



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Roberta Terezinha Pinho Leite

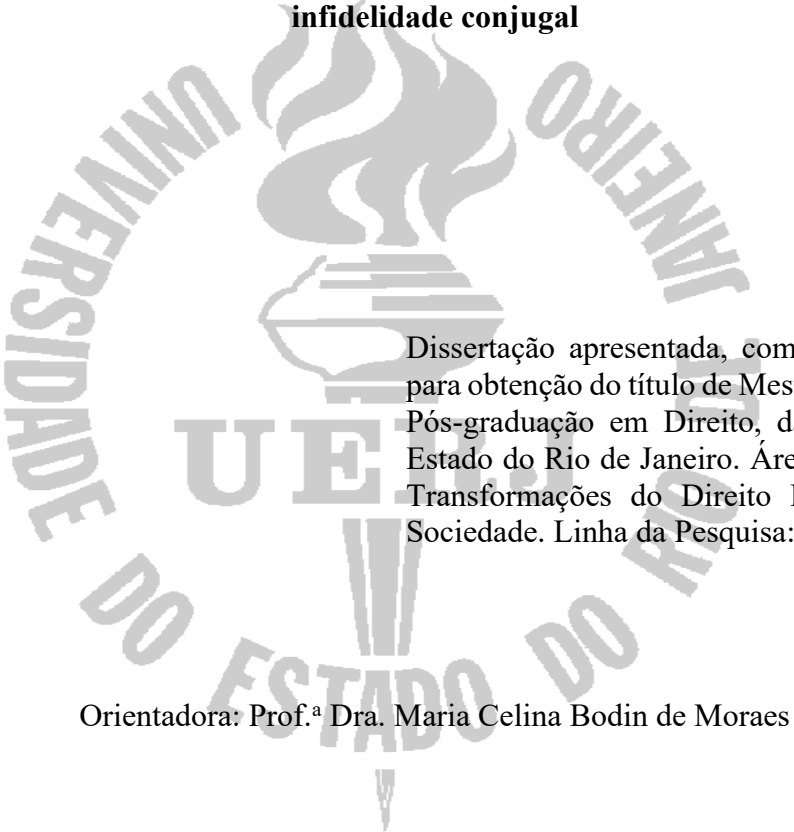
**Por uma conjugalidade responsável: sobre a compensação de danos morais
por infidelidade conjugal**

Rio de Janeiro

2018

Roberta Terezinha Pinho Leite

**Por uma conjugalidade responsável: sobre a compensação de danos morais por
infidelidade conjugal**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha da Pesquisa: Direito Civil.

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L533 Leite, Roberta Terezinha Pinho.

Por uma conjugalidade responsável: sobre a compensação de danos morais por infidelidade conjugal / Roberta Terezinha Pinho Leite. - 2018. 171 f.

Orientador: Prof^a. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Adulterio - Teses. 2. Danos (Direito) – Teses. 3. Direito de família – Teses. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Moura, Emerson Affonso da Costa. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 343.551:347.6

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Roberta Terezinha Pinho Leite

Por uma conjugalidade responsável: sobre a compensação de danos morais por infidelidade conjugal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha da Pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 21 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Renata Vilela Multedo

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

Em uma aula, um de nossos ilustres professores do mestrado nos disse, mais ou menos assim: “O nosso trabalho de pesquisa é muito solitário. Eu invejo um pouco os biólogos: vão em grupo, para o meio da mata, e ficam juntos, fazendo suas pesquisas. Aqui, somos só nós e nossos livros, no silêncio e na solidão.” Sábias palavras. Sem dúvida, foram necessárias muitas madrugadas de leitura, quando, finalmente, minha casa ficava em silêncio. Mas não posso negar: quando a luz do dia, os risos, os latidos e a gritaria invadiam o meu quarto e os “*bips*” das mensagens do meu telefone não cessavam, eu tinha a certeza de que havia uma rede de incentivo e proteção para que este trabalho se concretizasse. Com todos esses seres, a quem devo muito, preciso compartilhar mais essa conquista.

Agradeço a Deus – todas as noites, em minhas orações – pela minha vida, pelo que aconteceu de bom e pela benevolência. Agradeço também pelo que aconteceu de ruim, por todo o aprendizado. Sem Ele, nada disso seria possível. Por mais duro que às vezes possa parecer, as coisas acontecem. Não no nosso tempo, mas no Dele. Como diz um velho ditado ídiche: “O homem planeja, e Deus ri.” Agradeço também à Santa Terezinha, minha padroeira, e ao meu anjo da guarda, que está sempre alerta e sem dúvida me protegendo.

Quando eu era criança, indo da casa de uma avó a outra, passávamos pela UERJ, cujo *campus* Francisco Negrão de Lima fora inaugurado há pouco, e eu dizia: “um dia eu vou estudar aqui.”. A afeição existente me levou ao aperfeiçoamento. Eu me aperfeiçoei nos estudos, nos sonhos, nas amizades, na dedicação e na realização. O tempo passado aqui e por aqui jamais será perdido.

A meu pai, Saint-Clair, agradeço por todos os ensinamentos, a herança intelectual, a energia, o amor ao saber e o senso de humor. Obrigada por ter sido sempre tão presente na minha vida. Mas, principalmente, agradeço pelo ensinamento de que a inteligência está em rir de nós mesmos e das nossas tragédias. Devemos encarar a vida sempre de forma gentil e, principalmente, com bom humor. Há sempre uma piada a fazer, um motivo para rir. Senão, como fazer esta dissertação? Apesar da sua longa ausência física, tenho certeza que, aí de cima, você está cheio de orgulho de mim. Eu não disse que um dia estudaria na UERJ?

A minha mãe, Tânia, o meu “obrigada” por sempre ter sido um exemplo, de honestidade, dedicação, perseverança e amor. Obrigada por ter largado tudo para cuidar de mim. Ao realizar o seu sonho de ser mãe (e que mãe!), você sempre me deu todas as ferramentas de que eu precisava para realizar os meus sonhos. Os livros, os cursos, os sacrifícios para que nada nos

faltasse. Você possui uma força hercúlea e um coração imenso. Talvez, por isso, todos queiram roubar você de mim. Você sempre me disse que eu poderia ser o que eu quisesse, e eu sempre quis muito. Você ressignifica todos os dias as palavras “cuidado” e “afeição”, nessa mistura sua, tão pessoal.

Juninho, queria muito que você estivesse aqui para que a gente pudesse continuar brigando como dois irmãos que se amam. Obrigada pelas brigas e por sempre me defender. Como sempre lhe peço, proteja suas meninas aí de cima, por favor.

Aos meus avós, por terem colocado, literalmente, a UERJ no caminho e dela feito um sonho. Toda vez que pedíamos “ajuda” para fazer um curso novo, Dona Mariazinha investia, dizendo: “A única coisa que não podem tirar de você é a instrução.”. Essa é a lição que eu passo a suas bisnetas.

Aos meus irmãos mais velhos, Clerzinho, Chico e Noninha, obrigada por terem dado, ainda no início dos anos 1970, uma lição que o Brasil só legitimaria em 05 de outubro de 1988: Não existe diferença entre irmãos. Ao Chico, que tomou para si a responsabilidade quando o pai morreu, devo os primeiros passos universitários, e a realização de muitos sonhos, que, sem seu apoio, seria impossível! à

Às minhas pequenas, quero fazer o agradecimento separado, porque cada uma tem seu jeito e sua personalidade! Mas, primeiro preciso-me desculpar pelas ausências, pelos sumiços, pelas broncas e pelos gritos.

O que dizer a Raíssa, depois de tantas caronas regadas a tantos debates, musicais, cinematográficos, filosóficos, sociais e feministas? Às vezes, os papéis se invertiam, e ela se tornava a mãe e puxava minha orelha. Meu bonsaizinho, uma gênio compacta, que, no último ano, para meu orgulho, me acompanhou nas aulas de Biodireito, fazendo várias interferências. Espero que você prossiga nesse caminho brilhante, e tenha certeza de que o mundo é pequeno demais para suas ambições. As ferramentas já foram dadas, faça a sua obra de arte. Um dia eu serei como você! Amorzinho, ETAM *forever!*

À pequena Carol, obrigada por ter tornado esta empreitada mais leve, sempre entrando no quarto e me fazendo rir, com suas palhaçadas e brincadeiras! Você, com esse jeito excêntrico, com uma inteligência rápida e uma malandragem inocente. Tudo fica mais leve ao seu lado! Nada escapa desses olhinhos curiosos. Meu objetivo é sempre te ensinar que todo o conhecimento vale a pena! E, responda rápido: “Quanto é 7x8?” Amorção, como nos dizemos todas as noites: Eu te amo, eu também, maior que uma árvore, maior que um gigante, maior que o universo, maior que a Disney, que é o nosso universo!

Pode parecer pouco usual, mas, Luna você merece meu obrigada. Durante anos, proibi sua entrada na nossa casa, e você transformou a minha vida. E você me mostrou o que é lealdade, estava sempre ao meu lado. Além de evitar que possíveis estranhos perturbassem o meu sono, após uma longa madrugada estudando. Amorção, ainda bem que você chegou!

Dona Sueli e Seu Abel, obrigada por cuidar da pequena Carol, mesmo quando vocês não tinham essa obrigação. À Lu e à Alexandra, pelos finais de semana que também me ajudaram, tentando organizar a bagunça daquele lar.

À minha família, que sempre foi um caso a ser estudado pela sociologia. As primeiras lições, sem dúvida, foram aprendidas em casa. Especialmente, ao meu Tio Welington, meu grande incentivador e torcedor, e à minha prima Andrea, pela mãozinha com as pequenas!

Como agradecer àquele que despertou o interesse em mim de sair do mundo das exatas da informática e entrar de cabeça na relatividade do Direito? Eu só queria conversar com ele e não podia deixar de ter uma opinião. Então, resolvi fazer a matrícula na universidade ao lado, para que pudéssemos debater com sustância. Eu precisava (precisava? risos) ter uma opinião. Repito: não sei como agradecer a você por tanto e por ter-me tornado uma pessoa melhor. Como você disse, essa é a nossa família, doa a quem doer. Excentricidade é seu sobrenome. Por elas e tudo o mais, obrigada Claudio.

Aos amigos de toda uma vida: Luciana Teixeira e Alexandre Góes, aqueles que mais me emprestaram os ouvidos ao longo dos anos; Ana Cláudia Roncoli, Arícia Fernandes Correia, Clisângel Ferreira Gonçalves, Luciana Correia, Gisela Braune, Alessandra Peixoto, Átila Nunes, Marta Fonseca, Luis Malka (obrigada pelo escritório), Monalisa Netto, Martha Pereira, Jéssica Ferreira, Adriana Moreira, Aglaia Almeida, Flavia Mosa, nós debatemos tanto sobre este tema, de tantas formas, que ele virou uma dissertação! Sem vocês, não sei se eu chegaria até aqui. Obrigado por rirem comigo, enxugado minhas lágrimas, comprarem as minhas brigas, por entenderem este ser tão complexo aqui, num misto de loucura e afeição! Desistir não é o meu forte, né? Daniela Castelo Branco Boecker, minha colega de spinning, estudante de psicologia, que tanto enriqueceu minha pesquisa, com os estudos que ela encontrava e me mandava.

Aos mais novos amigos mais novos, aqueles que tive o prazer de conhecer no mestrado, um agradecimento especial. Todas as evidências mostram que essa fora a turma mais acolhedora da UERJ! Aos queridos amigos: Diana Loureiro, Felipe Schwartzman, Francisco Viégas, João Quinelato, Livia Maia, Eduardo Horácio e Livia Leal (com esses dois formamos o trio existencial), Mariana Siqueira, Rodrigo da Guia, Rodrigo Requena, Thiago Neves e

Victor Willcox, só uma declaração me resta: eu preciso aceitar que não dá mais para separar as nossas vidas! Sucesso, meninos e meninas!

I especially thank Dr. Rosie ShROUT. Our conversations were very helpful for my dissertation, casting the light which I did need! You may have no idea of how much our emails, Skype and other conversations provided me with the basis necessary to defend my point of view on such a delicate subject! Thanks for all the material from your research! Wish you the best!

