indissolúvel e a busca da separação configurasse descumprimento de cláusula contratual, com a possibilidade de gerar direito à reparação por dano moral. Mais uma vez é de questionar qual o bem jurídico violado que ensejaria o reconhecimento de um abalo à estrutura pessoal, capaz de configurar responsabilidade civil”.¹¹³

No entanto, há uma tendência pós-moderna que permite relacionamentos plurais, ou seja, o poliamorismo.

¹¹¹ AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Amor Proibido**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_proibido%281%29.pdf>. Acesso em 29 set. 2013

Para Flávio Tartuce, é necessário diferenciar os casos de litígios conjugais referentes à traição dos de grave situação relacionada à responsabilidade civil (como no caso de cônjuge contrair doença grave do outro).

Nesse caso, não é afastado o dever de indenizar, como expõe:

“[...] em algumas situações de maior gravidade, justifica-se a incidência de regras da responsabilidade civil desde que preenchidos seus requisitos: na conduta humana; a culpa em sentido amplo – a englobar o dolo (intenção de prejudicar) ou a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia); o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. A ilustrar, o Tribunal Paulista concluiu pela existência de danos morais quando se comprova a traição, bem como a existência de uma filha extraconjugal, gerando graves repercussões sociais e desequilíbrio familiar”.¹¹⁴

Maria Celina Bodin segue esse entendimento ao dizer que: “É evidente que se vierem acompanhadas de violência física ou moral, de humilhação contínua diante de terceiros ou dos próprios filhos, nos encontramos no âmbito do ilícito e haverá responsabilização pelo dano moral infligido”.¹¹⁵

A justificativa do cabimento de dano moral é trazida com base na Constituição Federal (art. 5, V e X) e no Código Civil (arts. 186 e 927). De acordo com o artigo da Revista IOB de Direito de Família, “verifica-se que existe a possibilidade de reparação do dano moral causado pela ruptura da relação em função da culpa causada pela quebra de fidelidade”.¹¹⁶

Porém, há previsões de julgados recentes, de 2013, que demonstram que a ausência de fidelidade em um relacionamento não é justificativa para uma futura ação de dano moral. Isso é bastante visível na jurisprudência paulista.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 227.

¹¹⁵ BODIN, Maria Celina *apud* ibidem, p. 227.

¹¹⁶ TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**, Brasília, n. 55, p.86-132, 02 ago. 2009.

“De qualquer maneira, a jurisprudência tem seguido a velha lição segundo a qual os danos morais não se confundem com os meros aborrecimentos e transtornos suportados pela pessoa em seu cotidiano [...]”¹¹⁷, como mostra trecho da decisão abaixo:

“[...] De modo geral, há consenso na doutrina e na jurisprudência de que a violação dos deveres conjugais previstos no art. 1.566 do Código Civil tem como consequência a separação judicial (art. 1.572 do Código Civil), **sem gerar direito à reparação de danos materiais ou morais**”.

Apelação nº 0005944-79.2011.8.26.0007, da 2ª Vara Cível F. R. de Itaquera, em São Paulo, 03 de setembro de 2013. (Grifo Nosso)¹¹⁸

Maria Berenice Dias também acredita no não reconhecimento do direito de reparação:

“Ainda que seja forçoso reconhecer como indevida qualquer intromissão do Estado na intimidade da vida a dois, o fato é que a lei impõe deveres e assegura direitos tanto no casamento (CC 1.566) como na união estável (CC 1.724). Porém, a violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte, a ponto de gerar obrigação indenizatória por danos morais”.¹¹⁹

Marcos Ehrhardt Júnior justifica que, muitas vezes, o anseio pela vingança de uma traição é bem maior do que uma reparação moral e os magistrados precisam ficar atentos a isso:

“No meio de tantas indagações e incertezas, típicas de uma fase de transição, às vezes perdemos o foco da necessária proteção à vítima para sobrevalorizar o desejo de vingança contra o ofensor. Será que o melhor caminho não deve ser o da precaução, evitando-se a contaminação integral do direito das famílias num processo de precificação e estímulo ao lucro fácil?”¹²⁰

Essa discussão também está sendo motivo, atualmente, de contestação nos tribunais no sentido de ampliar para os terceiros envolvidos, ou seja, os responsáveis pela possível traição. Assim, questiona-se:

“Seria o Juízo de Família palco de uma revisitação de toda a biografia da entidade familiar para perquirição de todos os aborrecimentos e danos ao longo dos anos? Ou pior: nos casos de traição, dever-se-á denunciar a lide o

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op.cit., p. 222.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeor=0005944-79.2011.8.26.0007&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>>. Acesso em: 12 out. 2013.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.

¹²⁰ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 368.

terceiro ofensor para buscar, também dele, e em caráter solidário, uma indenização?”¹²¹

Respondendo tal indagação, Tartuce acredita, de acordo com posição adotada por grande parte da jurisprudência, que o dever de fidelidade não se estende a terceiro que é cúmplice do adultério (o amante, no caso), mas apenas entre os cônjuges, como mostra acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO.

INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA.

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

2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art.

942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. Recurso especial não conhecido.” (Grifo Nosso)¹²²

É majoritário o posicionamento atual, presente nos tribunais, de que não há responsabilidade do amante nos casos de infidelidade conjugal. De acordo com Tartuce decisões como essa vêm “Trazendo conclusão mais interessante à realidade contemporânea.”

¹²³ Em julgados antigos, era possível encontrar decisões contrárias.

¹²¹ Ibidem, p. 367.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1122547/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adult%E9rio&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>> Acesso: 13 set. 2013.

¹²³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 229.

É difícil imaginar o direito tutelando amor, emoções, feridas causadas por uma separação, até mesmo porque, hoje, o divórcio é possível e a imagem ameaçadora da infâmia do adultério.

“O só fato de a sociedade prestigiar a monogamia – a ponto de considerar crime o adultério – não é suficiente para deixar de ver os relacionamentos que não se submetem a esse cânone, não obedecem à dita restrição”¹²⁴.

Hoje, ainda prevalecem posições que devem ser superadas, pois não condizem com a realidade vigente. A verdade é que a sociedade deve superar as tradições, quebrar velhos paradigmas, já superados, como os mencionados por Toaldo, Adriane Medianeira; Torres, Maria Ester Zuanazzi:

“Não se pode admitir que, dentro da família, entendida como a base da sociedade, a violação a confiança, o cometimento do adultério e a conseqüente ruptura da relação, que deveria ser permanente, ocasionando danos morais ao cônjuge inocente, resultem, pura e simplesmente, na decretação da separação conjugal”¹²⁵.

Dessa forma, é necessário observar que certos posicionamentos, em supremacia, a partir do sentimento popular dos homens, do “culto ao amor romântico” pode ser um caminho reducionista. É assim que reflete Kelsen, em sua obra, ao definir o que é justiça. Para o filósofo, isso só faria sentido se fosse possível demonstrar um determinado conteúdo do sentimento jurídico que fosse igual em todos os homens. A justificativa clássica à visão utilitarista, em defesa da felicidade plena, está presente na sociedade, principalmente nas decisões judiciais. Assim, como enfatiza Dworkin:

“Se os argumentos de política utilitaristas forem usados para justificar restrições à liberdade, será preciso tomar cuidado para assegurar que os cálculos utilitaristas nos quais se assenta o argumento concentrem-se exclusivamente nas preferências pessoais, ignorando as preferências externas”¹²⁶.

Assim, é necessário abandonar os tabus ainda tão cultuados na sociedade, principalmente nas relações familiares. “Uma vez mais, confunde uma crítica poderosa de sua elaboração acadêmica com uma afirmação equivocada sobre sua aplicação prática sobre as

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.72.