Agradeço o privilégio de ter estudado com os melhores mentores do Direito Civil do Brasil, os professores do Mestrado em Direito Civil na UERJ, Professores Doutores Gustavo Tepedino, Milena Oliva, Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro, Guilherme Calmon, Eduardo Nunes e Carlos Afonso. Agradeço, ainda, à Professora Doutora Heloisa Helena Barboza, por todos os ensinamentos, do direito e da vida em si, e por ter permitido que a Raíssa participasse das aulas como ouvinte! Somos suas admiradoras! Eu só lamento ter tido a oportunidade de fazer uma única matéria! Quero mais! Também agradeço à Professora Doutora Renata Vilela Multedo, cujo livro me deu as respostas que eu tanto procurava.

À Professora Maria Celina Bodin de Moraes, meu agradecimento especial. Lembro-me de que, no dia da entrevista, estava no corredor da UERJ apreensiva, e ela veio com todo seu jeito de mãezona, e disse: “Fique tranquila! Tudo dará certo! Você tem os olhos muito vivos e curiosos!” Nunca esqueci! E depois ela sempre se mostrou confiante em mim, dando todo o apoio necessário, mas me deixando andar com as próprias pernas, mesmo quando eu não acreditava ser possível! Apesar das divergências acerca do tema, ela nunca me tolheu, mas, pelo contrário, me deu seu apoio incondicional! Poucos têm o privilégio de compartilhar tanto conhecimento, e como disse o músico de jazz Herbie Hancock: “Um bom professor percebe que ele também é um estudante e cujo objetivo não é impor respostas, mas estimular a criatividade”. Obrigada professora, por todo o estímulo!

Para viver um grande amor, na realidade, há que compenetrar-se da verdade de que não existe amor sem fidelidade – para viver um grande amor. Pois quem trai seu amor por vaidade é um desconhecedor da liberdade, dessa imensa, indizível liberdade. Que traz um só amor...

Vinicius de Moraes “Para viver um grande amor”

RESUMO

LEITE, Roberta Terezinha Pinho. **Por uma conjugalidade responsável**: sobre a compensação de danos morais por infidelidade conjugal. 2018. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O tema da presente dissertação é a possibilidade da responsabilidade civil por infidelidade conjugal. A investigação buscará identificar em quais aspectos pode haver ou não a responsabilização civil por infidelidade conjugal. Também se tentará responder se o direito pode auxiliar na prevenção e contenção do problema, bem como de que forma se deverá agir em circunstâncias nas quais a infidelidade já tenha ocorrido e como esta afetou as pessoas envolvidas. Tudo isso levando em conta a autonomia da vontade, os deveres conjugais impostos pelo Estado e o interesse da sociedade pelo tema.

Palavras-chave: Infidelidade conjugal; dano moral; direito de família; conjugalidade responsável.

ABSTRACT

LEITE, Roberta Terezinha Pinho. **For a responsible conjugality**: on moral/ non-material losses for marital unfaithfulness in Brazil. 2018. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The scope of this dissertation is to analyze the possibility of civil liability for marital unfaithfulness in accordance to Brazilian current rules. Therefore, this investigation attempts to identify in which aspect(s) civil liability for marital unfaithfulness can – or cannot – take place. Other matters encompass whether law – in a broad sense – can aid in both preventing and refraining the issue. Moreover, it is attempted to assess how one should proceed when unfaithfulness has already taken place and how it affected the individuals involved. The entire discussion also takes important additional subjects into account, such as self-determination, state-imposed marital duties and social interest in the theme.

Keywords: Marital unfaithfulness; moral damages; non-material losses; family law; responsible conjugality.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	SOCIEDADE, CONFIANÇA E AS RELAÇÕES AFETIVAS.....	21
1.1	Relevância da confiança nas relações sociais, afetivas e jurídicas.....	21
1.1.1	<u>O princípio da boa-fé.....</u>	26
1.2	Uma abordagem interdisciplinar: visões da psicologia, da sociologia, da história, da medicina e da filosofia em relação a infidelidade conjugal....	32
1.3	Qual a importância que a fidelidade conjugal ainda possui na sociedade brasileira?.....	42
2	COMO TRATAR A INFIDELIDADE CONJUGAL NO DIREITO.....	55
2.1	Por uma conjugalidade responsável – deve o Estado intervir nos arranjos familiares impondo deveres e direitos?.....	55
2.2	A fidelidade conjugal e a lealdade na união estável. Há diferença?.....	64
2.3	A questão do terceiro cúmplice: poderia ele ser responsabilizado pela infidelidade conjugal?.....	71
2.4	Os efeitos da infidelidade conjugal na vida do ofendido.....	85
3	EFEITOS JURÍDICOS DA INFIDELIDADE CONJUGAL.....	95
3.1	Teorias que conceituam o dano moral.....	95
3.1.1	<u>Dano moral por exclusão.....</u>	99
3.1.2	<u>Dano moral: teorias subjetivas.....</u>	99
3.1.3	<u>Dano moral: teorias objetivas.....</u>	101
3.2	Como a infidelidade conjugal pode violar o princípio constitucional da dignidade humana.....	106
3.3	Parâmetros para a responsabilização do ofensor.....	123
3.4	Análise do Projeto de Lei 5.716/2016.....	135
	CONCLUSÃO.....	142
	REFERÊNCIAS.....	145
	ANEXO A.....	168
	ANEXO B.....	169
	ANEXO C.....	171

INTRODUÇÃO

A introdução de qualquer trabalho acadêmico segue o roteiro de apresentar o tema e convencer sobre a relevância. Ainda sob o viés argumentativo, a polêmica afigura-se como outra característica intrínseca ao gênero textual. No presente caso, o tema que será tratado apresenta a principal característica do Direito de Família: a polêmica. A polêmica, no Direito de Família, é especialmente intensificada: qualquer tema da área é extremamente sensível e difícil. Ao tratar da responsabilidade civil por infidelidade conjugal *lato sensu* – englobando, assim, a deslealdade no caso da união estável –, teremos as duas extremidades com que o ser humano tem muita dificuldade em lidar: dinheiro e sentimento. Quando os dois são colocados juntos, em uma disputa, o caos se instala.

A infidelidade é discutida desde a mitologia grega. Hera, a deusa da fidelidade conjugal, é casada, justamente, com Zeus, conhecido, principalmente, por ter várias amantes. Hera sempre foi descrita como implacável com as amantes de Zeus. A guerra de Tróia é desencadeada devido à traição da bela Helena com Páris. No mesmo acervo mitológico da infidelidade, também se destaca o triângulo amoroso envolvendo Hefesto, Afrodite e Ares.

Com efeito, a infidelidade, recorrente na gênese da estética clássica, veio a constituir tradição temática no Ocidente. Na literatura mais moderna, a tradição iniciou-se com *Madame Bovary* (1857), de Gustave Flaubert, espraiando-se para *Anna Karenina* (1873-77), de Léon Tolstói e para *O Primo Basílio*, de Eça de Queiroz (1878); e, finalmente, ecoando em nosso *Dom Casmurro* (1899), de Machado de Assis. Na música, temos o recente “Estrategista” (2014), de Isabella Taviani; “50 reais”, sucesso de 2016 na voz de Naiara Azevedo; em inglês e em retrospectiva: “Suspicious Minds”, com Elvis Presley em 1969; “Me and Mrs. Jones”, sucesso de Billy Paul em 1972; “Careless Whisper”, de 1984 na voz de George Michel. No cinema, os clássicos *La Belle de Jour* (1967), *Atração Fatal* (1987) e *Infidelidade* (2002).

Em vista de tamanha riqueza, o trabalho terá o enfoque metodológico do direito civil-constitucional, sem prejuízo da perspectiva multidisciplinar. Isso porque o tema escolhido é afetado por muitas variantes exógenas à seara jurídica, entre as quais as morais, sociais, religiosas e psicológicas. Assim, outras áreas do conhecimento abordadas serão a psicologia, a sociologia e a filosofia, sem as quais não é possível obter uma compreensão ampla do fenômeno. É preciso, verdadeiramente, socorrer-se de outras áreas do conhecimento, sob pena de banalizar a traição, esquecendo-se dos efeitos e das consequências sobre a pessoa do traído e acabando-se por subestimá-los ou distorcê-los.

A infidelidade existe desde tempos imemoriais e provavelmente continuará existindo enquanto houver desejo sobre a face da terra. Atualmente, a questão da infidelidade está muito mais arraigada no campo das regras morais, sociais e religiosas. Como não se questiona mais, juridicamente, quem é o culpado pelo fim do casamento e como, aparentemente, não há nenhuma sanção para a infidelidade, esta acabou perdendo um pouco de sua força como regra jurídica.

Contudo, a evolução da família, pela constituição dos novos arranjos familiares, não ocasionou a perda da importância social da fidelidade, tampouco de seu significado para as relações amorosas e conjugais. A fidelidade indiscutivelmente integra o código particular de cada casal e ainda é um conceito bastante consolidado na cultura brasileira. A verdade é que, apesar de inexistir uma sanção jurídica explícita, há uma verdadeira condenação moral ao infiel, imposta pela própria sociedade, como exemplifica Luiz Felipe Pondé:

O julgamento condenatório é imediato: largou a esposa depois de anos para ficar com a mulher mais jovem? Para a norma moral social aplicada a esse caso (a única que não mudou, aliás, piorou), de cara a mulher mais jovem é uma vagabunda. A mulher mais jovem que se apaixona por um homem mais velho “sempre quer dinheiro”, ou algo semelhante. Ele é um canalha, idiota; ela, uma vagabunda em busca de vida fácil. Deixemos de lado o preconceito e olhemos mais de perto o fenômeno¹.

Quando se recorre ao campo da psicanálise, identifica-se cisão no tratamento da infidelidade, o que reafirma a complexidade do assunto. Para alguns estudiosos do tema que tratam das relações amorosas – como Regina Navarro Lins, Roberto Freire e José Angelo Gaiarsa –, a exclusividade nas relações amorosas se estaria perdendo, vez que, atualmente, o amor romântico, idealizado, está pouco em voga². Outros especialistas, como Flavio Gikovate, pregam que o poliamor, que não deu certo no final dos anos 1960, também não daria certo nos dias atuais³.

¹ PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 64

² “O amor romântico está saindo de cena e levando com ele a sua principal característica: a exigência de exclusividade...”. LINS, Regina Navarro. *A cama na varada: arejando nossas idéias a respeito de amor e sexo: novas tendências – ed. rev. e ampliada – Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.*

³ Segundo o médico psiquiatra e psicoterapeuta Flávio Gikovate, “A expressão ‘poliamor’ é mal utilizada atualmente. Na realidade, ela substitui um termo antigo, do fim dos anos 60, que se referia ao que se chamava de ‘casamento aberto’, ou seja, um relacionamento afetivo estável que permitia uma certa liberdade sexual com outros parceiros. Assim, o termo correto seria ‘polissexo’. Fazia muito sentido numa época em que as pessoas vinham de uma educação e cultura repressoras, onde muitas haviam casado cedo, algumas moças ainda virgens enfrentando a experiência do casamento, inexperientes sexualmente e, portanto, vinham com alguma frustração a respeito da sua história sentimental e sexual. O ‘amor livre’ acompanhava a sensação de resgatar momentos importantes da vida, que as pessoas haviam perdido, com a possibilidade de não romperem os vínculos sentimentais e conjugais já estabelecidos. A ideia mostrou-se ineficaz à época, será que hoje faz algum sentido resgatá-la?”. In: GIKOVATE, Flávio. *As relações, no futuro, serão mesmo do tipo “poliamor”?*. Disponível em: <<http://flaviogikovate.com.br/as-relacoes-no-futuro-serao-mesmo-do-tipo-poliamor>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

No entanto, considerando-se que ser traído é uma experiência dolorosa, outros psicanalistas estão agora estudando os efeitos particulares que a infidelidade pode implicar na saúde física e mental⁴ do traído

No campo da sociologia, cabe invocar o pensamento demiúrgico de Zygmunt Bauman. Segundo este, os relacionamentos atuais estariam, infelizmente, cada vez mais superficiais e imediatos. Na opinião do sociólogo, o que caracteriza os tempos atuais são a ausência de certezas e a carência de durabilidade nos relacionamentos⁵, o que faz que os laços humanos tenham uma tendência a serem descartáveis e frágeis. Desta forma, não há como oferecer garantias de fidelidade, já que não sabemos mais manter relacionamentos de longo prazo. Dentro dessa perspectiva, o pensamento fundamental de Bauman demonstra que os princípios universais que norteavam a conduta humana e que apontavam o que seria certo ou o errado desmoronaram; o que era considerado como maléfico, tempos atrás, tornou-se coisa comum; e, na sociedade em que as incertezas imperam, o falso e o verdadeiro parecem ter a mesma natureza: “Nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante.”⁶ Ainda para Bauman, nesse ambiente fluido, que não exige a construção de vínculos duradouros, os compromissos assumidos não têm a intenção de durar para sempre. Assim, o homem do líquido mundo moderno não procura envolver-se em apenas um relacionamento, mas em tantos quanto forem possíveis, pois não há limite para o número de relações, ou antes, de conexões. Por fim, essas relações cada vez mais “flexíveis” geram níveis de insegurança sempre maiores.