¹²⁵ TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**, Brasília, n. 55, p.86-132, 02 ago. 2009, p. 126.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 424.

intuições morais que ela estimularia governantes, filósofos a cultivarem nas pessoas comuns”.¹²⁷

Tal posicionamento entra em contradição com a realidade, já que a afetividade e a monogamia sofreram transformações e não podem ser explicados de forma tão lógica e positiva como o direito propõe.

Com o intuito de solucionar litígios que envolvem o adultério, o pensamento de Alexy - dentro de uma visão pós-positivista entre valor e princípio - pode ser um dos caminhos. Para ele, deve haver uma ponderação para que os princípios sejam aplicados pelos magistrados. A pretensão à correção exige que, num caso duvidoso, sempre que possível, se proceda a uma ponderação e, por conseguinte, a uma consideração de princípios.

“Com isso, fica claro que em todos os sistemas jurídicos nos quais existem casos duvidosos, nos quais é possível fazer uma ponderação, exige-se juridicamente que se faça uma ponderação e, por conseguinte, uma consideração de princípios”.¹²⁸

Seguindo esse raciocínio, percebe-se que o princípio impõe obrigação ao valor ético-normativo. Logo, o princípio da boa-fé, acompanhado do da transparência entre os cônjuges, além do dever da lealdade, deveriam ser os principais fundamentos nas decisões judiciais de hoje. Logo, “Situações complexas exigirão uma análise a partir dos princípios constitucionais, com consideração dos direitos fundamentais envolvidos, para então se averiguar a adequação da aplicação das regras positivadas”.¹²⁹

Na prática, falta dos magistrados, a justificativa da realidade dos fatos - da análise acadêmica e pertinente de uma teoria moral - e não simplesmente de forma abstrata, como enfatiza Dworkin:

“Uma interpretação bem-sucedida não deve apenas adequar-se à prática que interpreta; deve também justificá-la. As decisões judiciais que temos descrito obrigam algumas pessoas a indenizar outras por perdas sofridas, pois suas atividades, de outros pontos de vista inteiramente conforme com o direito, entravam em conflito; como essas decisões são tomadas após o fato, só se justificam se for razoável supor que as pessoas obrigadas a indenizar deveriam ter agido de algum outro modo, ou deveriam ter aceitado a

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 350.

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011, p. 89.

¹²⁹ Ibidem, p. 277.

responsabilidade pelos danos que provocaram. Portanto, as decisões só podem ser justificadas desenvolvendo-se algum sistema geral de responsabilidade moral que se pudesse considerar como atributo dos membros de uma comunidade, no sentido de não prejudicar os outros ou de assumir a responsabilidade financeira por seus atos”.¹³⁰

O que vem justificando essa abstração é que “o mito-ritual desloca-se do campo da religiosidade para o da juridicidade por meio do discurso que tem a aura de aceitabilidade geral”.¹³¹

Assim, a opinião pública acaba influenciando nas decisões dos magistrados.

Pontes de Miranda, já estava prevendo que o determinismo imposto pelo sistema na melhor solução dos litígios, em busca da felicidade, deve ser afastado.

É necessário ter cautela, já que o legislador completa os espaços da vida humana e pelas relações de ordem religiosa, moral, de costume, como revela:

“Em todo o caso, toda unideterminação deve ser afastada: aqui, é o elemento religioso que sustenta uma forma; ali, é a economia que obriga a soluções novas ou à manutenção de hábitos que tiveram causas diferentes; acolá, são correntes morais, continentais, ou de um continente para outro, que alteram as linhas gerais da instituição da família”.¹³²

De acordo com Maria Berenice Dias, o Judiciário “precisa cada vez mais assumir a responsabilidade de fazer justiça. Para isso, deve oxigenar as regras jurídicas com a realidade da vida”¹³³. Esse trabalho não deve ser feito pelos operadores do direito de forma isolada:

“É fato que o Código Civil não pode ser considerado o único instrumento jurídico para solucionar as questões familiares, já que seu modelo prioritário de regras (mesmo com algumas delas de conteúdo aberto) com alguns princípios explícitos, se mostra insuficiente para regular a totalidade dos instigantes conflitos familiares do presente”.¹³⁴

Assim, verifica-se que:

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 344.