De fato, houve sensível mudança na exclusividade da família tradicional e patriarcal – em essência, formada pelo casamento, com este sendo somente união entre um homem e uma mulher, e embasada na sujeição entre seus membros. Houve, portanto, o reconhecimento das uniões estáveis, das uniões homoafetivas, das famílias monoparentais ou recombinações; em suma, outras formas de organização de família foram surgindo: “a pluralidade de entidades

⁴ Um estudo recente, publicado no *Journal of Social and Personal Relationships*, fala sobre os impactos emocionais e físicos da infidelidade: SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity's aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner's infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*. p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 66.

familiares mostra seu dinamismo como organismos vivos e ativos que são culturalmente determinados e em constante mudança”⁷.

Parece interessante frisar que, segundo alguns doutrinadores, o futuro breve trará o fim da monogamia como princípio jurídico. Para essa corrente, partindo-se do princípio de que todos os arranjos familiares devam ser reconhecidos e protegidos pelo Direito, não há como sustentar a tese de que só a família monogâmica deva ser reconhecida pelo Direito⁸.

Na família antiga, os indivíduos eram obrigados a se submeter a todos os protocolos dessa instituição, para protegê-la e mantê-la, ainda que tivessem de sacrificar a própria vontade e liberdade. Na família contemporânea, o indivíduo é mais senhor de si. Há uma inversão de posição: agora a família é que tem de garantir a autonomia, a liberdade e a dignidade do indivíduo.

Obedecendo aos princípios constitucionais, essa família da atualidade é eudemonista, na medida em que, à luz do Princípio da Função Social, deve servir de ambiência para que seus membros busquem a própria felicidade pessoal.

Nessa nova família se faz necessário respeitar o indivíduo mais autônomo, mais dono de si, que não quer submeter-se a essa instituição, mas, pelo contrário, que fazer parte dela, tendo sua liberdade e sua autonomia respeitadas; e sua dignidade, protegida.

Para a obtenção de tamanha finalidade, o Direito também teve de mudar. Isso porque a sociedade passou a criticar o modelo tradicional de família, sendo necessário tanto garantir a proteção dessas outras formas e quanto ajudar o indivíduo a ser respeitado dentro do núcleo familiar.

Mas, para que todas as garantias e proteções sejam obtidas, é igualmente necessário que haja discernimento, valores comuns e bom senso.

A opção do constituinte foi de proteger todas essas “pluralidades de estruturas familiares”, com todas elas recebendo proteção jurídica e não havendo que se falar em superioridade de nenhuma estrutura familiar perante outra. Isso porque todas exercem a mesma função de proteger seus membros, respeitá-los e prestar-lhes mútua assistência e cuidados recíprocos, além da educação e da proteção das crianças.

⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo – Estrutura e função das famílias contemporâneas. Pensar, Fortaleza, v 18 n 2, p.590, maio/ ago. 2013. Doi 10.5020/231-2150.2013.v18n2p587.

⁸ ALVES DA SILVA, Marcos. Entrevista sobre a superação da monogamia como princípio jurídico. Entrevista concedida ao portal do IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 04 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4742/Entrevista+sobre+a+supera%C3%A7%C3%A3o+da+monogamia+com+o+prin>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

Afigura-se, assim, a necessidade do enfrentamento de problemas nas novas estruturas familiares.

Nesse novo contexto, a traição também revela novas celeumas. Para além da aparente banalização da traição em si, observam-se não só novas formas de traição, mas de descoberta da traição. São inovações essencialmente advindas do desenvolvimento da informática, como das salas de bate-papo, das redes sociais, dos e-mails, dos aplicativos de relacionamento, como o Tinder, e de comunicação, como o WhatsApp. Com tantas ferramentas, trair e descobrir a traição parecem ter-se tornado mais simples nos dias de hoje.

Desse modo, verifica-se que tem aumentado o número de ações exigindo a reparação por danos morais de quem sofreu a infidelidade. Entretanto, devido à complexidade e à delicadeza do tema, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não apresentam posição consolidada sobre o tema, ora entendendo haver responsabilidade civil por parte de quem quebrou o dever de fidelidade, ora entendendo exatamente o contrário.

A responsabilidade civil vem, nesse influxo, adquirindo novas feições na contemporaneidade⁹. No âmbito do Direito de Família, as discussões referentes à responsabilidade civil dizem respeito aos casos em que o ofensor e a vítima sejam da mesma família ou tenham uma relação afetiva.

Com efeito, a discussão acerca da aplicabilidade das regras de responsabilidade civil às relações familiares resta praticamente superada. A controvérsia, hoje, cinge-se em se definir se a violação de algum dever específico do Direito das Famílias, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar¹⁰.

Enquanto parte da doutrina entende que só há responsabilização nos casos em que se verifique ilícito absoluto – como previsto no art. 186 c/c art. 927, do Código Civil de 2002 –, outros defendem que há direito à indenização tanto em casos gerais quanto em casos específicos, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais.

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta a importância de diferenciar as relações conjugais das relações parentais para fins de reparação civil. A autora aponta que, se, por um lado, na conjugalidade, prevalece a autonomia dos indivíduos, por outro lado, na parentalidade,

⁹ Ressalta Caio Mário da Silva Pereira que a ideia de punir o dano, instituindo contra o causador um sofrimento igual, “vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurabi”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 3.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 135.

há uma ampliação cada vez maior das intervenções jurídicas nas relações de filiação, buscando-se a proteção dos incapazes¹¹.

A presente dissertação se limitará às relações conjugais e às uniões estáveis e ao cabimento, ou não, dos danos morais, sob a hipótese de existência de responsabilidade civil por descumprimento de algum dos deveres inatos a essas relações afetivas.

Assim, questiona-se se, no contexto constitucional de família eudemonista, o descumprimento do dever conjugal de fidelidade ou do dever de lealdade entre os companheiros poderia ou não ensejar, por si só, a reparação civil, já que prevalece a autonomia individual de cada cônjuge.

Observa-se, entretanto, que, seja nas relações conjugais, seja nas relações parentais, a aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito familiar é alvo de severas críticas. Estas, por seu turno, perpassam pelas dificuldades de verificar a ocorrência efetiva do dano e, ainda, de sua quantificação. São dificuldades oriundas do excesso de subjetivismo inerente a esses casos, pela chamada “monetarização” do afeto e pelo efeito inverso que a ação poderia gerar, na medida em que a reparação pecuniária poderia afastar ainda mais as partes.

Necessário se faz também distinguir o fim do casamento e da união estável, puro e simples, com a concordância de ambos os cônjuges/companheiros, da ocorrência da infidelidade, que ocorre, na maioria esmagadora dos casos, sem o conhecimento do outro. A descoberta da infidelidade praticada pelo cônjuge/companheiro tem consequências na vida do traído muito diferentes daquelas resultantes do simples e puro abandono.

A delicadeza e as peculiaridades que permeiam o tema demonstram que não se trata apenas de um mero aborrecimento, “risco do negócio casamento”: o assunto exige, portanto, tratamento sério e digno.

Há um exemplo alarmante: o número de pessoas em uma relação monogâmica, infectadas por DST's (Doenças Sexualmente Transmissíveis) vem aumentando a cada ano, principalmente os casos de contaminação dos vírus HIV e HPV (Papilo Humano Vírus). O grande tabu no uso de preservativos no casamento está, justamente, na questão da confiança que existe entre o casal, dificultando, bastante, a tomada de decisão sobre a utilização. Assim será abordada, também, a confiança rompida quando é descoberta a traição.

É assente, inclusive, na doutrina e na jurisprudência que, quando o rompimento do relacionamento envolve situações humilhantes, vexatórias e degradantes, emerge o direito à

¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e reponsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P.171-189.

indenização por parte daquele que teve sua dignidade atingida. O grande ponto de controvérsia reside no estabelecimento de limites e critérios objetivos para definir quais circunstâncias levariam à indenização e quando essa infidelidade representaria exercício abusivo do direito.

No caso da separação, divórcio ou dissolução da união estável, deve-se destacar a superação da perquirição jurídica em relação à existência de culpa por parte de um dos cônjuges ou companheiros, sobretudo a partir do advento da EC 66/2010, que suprimiu a necessidade de lapso temporal para que fosse ultimado o divórcio, privilegiando o exercício da autonomia de vontade no rompimento das relações amorosas.

Assim, prevalece nesses casos, também, a liberdade como reflexo do princípio da dignidade humana. Como observa Maria Berenice Dias, descabido é “impor obrigação de caráter indenizatório pelo fim do afeto, até porque o desenlace do casamento é, muitas vezes, o melhor caminho para a felicidade”¹².

No entanto, apesar de a simples ruptura, por si só, não ser apta a gerar o direito à indenização, deve-se verificar se houve a prática de ato ilícito, não se afastando a obrigação indenizatória nesses casos. Assim, comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito, o infrator está sujeito a indenizar os danos físicos, psíquicos e morais.

Ressalta-se, ainda, que, em casos que atinentes ao direito penal, como na hipótese de violência doméstica, a obrigação de indenizar teria fundamento nessa seara, e não na violação dos deveres conjugais.

Portanto, a responsabilidade civil por infidelidade conjugal ainda é questão bastante tormentosa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Para alguns doutrinadores, a infidelidade conjugal gera danos morais; já outros entendem que de nenhuma forma há responsabilidade civil pelo ato de infidelidade.

Com efeito, embora os deveres de fidelidade recíproca e de respeito e consideração mútuos se encontrem expressos no art. 1566 do Código Civil de 2002, há dificuldade significativa em definir quais seriam os parâmetros para caracterizar a responsabilidade civil por infidelidade conjugal.

Este será, então, o principal objetivo desta dissertação: a possibilidade, ou não, de reparação por danos morais nas relações entre cônjuges/companheiros, pela quebra do dever de fidelidade/lealdade.

Primeiramente, será verificada a relevância da confiança nas relações sociais, e como ela afeta os relacionamentos afetivos, ressaltando a importância da aplicação do princípio da

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

boa-fé, em particular da boa-fé objetiva, nas relações de Direito de Família. Também se analisará a interligação entre a psicologia, a sociologia e a filosofia do direito, de modo a demonstrar como a questão é encarada atualmente, o que é aceito ou não, bem como os efeitos na vida do afetado, trazendo-os sempre para o mundo jurídico. Em seguida, será verificada a evolução do Direito de Família, ressaltando a importância da Constituição de 1988, com a funcionalização do papel da família na sociedade, destacando a importância da dignidade humana, e seus subprincípios. Não obstante, será observado como a sociedade moderna se comporta em questões de infidelidade conjugal, sua aceitação ou não, qualificando a infidelidade conjugal como um comportamento que transcende a vida privada do casal e demonstrando a relevância e amplitude da questão. Aqui, o tema será contextualizado quanto à importância ainda exercida pela fidelidade conjugal no meio social, e não apenas na vida privada do casal em si.

No próximo capítulo, será investigado se se existe, realmente, a necessidade da intervenção estatal na forma da constituição do arranjo familiar. Isso porque que, se as partes são plenamente capazes, deve-se indagar até que ponto seja necessária a intervenção estatal, na qual se impõe quais os deveres e os direitos dos cônjuges e dos companheiros. Em seguida, verificaremos se existe diferença entre a fidelidade conjugal e a lealdade exigida entre os companheiros. Os personagens do fenômeno serão indicados; e suas principais características, explicitadas. Demonstrar-se-á, também, se é possível ou não a responsabilização do terceiro cúmplice. Posteriormente, serão abordadas as possíveis consequências da traição na pessoa do traído: como o comportamento pode afetar sua vida; quais questões devem ser tratadas para verificar parâmetros para a responsabilização civil do ofensor; e se há necessidade de uma tutela específica a ser conferida pelo ordenamento jurídico.

No Terceiro Capítulo, serão analisados os possíveis efeitos jurídicos da infidelidade conjugal, demonstrando-se as consequências imediatas desse tipo de comportamento. Cabem as perguntas: qual seria a resposta do direito para este comportamento? Quais formas poderiam ser utilizadas pelo direito, de forma a promover uma melhor consciência, nas pessoas, acerca da questão da infidelidade conjugal? Para isso, será preciso abordar as correntes que conceituam o dano moral e revisar algumas posições da doutrina e da jurisprudência, sempre à luz da metodologia civil constitucional que serve como marco teórico da presente dissertação. À luz do princípio da dignidade humana, serão analisadas as consequências da infidelidade conjugal, com o objetivo de identificarem-se os responsáveis pelo dano moral causado em decorrência da conduta consumada – o cônjuge violador dos deveres conjugais, o terceiro cúmplice – e até que ponto seja possível essa responsabilização. Em seguida, será empreendida a tarefa árdua de

identificar, de forma relativamente segura, quais seriam os parâmetros para a configuração da responsabilidade civil por infidelidade conjugal, tentando-se rechaçar, assim, demandas meramente vingativas. A relevância do capítulo reside na possibilidade de estabelecer parâmetros sólidos em casos concretos, com o amplo fito de evitar que os tribunais sejam assoberbados de aventuras jurídicas revanchistas; de não permitir que a infidelidade conjugal seja banalizada, a ponto de transformá-la no “risco do casamento”; e, ainda, de não desincentivar as relações interpessoais, despindo-as de qualquer desejo e romantismo.

Aqui será levada em conta a aplicação da função promocional do direito, incentivando atitudes positivas que consigam reduzir a incidência desse tipo de comportamento e prevenindo danos futuros, tanto quanto for possível. Também será realizada análise da jurisprudência sobre o tema, a fim de verificar como os tribunais vêm tratando a questão; também será cotejado o andamento do Projeto de Lei, em tramitação na Câmara, que insere, no Código Civil, a punição para quem descumprir a obrigação de fidelidade recíproca (PL 5716/16).

É nítido que, em alguns casos, existe a violação ao princípio constitucional basilar do direito brasileiro: a dignidade da pessoa humana; mais especificamente, pela violação de um dos quatro substratos, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da solidariedade, da integridade psicofísica e da liberdade¹³. Assim, necessário se faz o reconhecimento da relevância do tema, bem como o seu enfrentamento, buscando fornecer-lhe parâmetros seguros para soluções plausíveis, de forma a facilitar a aplicação de soluções pelos operadores de direito, deixando-se de lado a tentação ao subjetivismo, bem como se evitando, a todo o custo, o incentivo a demandas meramente vingativas.

Por fim, o objetivo final será encontrar soluções e traçar parâmetros, de forma a evitar a banalização do tema da responsabilidade civil por infidelidade conjugal, afastando-se as aventuras jurídicas, cujo único objetivo seria a vingança, tentando fazer o ofensor, realmente, “pagar” pela humilhação sofrida; com isso, serão buscadas algumas bases sobre as quais a doutrina possa construir um caminho para reconhecer a real violação a dignidade da pessoa humana. Será demonstrado como a experiência estrangeira trata do tema, apenas a título de exemplo, sem qualquer pretensão a um estudo de direito comparado.

A família e as formas de sua constituição são objetos de estudos ao longo dos tempos. E isso se deve à sua especial capacidade de mutação, tornando a questão ainda mais desafiadora. O que se deseja é tentar definir possíveis parâmetros e em que situações caberia ou não a

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81-117.

responsabilidade civil por infidelidade conjugal, quais comportamentos do ofensor devem/podem ser considerados como lesivos e quais podem ser considerados como aceitáveis, a que ponto houve a violação da integridade psicofísica, abordando toda a evolução da sociedade e dos modelos familiares atuais.

Espera-se que as conclusões e informações aqui presentes tragam a oportunidade de reflexão e, quiçá, alguma conclusão quanto à matéria, que representa um debate pulsante no direito. É necessário reafirmar que o problema aqui debatido possui a intenção de, longe de deixar os divãs dos psicoterapeutas, ajudar ao Direito a auxiliar, promocionalmente, a questão.

1 SOCIEDADE, CONFIANÇA E AS RELAÇÕES AFETIVAS

1.1 Relevância da confiança nas relações sociais, afetivas e jurídicas

A confiança é a base de qualquer relacionamento, jurídico ou não, sendo o pilar da construção de uma sociedade e tornando o futuro, na verdade uma incerteza, um pouco mais seguro. É pela confiança que se vislumbra a possibilidade do caminhar, sem maiores percalços, embora ela não afaste todos os perigos¹⁴. Haverá sempre uma dose de incerteza e a possibilidade da frustração¹⁵, pois as relações sociais são pulsantes, dinâmicas e em constante mutação¹⁶.

A confiança se mostra, então, como um mecanismo essencial de controle da vida social.

Funcionando como um mediador, a confiança estabiliza as relações sociais, pois modera as expectativas recíprocas e proporciona maior solidariedade entre as partes envolvidas. A expectativa é de cooperação naquela relação. Espera-se que a outra parte cumprirá, voluntariamente, suas obrigações, morais ou jurídicas¹⁷.

Viver em sociedade exige relações de confiança, traduzidas em regras, morais, de conduta e jurídicas. Como bem conceituado por Barbara Misztal, a confiança “é essencial para a existência de relações sociais estáveis, vital para a manutenção da cooperação, fundamental para qualquer troca e necessária até mesmo para as rotinas de interações diárias”¹⁸.

Ausente o valor da confiança, impossível existir relações intersubjetivas, sendo o axioma, então, um dos pilares das relações jurídicas. O mundo só se sustenta por causa da confiança, já que esta é a forma que parte das incertezas são eliminadas.

¹⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança* - Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas. 2008. 206f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

¹⁵ PETERMANN, Fraz. *Psychologie des Vertrauens. Saizburg*: Otto Müller, 1985, p. 9 apud ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança* - Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas. 2008. 206f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro p. 28.

¹⁶ PETERMANN, Fraz. *Psychologie des Vertrauens. Saizburg*: Otto Müller, 1985, p. 9 apud ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança* - Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas. 2008. 206f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro p. 25.

¹⁷ PETERMANN, Fraz. *Psychologie des Vertrauens. Saizburg*: Otto Müller, 1985, p. 9 apud ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança* - Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas. 2008. 206f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro p. 30.

¹⁸ MISZTAL, Barbara A. *Trust in Modern Societies. The search for the Base of Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 12 apud ARAÚJO, Ibibem p. 29.

Tanto para a psicologia quanto para a sociologia, a confiança não é estanque, nem vem pronta: ela se constrói e deve ser desenvolvida e reafirmando a cada dia, a cada atitude que se tem com o outro, nas relações sociais existentes. Baseada em ações pretéritas e presentes, tem-se a base, para as futuras atitudes, permeadas pela insegurança, vislumbrando-se uma, ainda que pequena, chance de sucesso.

Vejamos como alguns autores conceituam a confiança.

Segundo Lewis & Weigert, a confiança, para os psicólogos, seria como um construto ou traço psicológico que os indivíduos desenvolvem, através de suas experiências sociais¹⁹.

Já para Zucker, a confiança poderia ser conceituada como uma ação de um indivíduo em relação a outro, em que: existe a) uma expectativa sobre a ação do outro; ou b) a ação do outro é tomada como garantida²⁰.

Finalmente, para Luhmann, a confiança pressupõe uma situação de risco, em que se escolhe uma ação, a despeito da possibilidade de frustração futura com o comportamento de outros, e onde possíveis prejuízos podem ser maiores do que as vantagens procuradas²¹.

Como resultado, temos que a relação de confiança reúne as seguintes condições:

1. Situação de troca, em que existe a vulnerabilidade de um indivíduo em relação ao outro. Ou seja, há uma vulnerabilidade, atual ou potencial, ao comportamento do outro, devido à incerteza e ao risco sobre o comportamento do outro;
2. Possibilidade de frustração com as ações do outro, em vista do risco;
3. Liberdade limitada da pessoa em quem se confia, pois esta pode evitar determinadas situações²²;

¹⁹ LEWIS, J. D.; WEIGERT, A. *Trust as a social reality*. Social Forces, v.63, 1985, p. 967-985 apud LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. *Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras*. Rev. Psicol., Organ. Trab., Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. p. 96. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017.

²⁰ZUCKER, L. G. *Production of Trust: institutional sources of economic structure*. Research in Organizational Behavior, v.8, 1986, pp. 53-111, apud LEWIS, J. D.; WEIGERT, A. *Trust as a social reality*. Social Forces, v.63, 1985, p. 967-985 apud LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. *Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras*. Rev. Psicol., Organ. Trab., Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. p. 96. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017.. p. 96.

²¹ LUHMANN, N. *Familiarity, Confidence, Trust: problems and alternatives*. In: GAMBETTA, D. (Ed.). *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*. New York: Blackwell, 1988, apud Idibem. p. 98.

²² GAMBETTA, D. *Can we trust trust?* In: GAMBETTA, D. (Ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. New York: Blackwell, 1988 apud LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. *Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras*. Rev. Psicol., Organ. Trab., Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. p. 96. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017. p. 96.

4. Possibilidade de que a confiança se modifique com o passar do tempo e a própria interação em si. A confiança em um evento futuro, seria construída a partir de ações passadas e presentes.

Em determinadas situações, com pessoas diferentes, pode haver confiança ou não: trata-se da reputação do outro, como o outro transmite, ou não, a confiança. Para alguns, pode-se confiar financeiramente em alguém, porém, talvez, não se tenha confiança naquela mesma pessoa para um relacionamento amoroso, e vice-versa. Para outros, qualquer que seja o caso de falta de confiança, não haverá base para nenhuma relação, nem social, nem profissional, muito menos amorosa. E aí está o subjetivismo da confiança, traduzido muitas vezes na reputação.

Assim, confia-se naquele que zela pela sua reputação, o que fortalece as relações de confiança, pois se acredita naquela pessoa, que está no outro polo do relacionamento, aumentando-se a solidariedade. A confiança confere robustez ao compromisso assumido pelas pessoas que se obrigaram umas às outras. A cooperação mútua fica mais fluida e mais facilitada²³.

Então, como funciona a confiança nas relações afetivas?

Sendo o pilar de qualquer relação social, a confiança é de suma importância nas relações afetivas, nas quais as pessoas tendem a ser muito mais descuidadas do que cautelosas e mais emotivas do que racionais, campo no qual muitas vezes o eu mais íntimo é revelado.

Aqui, mais do que qualquer outro tipo de relação, a confiança precisa ser construída, já que ela não é dada, nem garantida, mas criada, mantida ou reestabelecida.

São criadas expectativas, muitas vezes frustradas, é verdade, mas se espera algum tipo de carinho, cuidado e atenção. São relações em que as pessoas tendem a se desnudar, mostrando facetas únicas, devido à intimidade compartilhada, que talvez não mostrassem em nenhuma outra forma de relacionamento. Revelam-se segredos e fraquezas que não seriam revelados a ninguém mais, em procura de apoio²⁴.

²³ Segundo John Rawls: “(...) numa sociedade bem ordenada, em que os cidadãos sabem que podem contar com o senso da justiça do outro, podemos pressupor que uma pessoa queira normalmente agir de modo justo e ser reconhecida pelos outros como alguém com quem se pode contar como membro plenamente cooperativo da sociedade durante toda a sua vida.” RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p 163.

²⁴ Theodoro Adorno, filósofo alemão do século XX, da Escola de Frankfurt, já dizia: “O amor é aquele que permite a você demonstrar para a pessoa que você ama suas maiores fraquezas sem medo de que ela as use contra você.” Citado por PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 180.

Enfim, o relacionamento afetivo, mais do que qualquer outra forma de relacionamento, necessita de confiança no seu núcleo, de forma a preservar a intimidade, a solidariedade e a cooperação do casal.

Entretanto, como qualquer tipo de relacionamento, a relação afetiva também apresenta riscos, sendo os mais notórios – e por que não indesejados? – o fim do relacionamento e a infidelidade. Logo, para construir a confiança, deve-se considerar a traição.

Assim se verifica o paradoxo entre a confiança nas relações sociais, em geral, e nas relações afetivas: na primeira, conseguimos relacionar-nos ainda sob a ameaça da incerteza e da frustração; mas, nas relações afetivas – por estarmos totalmente expostos, desarmados e até esperançosos –, a possibilidade de traição é, praticamente, posta de lado, pois o que se espera de uma relação amorosa, é justamente o contrário! O amor não calcula perdas e ganhos. A lealdade, a sinceridade e a certeza de que o parceiro jamais agirá contra nós: é o que se deseja de um bom relacionamento amoroso, no qual se procura por segurança e por proteção²⁵.