¹³¹ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 51.

¹³² MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**, Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p. 209.

¹³³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

¹³⁴ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 277.

“O Direito e a Psicologia avançariam na compreensão dos afetos se recorressem à antropologia filosófica, que trabalha para identificar os objetos mais apropriados a serenar e satisfazer os movimentos dos sentimentos, bem como reconhecer a desordem dos maus afetos, como todos padecemos”.¹³⁵

No livro *Afeto e Estruturas Familiares*, há um exemplo claro sobre a dimensão humana. Logo, “Quando um homem casado, por exemplo, deixa-se levar pelo apetite concupiscível em face de uma mulher atraente que conheceu em um evento certa noite não age da melhor forma”¹³⁶. De acordo com a obra, esse homem deveria ponderar e saber que a conquista não mais lhe convém. Nesse sentido, educar seria a melhor forma de desenvolver as virtudes de forma harmônica.

“O amor é um compromisso de entrega e doação, atualizado cotidianamente, mesmo quando o gosto desconvida a servir ao amado. Numa sociedade educada para ser hedonista, cada vez menos as pessoas compreendem essa realidade. Sequer conseguem imaginar algo assim”.¹³⁷

Maria Berenice Dias, em sua obra “*Conversando sobre o Direito das Famílias*”, imagina a hora de abandonar a expressão “cônjuge” e resgatar a palavra “amante”, “que significa tanto a pessoa que ama como quem é o objeto do amor de alguém, expressão que melhor identifica a razão das pessoas ficarem juntas porque se amam”.¹³⁸

É preciso que os magistrados adotem uma nova postura nos litígios que envolvem dano moral por causa do adultério. “Entretanto, os operadores do Direito que trabalham com os restos do amor podem ter um olhar diferenciado sobre isso”.¹³⁹

Dessa forma, eles devem reconhecer que: “Os afetos, por sua natureza, são instáveis. Assim, não é razoável que o direito positivo, enquanto norma de ordem social, tome-os por elemento-cerne da relação familiar”¹⁴⁰. Assim, é mais contundente acreditar que:

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Org.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 58.

¹³⁶ Ibidem, p. 61.

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Org.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 69.

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 38.

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Org.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 499.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 74.

“Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. São simplesmente a sinceridade dos sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal”.¹⁴¹

Na obra *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, os colaboradores mostram que o afeto não pode ser pensado de forma imperativa:

“Tanto as regras quanto os princípios comportam conteúdos de direitos e deveres o que nos leva a questionar a afetividade, em algum momento, pode ser objeto de ordem. A afetividade consiste, tão somente, no elo espontâneo que vincula pessoas, servindo, ainda, para ostentar a condição de família [...]”.¹⁴²

É nesse contexto que é possível articular a subjetividade que permeia nos processos judiciais das varas de família. Esse processo de reconhecimento da realidade vigente deve ser analisado pelos magistrados não só pelas justificativas jurídicas, já que há brechas subjetivas que devem ser preenchidas de forma interdisciplinar com outras ciências (como a Psicologia, a Sociologia), inclusive as ligadas ao estudo do comportamento humano. Esse reconhecimento deve ser auferido pelos magistrados:

“Nesse contexto, defende-se a tese das interações entre as diversas ciências sociais, como o Direito e a Sociologia; o Direito e a Filosofia; o Direito e a Psicologia. No próprio direito, são constantes as manifestações no sentido de uma complementariedade entre os diversos ramos jurídicos, como é o caso do Direito Civil e do Direito Constitucional”.¹⁴³

O direito, por si só, não é capaz de tutelar o amor. Assim, é necessário que os profissionais de direito trabalhem em conjunto com esses especialistas nas varas de família. O Judiciário deve abrir espaço para a atuação desses profissionais sempre em parceria com os magistrados, já que o laudo técnico trazido por eles é importante ao trazer a melhor decisão ao caso concreto.