Segundo Bauman, o mundo atual conta com relações cada vez mais “flexíveis”, gerando níveis de insegurança sempre maiores e não só esvaziando confiança, mas logo a transformando em desconfiança. Confiar desconfiando: não é mais confiança, mas insegurança.

Em tempo dos amores líquidos de Bauman, definidos por relações de interesse e de extremo egoísmo, as relações afetivas são comparadas às bolsas de valores, onde o “investimento” tem de valer o risco: “Investir fortes sentimentos na parceria e fazer um voto de fidelidade significa aceitar um risco enorme.”²⁶. Não resta dúvida que a vida cobra elevado pelo investimento no outro, o que pode ser um enorme desperdício de vida. A durabilidade e a estabilidade das relações são trocadas pela leveza e pela velocidade da vida consumista do mundo contemporâneo²⁷, onde não é aceito esse tipo de desperdício.

“O mundo hoje parece estar conspirando contra a confiança”²⁸, sugere o sociólogo. Isso porque não há nem mais tempo, nem disposição, para construir a confiança dentro de um

²⁵ GIKOVATE, Flavio. *Para ser feliz no amor: os vínculos afetivos hoje*. São Paulo: MG Editores, 2016. p 98-100.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 114.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 69.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 115.

relacionamento afetivo, pois está prejudicado o próprio fortalecimento dos laços de intimidade. Na dita pós-modernidade, tudo é passageiro, e não há tempo para a consolidação da confiança²⁹.

Não casualmente, outros pensadores compartilham da ideia de fragilidade³⁰. O próprio sentido social da compreensão do que deve ser a confiança está sendo erodido, devido às constantes mudanças sociais³¹.

No mundo líquido – e, portanto instável –, os laços de confiança e segurança, se mostram, mais do que nunca, imprescindíveis. Sentimentos íntimos e intensos – medos, desejos, limites, angústias e realizações – só devem ser compartilhados com aqueles em quem confiamos. Em um relacionamento afetivo, tamanho compartilhamento só é possível quando há um alto grau de cumplicidade e de confiança.

Quando nos relacionamos afetivamente com alguém, é preciso cultivar essa intimidade. E também escolhemos pessoas que nos ofereçam alguma segurança, que sejam capazes de ter cuidado conosco.

Para um envolvimento verdadeiro, para que haja uma entrega, faz-se que se tenham criado, desenvolvido e estreitado laços afetivos. A construção da confiança que deve ser estabelecida é, portanto, indispensável ao bom relacionamento.

A confiança mostra-se, então como um elemento importantíssimo nas relações familiares, e, principalmente, entre o casal.

Conclui-se que a confiança é a base de qualquer relação, afetiva ou não, necessária aos atos do cotidiano. Sendo assim, a vida é sustentada, em boa medida, por fenômenos psicossociais baseados na confiança, como por exemplo, a aquela envolta em sentimentos e em normas.

A confiança ganha, portanto status de princípio jurídico³²: dentro do ordenamento jurídico brasileiro, contém pungente axiologia, que lhe serve como fundamento de norma

²⁹ A observação é de Valter Shuenque de Araújo. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança - Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas*. 2008. 206f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 23.

³⁰ “O caráter efêmero das interações sociais tem, ademais, provocado o enfraquecimento da confiança nas relações entre indivíduos, bem como a redução do sentimento de solidariedade existente no mundo”. MISZTAL, Barbara A. *Trust in Modern Societies. The search for the Base of Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 81 apud ARAÚJO, Ibidem p. 23.

³¹ HOLLIS, Martin. *Trust with reason*. Cambridge: Cambridge University, 1998, p. 2 apud ARAÚJO, Ibidem p. 23.

³² Valter Schuenquener de Araújo, defende que “Considerando as diferenciações feitas pela doutrina entre regras e princípios, o instituto da proteção da confiança se apresenta, indiscutivelmente, como um princípio jurídico. Trata-se, na definição de ROBERT ALEXY, de um mandado de otimização (Optimierungsgebot)”. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança - Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas*. 2008. 206f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de

fundamental. Ainda, segundo prega a teoria formulada pelo alemão constitucionalista Robert Alexy, trata-se de um mandamento de otimização, em que, na hipótese de colisão entre os princípios, deverá haver um sopesamento entre eles, para que se verifique uma relação de precedência e para que se decida qual terá prevalência no caso concreto, de acordo com os fatos específicos sobre análise.

A confiança não é um conceito apenas da sociologia e da psicologia: é, igualmente, um conceito jurídico, com efetividade e com concretude. É norte das relações jurídicas, de forma a proteger expectativas legitimamente geradas e que merecedora de tutela, alicerçada na boa-fé objetiva³³.

1.1.1 O princípio da boa-fé

No âmbito do direito, influenciado diretamente pelo valor da confiança, o princípio da boa-fé sempre permeou as relações jurídica.³⁴

Conforme nos ensina Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho : “[...] a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente”³⁵.

Janeiro, Rio de Janeiro. p. 146-147. Claudia Lima Marques afirma textualmente ser a confiança um princípio diretriz das relações contratuais, na medida em que “as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas (agora) legítimas naqueles em quem despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados”. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32. Judith Martins-Costa, por seu turno, afirma que “a confiança, adjetivada como ‘legítima’, é um verdadeiro princípio, isto é: uma norma imediatamente finalística, estabelecendo o dever de ser atingido um ‘estado de coisas’ (isto é: o estado de confiança) para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”. MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos*. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 137.

³³ BERGSTEIN, Gilberto. *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova*. 2012. 271f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 70-76.

³⁴ “Pode-se dizer que o sistema hoje, inclusive no Brasil, se encontra fundado no princípio geral da boa-fé, ainda mais porque ela representa expressão da dignidade humana e da solidariedade social no campo das relações privadas.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Responsabilidade Civil e a reparação civil em direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 834-835.

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 4: contratos: teoria geral*. t.1. 12. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 103.

Como o princípio da boa-fé subdivide-se em boa-fé subjetiva e objetiva, deve-se então, primeiramente, distingui-las.

A boa fé subjetiva é baseada na intenção do agente de não prejudicar o outro, na crença da existência de um direito e na ignorância de uma situação adversa. São convicções internas, um estado psicológico do agente, que acredita estar agindo em perfeita consonância com o direito³⁶. O sujeito ignora o caráter ilícito de sua conduta, devendo, dessa forma, ser considerada a sua intenção. O que se investiga é a sua psique. Também pode ser chamada de “boa-fé crença”.

Já a boa-fé objetiva consiste em verdadeira regra de conduta, cuja função é de evitar um desvio em relação a promessas e condutas anteriores³⁷. Trata-se de uma conduta fundada no dever de lealdade³⁸, na exigência de uma colaboração e na confiança que deve haver entre as partes³⁹. É, como a nomenclatura anuncia, modelo objetivo de conduta, padrão de comportamento humano ético esperado nas relações. Demanda um comportamento externo de ajustamento às regras, baseado na lealdade e na probidade⁴⁰, visando um objetivo em comum: o adimplemento da obrigação assumida.

Resumidamente, enquanto na boa-fé subjetiva o que se perquire é a intenção do agente, na boa-fé objetiva, é um padrão de comportamento, um standard, em espaço e tempo específicos.

³⁶ Como explica Judith Martins-Costa, “a boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado subjetivo da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição de propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.)” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411-412.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 79.

³⁸ “[...] diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, com os demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 411-412.

³⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 43.

⁴⁰ A Ministra Nancy Andrighi, no REsp nº 783.404-GO, afirma sobre a boa-fé objetiva que esta “se apresenta como uma exigência da lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual se impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal”. (STJ. REsp nº 783.404/GO. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. julgado em 28/06/07).

A Constituição Federal de 1988, de concepção muito mais humanista, ao privilegiar a tutela da pessoa, sua existência e dignidade, determina que as relações se travem com base na probidade e na eticidade⁴¹, tendo como fundamento a solidariedade⁴².

Dentro dessa nova perspectiva constitucional, os direitos subjetivos só merecerão tutela do ordenamento jurídico se – além de obedecerem à moral, à ordem pública e aos bons costumes – estiverem de acordo com os interesses sociais, fundados nos princípios da lealdade, da boa-fé e da solidariedade, devido à aplicação direta da Constituição nas relações subjetivas⁴³. Não se limitam apenas ao livre atuar do sujeito, mas, dizem respeito, também, a como esse atuar influencia a sociedade com um todo⁴⁴.

Em que pese o fato, inicialmente, de a grande maioria dos estudos relacionados a boa-fé objetiva, serem voltados para questões de relações de cunho patrimonial⁴⁵, o assunto, por ser um princípio geral de direito, pode ser alçado também às relações de cunho existenciais e pessoais, na medida em que estabelece um padrão de conduta para todas as relações intersubjetivas⁴⁶.

Claudia Lima Marques define a boa-fé objetiva como:

Uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objeto contratual e a realização dos interesses das partes⁴⁷.

⁴¹ “Embora a construção inicial da boa-fé objetiva - como um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes - tenha prescindido de fundamentações axiológicas precisas, não há, hoje, dúvida de que ela representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas.”. SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 84.

⁴² Art. 3.º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁴³ A respeito, ver, por todos PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁴ Assim a lição de Maria Celina Bodin de Moraes. MORAES, Maria Celina Bodin de. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107.

⁴⁵ “Inicialmente, porém, a incidência da boa-fé objetiva permanece estritamente limitada a relações contratuais, onde os abusos da autonomia privada se verificavam de forma intensa e desenfreada.”. SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Família e Dignidade Humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf>. Acesso em 22 nov. 2017. p.3.

⁴⁶ Conforme se verifica na Parte Geral do Código Civil de 2002, os artigos 113, 187 e 422 vinculam a boa-fé objetiva ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que impõe padrões de comportamento. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”.

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 107.

E , de forma a embasar a aplicação do princípio as relações familiares:

fides significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do cumprimento expresso, a “fidelidade” e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, [...] é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança)⁴⁸.

Sendo assim, em sua nova dimensão, a boa-fé objetiva passa a ter três funções básicas: a primeira, interpretativa; a segunda, integrativa, ou supletiva; e a terceira, controladora ou restritiva, na medida em que impõe limites à autonomia da vontade⁴⁹.

Flávio Tartuce, emblematicamente, aponta a aplicação da boa-fé objetiva às relações familiares, quando diz:

Mas, se percorrermos outro caminho por três premissas ou justificativas, também podemos afirmar que o art. 422 do Código Civil pode ser perfeitamente aplicável aos institutos familiares, particularmente ao casamento e a união estável. Primeiro, porque, como vimos, os baluartes do novo Código Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade, princípios com os quais a boa-fé objetiva mantém relação. Dessa forma, a referida cláusula geral deveria ser aplicada a todos os institutos de Direito Privado. Segundo, porque seria inconcebível aplicar os arts. 113 e 187 da atual codificação aos institutos de Direito de Família, afastando a aplicação do art. 422 diante de um óbice formal. Vale repetir que a nova codificação privada não se apega ao formalismo, sendo essa a melhor expressão do princípio da operabilidade, da simplicidade. Entender que, no Direito de Família, a boa-fé teria dupla função, e não tripla, é, para nós, totalmente inconcebível. Terceiro, por fim, lembramos que a principal função da boa-fé é justamente suprir e corrigir os negócios jurídicos em geral. Como o Direito Civil deve buscar a justiça social, a boa-fé também há de exercer esse papel nos casos que envolvem os institutos do Direito de Família⁵⁰.

A boa-fé objetiva proporciona proteção efetiva e concreta aos valores constitucionais, devendo, inegavelmente, ser aplicada às relações de Direito de Família.

Não obstante a aplicabilidade indiscutível do princípio, há de se pensá-lo de modo ainda mais específico. Assim, segundo Carlos Dias Motta e Anderson Schreiber, nas relações de Direito de Família, há três situações distintas para a aplicação do princípio em comento.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106.

⁴⁹ Judith Martins-Costa define a boa-fé do art. 113 como um “cânone hermenêutico”. Já para a doutrinadora, o art. 422 seria uma fonte dos deveres secundários, de deveres de conduta anexos, enquanto que o art. 187 atuaria como um limite ao exercício dos direitos subjetivos. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427-472.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, ano 8, n.35, p. 10, abr./ maio. 2006.

A primeira situação diz respeito a circunstâncias que se referem, na verdade, à boa-fé subjetiva⁵¹, cujos exemplos clássicos estariam contidos no casamento putativo⁵² e na união estável putativa⁵³.