Além disso, é necessário observar que hoje, ao contrário do Código Civil de 1916, os efeitos do casamento e da união conjugal estão colocados de forma igual.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. Op.cit., p. 44.

¹⁴² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 59.

¹⁴³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 217.

“E o dispositivo que trata a matéria precisa receber uma leitura constitucional, tem de ser interpretadas consoantes às profundas mudanças ocorridas, com a alteração dos paradigmas, que ordenaram um novo e democrático Direito de Família”.¹⁴⁴

Esse deve ser o posicionamento que muitos magistrados precisam seguir. O objetivo da lei, como dizia o filósofo Kant, é ampliar a liberdade, de forma moral, e não restringi-la. É preciso que cada um seja livre para amar e decidir suas escolhas na vida.

¹⁴⁴ CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 174.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho fez uma análise histórica, jurídica, sobre o adultério e o problema da monogamia e da afetividade nos litígios familiares. Esse estudo foi possível através da abordagem multidisciplinar de obras de filósofos, psicólogos e juristas.

Percebe-se que os princípios da afetividade e monogamia são frágeis, pois sustentam que o amor é a base de tudo. É bem certo que esse sentimento, no decorrer da história, passou por grandes transformações, apesar de as heranças religiosas, culturais, ainda irem de confronto aos litígios familiares.

A fidelidade já não pode ser um parâmetro para solucionar os casos de traição que pedem uma reparação através do dano moral. É preciso que os magistrados tenham consciência que devem tratar do assunto de forma objetiva, deixando de lado qualquer influência pessoal. O princípio da boa-fé precisa ser sempre levado em conta, como defende muitos autores.

Trata-se da lealdade entre os cônjuges que deve existir sempre, no lugar da fidelidade. Os magistrados precisam ter um posicionamento mais compatível com a realidade vigente. Como foi visto, o Estado não deverá interferir na vida privada. O adultério não é um ilícito se for pensado dessa forma. O autor Marcos Alves da Silva, por exemplo, é bem contundente ao dizer que não há dúvidas de que o princípio da monogamia perdeu pujança.

Ademais, defender o adultério, a monogamia, é retroceder, voltar ao passado e dar ênfase à dominação masculina que sempre prevaleceu na história. Por isso, é necessário valorizar princípios da dignidade humana e da liberdade como conquistas históricas presentes nas instituições.

Assim, a pluralidade familiar - tanto defendida nos parâmetros da socioafetividade - já é uma realidade que mostra a desvinculação da união estável do casamento. As decisões dos tribunais superiores acompanham essa construção proporcionada pelo neopositivismo vigente, que dá ênfase aos princípios eminentes no direito contemporâneo.

É bem certo que, apesar do reconhecimento – ainda incipiente - dessa mudança nos tribunais, a ordem religiosa, moral, está cada vez mais presente no imaginário de muitos

magistrados. As heranças culturais trazidas pelo senso comum podem proporcionar certezas que talvez assegurem a segurança jurídica, porém a diversidade de sentimentos, de amor, forma uma sociedade complexa que exige cada vez mais uma mente aberta, especialmente por parte dos juízes, cada vez mais preparada para lidar com diferentes casos concretos.

É por isso que os magistrados precisam superar velhos conceitos - como o adultério, a monogamia, a fidelidade - ao fundamentarem suas sentenças. É visível que há subjetividade numa decisão que envolva os litígios familiares e que, a princípio, exijam uma reparação civil. Porém, o magistrado deverá preencher essas lacunas de forma interdisciplinar, inclusive através de ciências aptas a esclarecer o comportamento humano, como a Psicologia, a Sociologia.