A segunda aplicação é realizada para resolver conflitos que envolvem o direito patrimonial. Vale, sobre o assunto, lembrar que o pacto antenupcial possui a natureza contratual, e, majoritariamente, é utilizado, apenas, para questões de situação jurídica patrimonial. Logo, poderia-se fazer um paralelo, dizendo que, no caso, a boa-fé objetiva seria utilizada em uma “fase pré-contratual” ou preliminar, antes do casamento – e, caso houvesse a dissolução de sociedade conjugal, posteriormente, em uma “fase pós-contratual”. Em todos esses casos, embora haja uma relação de família, a boa-fé é empregada como princípio próprio das relações obrigacionais e, portanto, não na seara familiar, *per se*.

A última espécie de situação de aplicação da boa-fé, segundo os doutrinadores citados, é a que efetivamente corresponde à aplicação da boa-fé objetiva às relações de família e diz respeito às relações existenciais do Direito de Família⁵⁴. Isso porque, em que pese a não taxatividade do rol, o próprio Código Civil traz, em seu bojo, diversos deveres matrimoniais e convivenciais, relacionados, respectivamente, nos artigos 1566 e 1724⁵⁵. Aqui, para que

⁵¹ “São disposições que cuidam da boa-fé subjetiva, uma vez que dizem respeito à ignorância do vício pelos cônjuges ou por terceiros que com eles contrataram a título oneroso.” MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 204.

⁵² “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

“Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.”

⁵³ “Fala-se em união estável putativa, quando um dos companheiros, de boa-fé, desconhecia a presença de algum impedimento matrimonial (art. 1727)”. MOTTA, Carlos Dias. *Ob.cit.* p. 204.

⁵⁴ “A incidência da boa-fé objetiva deve ser vista com cuidado, não porque a cláusula geral não se aplique, mas porque o caráter existencial da relação atrai, de forma muito mais intensa, a incidência de princípios constitucionais que podem se chocar com a lógica negocial que subjaz, ao menos em perspectiva histórica, ao desenvolvimento da cláusula geral de boa-fé objetiva. De fato, toda a evolução recente do direito de família conduz à valorização do aspecto existencial – vez por outra, dito “afetivo” – das relações constituídas no seu âmbito.” SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Família e Dignidade Humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf>. Acesso em 22 nov. 2017. p.15.

⁵⁵ “Além disso, muitas relações jurídicas decorrentes do casamento e da união estável exigem que a conduta dos cônjuges e dos companheiros seja examinada em confronto com o paradigma do *bônus paterfamilias*, ou seja, conforma um padrão de comportamento.” MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 202.

houvesse o regular exercício do direito, haveria, também, a ponderação entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da autonomia da vontade ⁵⁶.

É a expressão da boa-fé objetiva nas relações conjugais que deságua na vedação do comportamento contraditório⁵⁷. Não pode haver frustração da expectativa entre as pessoas que se propõem a uma vida em conjunto, pois umas esperam das outras tanto condutas positivas – como receber cuidado e zelo – quanto condutas negativas – como não trair e não abandonar. De todo modo, esperam-se todas as manifestações de promoção da dignidade da pessoa humana, por meio do bem-estar. Haveria, então, a efetivação da solidariedade social⁵⁸.

O contrário não se pode esperar das pessoas que convivem em família, em que o afeto é o principal sustentáculo da relação. Seria um comportamento obviamente contraditório ter afeto e praticar condutas nocivas àqueles a quem se ama, como o desrespeito e a falta de cuidado; e, ainda mais significativamente, tomar todas as outras espécies de atitudes capazes de violar a dignidade. Assim é a infidelidade, que como se verá, provoca sentimentos negativos mais variados.

É, pois, indispensável que as pessoas que se lançam em um projeto familiar tenham em mente que a confiança precisa ser adquirida, mantida e construída a cada dia, e que, de nenhuma forma, isso irá implicar diminuição da própria liberdade. Haverá, pelo contrário, benefício da própria convivência do casal e do relacionamento, em vista .

A liberdade de escolha de unir-se ao outro, para a constituição de uma família – bem como a de dissolver esse vínculo – não pode ser confundida com a liberdade de se relacionar com outras pessoas, durante a existência do projeto de vida em comum, desde que isso não tenha sido, previamente, combinado entre o casal.

Conclui-se que, a boa-fé objetiva se reflete, desta forma, na observância obrigatória dos deveres conjugais e convivenciais, que se coloca aos casais que se unem afetivamente, com o intuito de constituir uma família. O que se espera é que sejam observados os deveres de fidelidade, de lealdade, de respeito e de consideração – todos reciprocamente considerados –,

⁵⁶ MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p. 202.

⁵⁷ “Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 457.

⁵⁸ Essa efetivação da solidariedade social “se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 65.

ante à própria natureza personalíssima desses deveres. Qualquer comportamento contrário a esses deveres implica violação à dignidade do outro, conforme se abordará no capítulo 3.

1.2 Uma abordagem interdisciplinar: visões da psicologia, da sociologia, da história, da medicina e da filosofia em relação a infidelidade conjugal

Não há como se falar em qualquer tema de Direito de Família sem se socorrer de outras ciências, como a sociologia, a filosofia e a psicologia⁵⁹. A necessidade de utilizar desses instrumentos neste campo fértil, que é o Direito de Família, é inerente, visto que a família é um órgão vivo e pulsante, influenciadora dos movimentos sociais e influenciada pela sociedade. O Direito não é hermético e alheio a esses fatores⁶⁰. Pelo contrário. Por ter sua origem nos fatos sociais⁶¹, e por não ser uma ciência absoluta, como nenhuma ciência social o é, o Direito deve absorver as informações disponibilizadas, processando-as e devolvendo soluções aos problemas que lhe são apresentados. Com isso, cumpre sua função organizadora da sociedade, garantindo e promovendo a paz social.

Principalmente para a questão dos danos morais por infidelidade conjugal, é de extrema necessidade efetuar uma abordagem psicanalítica, eis que os danos à vítima, muitas vezes, surgem em forma de somatização. O sofrimento emocional pode transformar-se em sintoma físico, sendo, muitas vezes, devido à psicossomatização, necessário algum tratamento. Não há como negar que a infidelidade está presente em parte significativa dos relacionamentos amorosos e que, muitas vezes, causa algum impacto, das mais variáveis dimensões, na vida dos envolvidos. Negligenciar a importância desses sintomas é não querer aceitar os danos

⁵⁹ “[...] a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar.”. Dentre todos, v. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 126.

⁶⁰ Tânia da Silva Pereira, a analisar a Lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, já chamava a atenção da necessidade de se lançar mão da interdisciplinaridade do Direito com outras ciências sociais: “encontraremos na Psicologia, Pedagogia, Medicina, Sociologia, etc. recursos técnicos e princípios dogmáticos para que os fins sociais previstos na Lei 8.069/90 sejam atingidos.” PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 38-39.

⁶¹ “Do ponto de vista sociológico, o Direito é uma ciência essencialmente social, oriunda da sociedade e para a sociedade. As normas do Direito são regras de conduta para disciplinar o comportamento do indivíduo no grupo, as relações sociais; normas ditadas pelas próprias necessidades e conveniências sociais. Não são regras imutáveis e quase sagradas, mas sim variáveis e em constante mudança, como o são os grupos onde se originam.” FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Sociologia Jurídica*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 26.

envolvidos na infidelidade conjugal. Todavia, deve-se buscar uma melhor fundamentação para este fim, de forma a se verificar hipóteses em que esse dano moral possa ser reconhecido.

Apesar de o adultério ter sempre existido no campo dito como civilizacional, foi somente nas últimas décadas que a psicanálise passou a dedicar-se ao tema⁶². Já foi comprovado que, existem sim, danos à pessoa vítima da infidelidade, sendo o *extramarital sex* (em livre tradução, “sexo extraconjugal”) um dos *negative marital stressors*(NMS)⁶³ (em livre tradução, estresses conjugais negativos), que mais desencadeia sintomas psicológicos graves, entre os quais a depressão. Esses danos serão mais minuciosamente abordados no item 2.4.

Cabe, contudo, breve contextualização da depressão. Segundo a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), a depressão é muito mais do que um acesso de melancolia: “pessoas com depressão normalmente apresentam vários dos seguintes sintomas: perda de energia; alterações no apetite; dormir mais ou menos do que se está acostumado; ansiedade; concentração reduzida; indecisão; inquietação; sentimentos de inutilidade, culpa ou desesperança; e pensamentos sobre autolesão ou suicídio”⁶⁴.

A depressão afeta não somente a mente, mas também o corpo. O depressivo passa a questionar se a vida vale a pena, devido a todo o sofrimento que está passando, não encontrando alternativas para sair daquela situação. Tampouco é fácil livrar-se dessa desordem psicossomática, como algumas pessoas supõem. É uma doença grave, que geralmente requer uma combinação de medicação e de aconselhamento. Segundo a OMS, “Depressão afeta mais de 300 milhões de pessoas e é doença que mais incapacita pacientes”⁶⁵.

⁶² Na verdade, desde a década de 1940, Alfred C. Kinsey já falava sobre a questão da infidelidade conjugal quando, em 1948, publicou o minucioso estudo “O comportamento sexual do macho humano” e em 1953, publicou o “O comportamento sexual da fêmea humana” também conhecidos como os “Relatórios Kinsey”. Tais livros provocaram um verdadeiro terremoto no conservador Estados Unidos, pós-guerra, uma vez que o autor descortinava a vida sexual dos norte-americanos. Temas de sexualidade – como masturbação, infidelidade e homossexualidade – foram trazidos à tona, e Kinsey foi tachado de pervertido, de ameaça à sociedade e, como de praxe àquela época, de “comunista”. Desde aquele momento, alguns estudos foram realizados por autores diversos, evidenciando-se, no início dos anos 1980, investigadores que desenvolveram várias publicações sobre a infidelidade em si. Assim Anthony P. Thompson e a dupla Shirley P. Glass. e Thomas L. Wright.

⁶³ A expressão é encontrada no artigo do *Journal of marital and family therapy*, em que os autores realizam estudo sobre os antecedentes e as consequências de estressores conjugais negativos, para ajudar os clínicos e os pesquisadores a desenvolver intervenções que possam impedir esses estressores e seus resultados. CANO, Annmarie; CHRISTIAN-HERMAN, Jennifer; O'LEARY, K. Daniel; AVERY-LEAF, Sarah. Antecedents and consequences of negative marital stressors. *Journal of Marital and Family Therapy*, v. 28, n. 2, p. 145-151, Abr. 2002.

⁶⁴ Informação vinculada pela OMS, na semana em que a ONU lembra o Dia Mundial da Saúde, 07 de abril. Consulta realizada no site das Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/depressao-afeta-mais-de-300-milhoes-de-pessoas-e-e-doenca-que-mais-incapacita-pacientes-diz-oms/>>. Consulta realizada em: 10 nov. 2017.

⁶⁵ Informação vinculada pela OMS, na semana em que a ONU lembra o Dia Mundial da Saúde, 07 de abril. Consulta realizada no site das Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/depressao-afeta-mais-de-300-milhoes-de-pessoas-e-e-doenca-que-mais-incapacita-pacientes-diz-oms/>>. Consulta realizada em: 10 nov. 2017.

As referidas pesquisas sobre infidelidade são, portanto, importantes para que se possa compreender melhor as vivências individuais das pessoas.

Como se vê, a infidelidade conjugal pode influenciar diretamente nos aspectos psicossociais da pessoa, podendo causar depressão, baixa autoestima, desilusão, tristeza, mágoa, falta de confiança, podendo até acarretar ‘cicatrices emocionais’, que, por sua vez, poderão dificultar futuras relações. Ou seja, recuperar-se de uma infidelidade conjugal pode não ser tão fácil quanto parece, e as cicatrizes emocionais são profundas.

São sentimentos que geralmente caracterizam a reação depressiva (tecnicamente chamada “depressão reativa”), que acometem a vítima, sendo fisiológica e psicologicamente inevitáveis.

As consequências da depressão pós-traição fazem-se sentir em todas as áreas de atuação da vítima – no campo familiar, no profissional e no social; a pessoa torna-se improdutivo e “uma morta-viva”. Trata-se de uma experiência emocional traumática⁶⁶, pois a perda do parceiro, é muitas vezes a perda do valor próprio. “O valor que atribuímos a nós próprios depende em parte do valor que temos aos olhos dos outros, neste caso o parceiro”⁶⁷.

Contudo, nem todos que passam por uma situação de traição desenvolvem a reação depressiva, já que indivíduos reagem de forma diferente diante de determinado acontecimento. Enquanto há quem passe dias ou meses em depressão, há quem sinta um desejo profundo de vingança (muitas vezes protagonizando um ato semelhante). E há quem simplesmente vai embora, sem olhar para trás. Já outros aproveitam a situação para obterem o sucesso⁶⁸.

A verdade é que a descoberta da infidelidade não afeta as pessoas de forma igual, dependendo de uma série de fatores intrínsecos e extrínsecos a cada ser humano: entre os quais,

⁶⁶ A maioria dos autores que escreve sobre o tema, trata o impacto da infidelidade como uma experiência traumática. Michele Scheinkman psicóloga brasileira, faz uma série de críticas sobre este enfoque vítima-vilão. SCHEINKMAN, Michele. *Para além do trauma da traição: reconsiderando a infidelidade na terapia de casais*, artigo publicado originalmente em *family process*, 44:227-244, 2005. Tradução de Clarissa Peixoto, Nova Perspectiva Sistêmica, PP. 44-66, 2008, No prelo. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5633f67de4b05ce588075c8c/t/563e6192e4b0d49f2177984c/1446928786/568/ScheinkmanPortuguese2008.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁶⁷ CASTRO, Maria Guilhermina. *Fidelidade e Infidelidade nas Relações Amorosas*. 2007. 409f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação. Universidade do Porto, Porto. p.257. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/315834954_Fidelidade_e_Infidelidade_nas_Relacoes_Amorosas>. Acesso em: 08 dez. 2017.

⁶⁸ Nayara Azevedo em entrevista a Fábio Porchart, no Programa do Porchart em 08 de novembro de 2016, conta que a música “50 reais”, foi inspirada em uma traição sofrida pela cantora. A música foi uma das mais executadas em 2016, ocupando o oitavo lugar entre as mais tocadas na rádio, além de entrar no top 100 mundial de vídeos mais visualizados no YouTube, alcançando a 75ª posição. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=htwAaRiWyFE>. Acesso em: 24 fev. 2016.

a estrutura psicológica, as experiências anteriores, o contexto da traição e os diversos aspectos culturais.

Em sentido complementar, vários casos são veiculados na imprensa – sobretudo a dita marrom, em que figuram as revistas de fofoca –, que se aproveita deste tipo de notícia para aumentar suas vendas. Casos de infidelidade conjugal entre celebridades aparecem nesse tipo de revista com grande frequência⁶⁹.

Entre os mais célebres podemos destacar a infidelidade do ex-presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, que sofreu um processo impeachment por conta de seu envolvimento com sua estagiária Monica Lewinsky. O escândalo, quase derrubou o presidente⁷⁰. Hillary Clinton perdeu o marido, manteve-se firme ao seu lado e, dois anos depois, começava uma carreira política ascendente, que culminou com a sua candidatura à presidência dos Estados Unidos da América, pelo Partido Democrata, na eleição de 2016, derrotada, em eleição histórica, para o atual presidente, Donald Trump⁷¹.

Quanto maior a estrutura de um casal – como no caso dos casamentos e das uniões estáveis – devido ao vínculo estabelecido, maior tende a ser o impacto da traição, pois os planos e as expectativas em relação ao relacionamento são maiores do que em uma relação de namoro ou mesmo de amizade, o que intensifica a dor da traição. Cumpre, novamente, frisar: cada pessoa tem uma reação diferente, frente a descoberta da infidelidade do cônjuge/parceiro.

Não obstante as diferenças, os estudos psicológicos nessa área vão ao encontro do sentir do senso comum: as investigações revelam, consistentemente, que a grande maioria das

⁶⁹ Em 2015, a notícia de que a supermodelo Gisele Bündchen e seu marido, o jogador de futebol americano Tom Brady, estariam-se separando, devido a traição dele com a babá, dominou a mídia mundial e as redes sociais, tornando-se um dos *trending topics* na rede social *Twitter*. O casal desmentiu os boatos e continua unido. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-3246776/Gisele-Bundchen-doesn-t-know-really-happened-Tom-Brady-let-Ben-Affleck-s-nanny-Christine-Ouzounian-ride-jet.html>> e em <<http://www.deloox.com.br/posts/comportamento/1412/Gisele-Buendchen-nega-separacao-mas-diz-que-seu-casamento-passa-por-dificuldades>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

⁷⁰ Bill Clinton, o 42º presidente dos Estados Unidos, sofreu um processo de impeachment pela Câmara dos Representantes sob duas acusações, uma de perjúrio e uma de obstrução da justiça, em 19 de dezembro de 1998. Dois outros artigos do impeachment (uma segunda acusação de perjúrio e uma acusação de abuso de poder) não foram aceitos pela Câmara. As acusações surgiram após o escândalo Lewinsky e a ação judicial movida por Paula Jones. Processo de impeachment de Bill Clinton. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_de_impeachment_de_Bill_Clinton>. Acesso em: 29 nov. 2017.

⁷¹ Em 1998, seu casamento foi um assunto de muita especulação após o escândalo Lewinsky. Ao término do mandato de Bill, Hillary foi eleita em 2000 a primeira senadora por Nova Iorque. Candidata do Partido Democrata à Presidência na eleição de 2016, apesar de ganhar mais votos populares, acabou sendo derrotada pelo republicano Donald Trump no Colégio Eleitoral. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Hillary_Clinton>. Acesso em: 29 nov. 2017.

pessoas – com um percentual superior a 70% nas pesquisas realizadas com os voluntários – têm atitudes negativas face à infidelidade⁷².

Mais ainda, os danos psicológicos produzem efeitos severos e muitas vezes irreparáveis para a saúde mental, sexual e até mesmo para a reinserção social da vítima⁷³.

A verdade é que, apesar de estar de alguma forma banalizada, a traição ainda suscita muita dor e sofrimento. Entretanto, pesquisas demonstram que a maior parte das pessoas procura perdoar e recompor o casal, e apenas uma pequena parte pensa em vingança⁷⁴.

Além disso, é necessário ter uma visão de como a própria sociedade enxerga, ainda hoje, a questão da infidelidade, que será o tema do item subsequente.

Em que pese toda a evolução experimentada pela família até os dias atuais, a verdade é que a fidelidade/lealdade ainda é um valor moral muito arraigado na sociedade. Sendo assim, a infidelidade/deslealdade não é uma atitude que expresse o valores sociais aceitos na sociedade monogâmica que ainda vivemos. Pelo contrário, verifica-se uma verdadeira repulsa ao comportamento, e o infiel é visto, muitas vezes, como um ser não merecedor de confiança.

Como afirmado por Luc Ferry⁷⁵, as transformações sociais passam, mais do que pelo ponto de vista da coletividade, pelo prisma do indivíduo, do singular, inserido no seio da família, cujos valores, por sua vez, foram-se alterando de acordo com as mutações, sobretudo os progressos, da sociedade.

Outro ponto que deve ser destacado é a diferença de gênero na traição. Muitas vezes, a traição masculina pode ser vista, socialmente, como menos importante do que a feminina. No Brasil – como na maioria dos países latinos –, a verdade é que existe uma moralidade ambígua,

⁷² Os resultados desta pesquisa encontram-se no anexo A, onde 72% dos voluntários apresentaram algum tipo de MDE. SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity's aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner's infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

⁷³ FARIA, A. L.; ARAÚJO, C. A. A.; BAPTISTA, V. H. *Assistência à vítima de violência sexual: a experiência da Universidade de Taubaté*. Revista Eletrônica de Enfermagem v. 10, n. 4, p. 1138-1143. Goiânia, 2008. IWAMOTO, H. H. et al. A. A violência sexual infanto-juvenil sob a ótica dos informantes-chave. *Revista Eletrônica de Enfermagem*. v. 12, n. 4, p. 647-654, Goiânia, 2010 apud BRITO, Raquel Santos; CAVALCANTI, Pacífica Pinheiro. Infidelidade masculina e violência sexual: sentimentos das mulheres que as vivenciaram. *Ciência et Praxis*, v. 7, n. 14, p. 13 – 18, 2014. p. 14.

⁷⁴ Willy Pasini traz em seu livro uma pesquisa realizada por ele, na Itália, demonstrando esses dados. PASINI, Willy. *Amores infiéis: psicologia da traição*; Tradução Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 167.

⁷⁵ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

quando se fala da questão da (in)fidelidade. Ao homem é permitido ser infiel, até sendo o comportamento esperado. À mulher, não⁷⁶.

A própria sociedade enxerga a infidelidade masculina diferente da feminina. Enquanto as relações sexuais masculinas fora de casa são classificadas como simples “aventuras” que não devem interferir no casamento e homens casados não devem trocar a esposa por ‘amantes’, esta sim, uma conduta reprovável, segundo pensamento da sociedade brasileira⁷⁷, a mulher que tem uma relação sexual com um homem diferente do marido é quem tem um atitude considerada como infiel⁷⁸.

Talvez a expectativa quanto a traição feminina seja menor, e, talvez as consequências impostas ao homem que traiu, também possam ser menores do que as impostas à mulher. Porém, ao que tudo indica, essas diferenças, são muito mais culturais, a depender do local e a época que se vive⁷⁹, não se aplicando ao campo da psicologia.

Devido a essas questões históricas e culturais⁸⁰, de acordo com a literatura psicológica, o ódio e a externalização da agressividade seriam mais característicos das reações masculinas à descoberta de uma infidelidade⁸¹. Vale dizer que a espúria tese de “legítima defesa da honra” vigorou por anos os julgamentos criminais de uxoricídio, absolvendo vários homens que

⁷⁶ Luiz Felipe Pondé discorre, de forma brilhante e sarcástica, sobre o pensamento da sociedade contemporânea, demonstrando que pouca evolução houve neste aspecto, indicando inclusive o machismo de algumas mulheres sobre o tema. PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 95-97, 141-144.

⁷⁷ PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 63-70

⁷⁸ PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 141-144; SILVA, C. G. M. O significado de fidelidade e as estratégias para prevenção da AIDS entre homens casados. *Revista de Saúde Pública*. v. 36, suplemento 4, p. 40- 49, São Paulo, 2002.

⁷⁹ Na Roma Antiga, somente a infidelidade feminina era tratada como rigor, que era condenada ou à morte ou à prostituição. De acordo com Sarah Fernandes Lino de Azevedo, na tese “O adultério, a política imperial e as relações de gênero em Roma (31 a.C – 68 d.C.)” na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo (USP), a noção do adultério em Roma é patriarcal, registrada na legislação, com restrições sobre o campo de opções sexuais da mulher; e, por fim, com uma moralidade dupla, às vezes tolerando, outras condenando o adultério: “O homem casado poderia ter relações sexuais fora do casamento, com escravas, concubinas, prostitutas. Mas isso não era uma opção válida para mulheres”. AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino de. Entrevista ao Jornal da USP, falando sobre a sua tese de doutorado. PACHECO, Denis. Roma antiga tratava com rigor infidelidade, mas só da mulher. *Jornal da USP*, São Paulo, 04 ago.2017. Editoriais: Ciências Humanas, p. 1. Disponível em: <<http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/roma-antiga-tratava-com-rigor-infidelidade-mas-so-da-mulher/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁸⁰ Além de cultural, a questão já foi até mesmo jurídica, haja vista que as Ordenações Filipinas, regentes até a introdução do Código Civil de 1916, permitiam ao homem casado matar a esposa adúltera. Do Livro V, t. XXVIII, lê-se: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade”. FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de não permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais do novo Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006. p. 471.

⁸¹ Uma pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo (FPA), nos anos de 2001 e 2010, revelou que tanto mulheres agredidas quanto homens agressores confessos apontam como principais razões para que episódios de violência de gênero ocorressem em seus relacionamentos algum mote referido a controle de fidelidade (46% e 50%, respectivamente). Ou seja, a infidelidade ainda é castigada em casa, violentamente. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/node/7244>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

assassinaram suas esposas/companheiras⁸². Isso demonstra uma cultura extremamente machista em relação à infidelidade⁸³.

Diante da traição, a tristeza, a depressão e a autodesvalorização seriam, portanto, mais frequentes nas mulheres.