Cabe aos tribunais criarem varas especializadas com a intervenção de profissionais de outros ramos, pois é necessário ter um laudo técnico desses especialistas. Muitas vezes, após uma separação com mágoas, ressentimentos, o desejo de vingança por parte do cônjuge pode ser mais importante do que qualquer reparação civil. E nem sempre os profissionais de direito estão preparados para perceber isso.

Dessa forma, é preciso ter uma boa percepção dos diferentes tipos de manifestações humana. Não cabe ao juiz assumir o papel de psicólogo e mediador ao mesmo tempo. É necessário que ele se qualifique e que trabalhe junto a profissionais de outros ramos. Logo, não se pode tutelar amor, sentimentos, de acordo com a convicção jurídica.

Esperar um futuro para resolver os problemas presentes no ordenamento jurídico, como a reparação de danos por quebra da fidelidade - como o próprio jurista Flávio Tartuce acreditava - não é o caminho. O Judiciário não pode ser inerte ou omissos nos litígios. A realidade está cada vez mais presente e o futuro é o hoje, o agora, pois quando se trata de pessoas e relações familiares se lida com vidas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Aurélio M. G. de. Introdução ao estudo das culturas indígenas do Brasil. Rio de Janeiro: Edição Nosso Brasil, 1977, p. 81-82. *In*: KOSOVSKI, Ester. **O "crime" de adultério**, 1997.

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos**. *In* Boletim de direito administrativo. Ano XV N. 6, Jun. 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDEN, Nathaniel. **A psicologia do amor: o que é o amor, por que ele nasce, cresce e às vezes morre**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8. jun. 2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1122547/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adult%E9rio&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>> Acesso: 13 set. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Nº 2010.045024-4. Terceira Câmara de Direito Civil. Apelante: M.R.F. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Juiz Saul Steil, Santa Catarina, 01 de março de 2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=Apela%E7%E3o%20C%EDvel.%20N%BA%202010.045024-4&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora>. Acesso em: 2 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Nº 2004.012615-8. Segunda Câmara de Direito Civil. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Santa Catarina, 05 de maio de 2005. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=Apela%E7%E3o%20C%EDvel.%20N%BA%202010.045024-4&cat=acordao_acma_recurso_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao&categoria=acma&categoria=recurso#resultado_ancora>. Acesso em: 2 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0127095-68.2009.8.26.0011. Relator(a): Milton Carvalho. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 08/11/2012. Data de registro: 14/11/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeor=0127095-68.2009.8.26.0011&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>>. Acesso em 14 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeor=0005944-79.2011.8.26.0007&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 6ª Turma Cível. Acórdão n.618688, 20080110352973APC, Relator: Vera Andrighi, Revisor: Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/09/2012, Publicado no DJE: 20/09/2012, p. 241.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 6ª Turma Cível. Acórdão n.631286, 20101310017365ACJ, Relator: José Guilherme, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 09/10/2012, Publicado no DJE: 07/11/2012, p. 266.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Amor Proibido**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_proibido%281%29.pdf>. Acesso em 29 set. 2013

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Divórcio já**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Org.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Nobert. O processo civilizador: uma história dos costumes. 1994. *In*: SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante no direito de família. Curitiba: Juruá, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Centauro, 2006.

FERRY, Luc. **A revolução do amor**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na era da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FISHER, Helen. **Anatomia do amor – a história natural da monogamia, do adultério e do divórcio**. Rio de Janeiro: Eureka, 2005.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo; CASEIRO NETO, Francisco. **Direito romano**. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

KOSOVSKI, Ester. **O "crime" de adultério**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**, Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2000.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

_____. **Famílias**. Rio de Janeiro: Método, 2011.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, n. 35, p.1-23, 27 out. 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al (Org.). **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**, Brasília, n. 55, p.86-132, 02 ago. 2009.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.