Assim, quando questionadas se já foram traídas, qual o sentimento com relação à traição e o que isso influenciou na vida sentimental, as mulheres demonstraram, com clareza, a influência negativa que a infidelidade acarretou. Assim declarações como: “Um sentimento de dor profunda, como se fosse inferior, feia, isso me quebrou a credibilidade de confiar no ser homem; Eu não confio mais em ninguém, por que tenho medo de ser traída novamente; Eu não consigo esquecer, isso me revoltou muito e não confio nele como antes.”⁸⁴.

A verdade é que, com a libertação dos papéis exclusivos de esposa e de mãe, as mulheres tornaram-se muito mais independentes, não se subjugando mais à figura masculina. Com o advento dos direitos de primeira e segunda geração⁸⁵, as mulheres passaram a não tolerar mais certos comportamentos masculinos. Todavia, isso não as imunizou do sofrimento, apenas lhes mostrou que não precisavam mais permanecer em um relacionamento em que a sua dignidade não era respeitada. “As mulheres de hoje são *empowered*: mais fortes e seguras, mais afirmativas até no amor, mesmo quando são traídas.”⁸⁶. Porém, nem todos conseguem superar a infidelidade vivenciada.

⁸² No Brasil, o caso mais emblemático foi o caso Angela Diniz, que foi assassinada friamente por Doc Street. A leve condenação do playboy em 1ª instância, dois anos com sursis, despertou a indignação de movimentos feministas, que se mobilizaram com o slogan “Quem ama não mata”, o que terminou provocando novo julgamento, em que Street foi condenado a 15 anos de prisão.

⁸³ “A letra da lei trata os gêneros em igualdade, mas isso não é o que a gente vê com os números de violência contra a mulher”. AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino de. Entrevista ao Jornal da USP, falando sobre a sua tese de doutorado. PACHECO, Denis. Roma antiga tratava com rigor infidelidade, mas só da mulher. *Jornal da USP*, São Paulo, 04 ago.2017. Editoriais: Ciências Humanas, p. 1. Disponível em: <<http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/roma-antiga-tratava-com-rigor-infidelidade-mas-so-da-mulher/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁸⁴ As declarações são feitas em estudo promovido pelas doutoras Raquel Santos Brito e Pacífica Pinheiro Cavalcanti, intitulado “Infidelidade masculina e violência sexual: sentimentos das mulheres que as vivenciaram”, objetivando apresentar os sentimentos das mulheres que vivenciaram a infidelidade masculina e a violência sexual. O estudo, feito com 100 mulheres no Mato Grosso, relata que, entre as entrevistadas, 44% afirmaram que já foram traídas pelo companheiro e que 16% delas referiram já terem sofrido algum tipo de violência sexual. Fato que merece destaque é que 11 mulheres das acima citadas afirmaram que, além de serem traídas, sofreram violência sexual. BRITO, Raquel Santos; CAVALCANTI, Pacífica Pinheiro. Infidelidade masculina e violência sexual: sentimentos das mulheres que as vivenciaram. *Ciência et Praxis*, v. 7, n. 14, p. 13 – 18, 2014.

⁸⁵ “os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.” Já os direitos de 2ª dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades (...)”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563-564.

⁸⁶ PASINI, Willy. *Amores infelizes*: psicologia da traição; Tradução Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 8.

Algumas particularidades podem potencializar a existência e a gravidade da infidelidade para o casal. Casais mais idosos, questões religiosas e posicionamentos políticos mais conservadores, por desaguar em julgamento mais severo do ato, podem trazer consequências ainda mais devastadoras às vítimas da infidelidade conjugal.

A sociedade também acredita que existem dois tipos de infidelidade⁸⁷: a sentimental e a corporal. A infidelidade corporal, normalmente ligada muito mais ao desejo, ao momento, costuma ser menos relevante do que a infidelidade sentimental, já que a última induz uma relação mais frequente, com o risco real da perda do parceiro e, com isso, o abalo da entidade familiar.

Conclui-se que, se o homem não abandonar a sua família, a sociedade tenderá a ser mais complacente com a infidelidade masculina corporal⁸⁸.

Porém, para além dos problemas trazidos na esfera psicológica e sociológica, existe um ainda mais grave, de saúde pública: a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, agregando danos à integridade física da vítima. Segundo o estudo das doutoras Raquel Santos Brito e Pacífica Pinheiro Cavalcanti⁸⁹, a infidelidade é um fato que contribui para o aumento de doenças sexualmente transmissíveis. A AIDS e a sífilis voltaram a ser preocupações no âmbito da saúde pública⁹⁰, com cada vez mais jovens e parceiros heterossexuais sendo atingidos por essas doenças.

A infidelidade pode elevar a vulnerabilidade ao Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) na família. Constata-se que a infidelidade contribui para o sexo desprotegido e, por

⁸⁷ Willy Pasini, Flávio Gikovate, Luiz Felipe Pondé tratam este assunto em seus livros, tanto no campo da psicanálise, quanto no campo da filosofia, mostrando a diferença tanto em sua aceitação pela sociedade, quanto os efeitos na vida da vítima. Por todos, PASINI, Willy, op. cit., p. 80-91.

⁸⁸ “Um homem casado até pode transar por aí, mas, no caso de se apaixonar de fato e abandonar a mulher e os filhos por uma ‘mais novinha’, a norma social não justificará seu ato dizendo que ele se emancipou contra o esmagamento do seu desejo. Restará a ela apenas o título de canalha.” PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 54.

⁸⁹ “Fato que merece destaque é que para algumas pessoas a fidelidade e a confiança podem ser colocadas como determinantes para o uso do preservativo, assim o não saber da infidelidade pode ser um agravante para a transmissão das DSTs.” BRITO, Raquel Santos; CAVALCANTI, Pacífica Pinheiro. Infidelidade masculina e violência sexual: sentimentos das mulheres que as vivenciaram. *Ciência et Praxis*, v. 7, n. 14, 2014. p-15.

⁹⁰ O Ministério da Saúde divulgou dados recentes mostrando que o número de pessoas infectadas pela sífilis, no Brasil, aumentou 32,7% entre 2014 e 2015. “Esse aumento não está acontecendo só no Brasil, é um problema global”, afirma Adele Benzaken, diretora do Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais do Ministério da Saúde. ALENCAR, Bruna. Por que o Brasil vive uma epidemia de sífilis? *Revista Época*, São Paulo, 01 nov.2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/noticia/2016/11/por-que-o-brasil-vive-uma-epidemia-de-sifilis.html>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

consequente, para o aumento da vulnerabilidade. O número de mulheres infectadas pelo vírus do HIV, pode em breve, ultrapassar o número de homens infectados ⁹¹.

Conforme uma recente pesquisa realizada no Estado de Sergipe, das 1.831 mulheres com o vírus do HIV, 70% estão em relacionamentos monogâmicos e foram infectadas pelos companheiros. O número é alarmante⁹². A grande dificuldade no uso da camisinha no casamento está, justamente, na questão da confiança entre o casal, que dificulta a tomada de decisão ⁹³.

Ainda: de acordo com uma pesquisa realizada pela ABIA (Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS), na segunda metade da década de 1990 e no início do ano 2000, o único grupo que registrava aumento de casos anualmente era o de mulheres casadas na faixa dos 35-50 anos. De modo diverso, todos os outros grupos de populações vulneráveis (entre os quais figuram indivíduos homossexuais e homofóbicos) registravam o mesmo incremento anual, sem que houvesse expansão considerável. A questão, novamente, estava na dificuldade de que homens e mulheres casados dessa faixa etária conseguissem fazer uso de camisinha ou mesmo testes dentro de casa. Muitas vezes, mesmo desconfiadas dos seus pares, as mulheres se

⁹¹ “O avanço impressionante da aids entre as mulheres é, atualmente, outra grande preocupação relativa à epidemia. Segundo o último Boletim Epidemiológico Mundial, divulgado pela ONU, o número de casos femininos em todo o mundo já corresponde a 47,3% dos 37,2 milhões de infectados de 15 e 49 anos. Uma proporção que poderá ultrapassar a de homens infectados em menos de dez anos devido à falta de programas mais específicos para as mulheres, bem como à falta de proteção social, econômica e legal à população feminina, vítima frequente de violência e abuso sexual.” AIDS: a sexualidade dos portadores e a vulnerabilidade feminina. Pesquisa realizada no site
http://www.portaldasexualidade.com.br/Section/Interna?id_conteudo=1733&id_secao=126&id_item_secao=22&id_subitem_secao=62. Acesso em: 06 de nov. de 2017.

⁹² O número de mulheres infectadas pela AIDS no Brasil, aumentou muito nos últimos 10 anos, pois, antes, a cada seis casos de Aids em homens, era registrado um em mulheres e, hoje, essa proporção está em dois para um. Maioria das mulheres com HIV em SE foi infectada pelo companheiro. *GI Sergipe*. Aracaju, 08 mar.2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2017/03/maioria-das-mulheres-com-hiv-em-se-foram-infectadas-pelos-companheiros.html>>. Acesso em: 06 de nov. de 2017.

⁹³ “As mulheres concebem tal questão [a da infidelidade masculina], como da ordem do regular dizendo que: as coisas são assim e que faz parte da natureza masculina a tentação de ter experiências sexuais variadas. Contudo, tal apreensão, que é consciente, não redundava em atitudes de prevenção ao HIV, à AIDS e a outras doenças sexualmente transmissíveis nas relações sexuais com os parceiros. Muitas mulheres acreditam que se previnem sendo simplesmente fiéis ao marido. Convivem, assim, com a percepção de um possível risco e um sentimento de indeterminação sobre o próprio destino, o que lhes impossibilita tomar uma atitude deliberadamente preventiva. O constrangimento feminino quanto à negociação do uso do preservativo se exprime por um sentimento de dependência do poder masculino, que impede o diálogo com os maridos sobre isso. Segundo elas, os maridos poderão usar camisinha com as outras; entretanto, não saberão realmente se o fizeram. Nem questionarão seus maridos.” ZAMPIERI, A. M. F. *Erotismo, Sexualidade, Casamento e Infidelidade: Sexualidade Conjugal e Prevenção do HIV e da AIDS*. São Paulo: Agora, 2004. p. 165-166.

sujeitam a uma relação sexual insegura⁹⁴. Estamos vivendo uma “época de grande risco nas relações sexuais”⁹⁵.

Verifica-se assim, o risco que a infidelidade pode trazer ao parceiro, podendo até mesmo afetar sua integridade física, pela possibilidade da transmissão de uma DST.

Ao nos socorrermos dessa ampla gama de fatores jurídicos, sociológicos, médicos, psicológicos, psiquiátricos, antropológicos, dentro dessa complexidade de valores, princípios e regras, sem a pretensão de acharem serem que são finitos, poderemos, ao menos, tentar encontrar critérios axiológicos para a pacificar os tantos conflitos envolvidos na infidelidade.

A importância da relação interdisciplinar apresentada, sobretudo com a Psicologia⁹⁶, será de suma importância na análise das questões que serão desenvolvidas a seguir. De posse dessa interdisciplinaridade psicojurídica, poderá se ter uma compreensão melhor das consequências que uma infidelidade pode provocar na pessoa da vítima, não se podendo, neste ponto, ignorar o aspecto da subjetividade. Com isso, será proporcionada aos operadores do direito uma maior clareza sobre a possibilidade ou não de haver violação a dignidade da vítima.

⁹⁴ Edilaine Helena Scabello, em sua dissertação, entrevista uma mulher, cujo pseudônimo é Flor de Liz, que retrata exatamente esta situação: “*Aí eu ficava com aquela insegurança eu tinha medo de fazer amor com ele porque tava sem camisinha, eu tinha medo e não tinha coragem de dizer: “usa camisinha”, porque eu sei lá o que essas mulheres têm, sei lá com quem que eles transaram, eu não sabia e hoje com a AIDS do jeito que está, isso aí me deixava muito insegura.*”. SCABELLO, Edilaine Helen. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 227.

⁹⁵ A declaração é da psiquiatra Carmita Abdo, coordena o Programa de Estudos em Sexualidade (ProSex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da USP, também presidente da Associação Brasileira de Psiquiatria. Foi a coordenadora da pesquisa Mosaico 2.0, a maior pesquisa já realizada sobre os hábitos sexuais do brasileiro. Segundo a Doutora Carmita Abdo: “A mulher negligencia a proteção no sexo: para não desagradar ao parceiro, não exige o uso do preservativo, da camisinha. Consequentemente, as doenças sexualmente transmissíveis aumentaram sua incidência, a sífilis voltou com força total, o número de casos de Aids cresceu em todas as faixas etárias. Contatos sexuais entre desconhecidos, associados a cuidados preventivos ‘zero’ representam uma mistura explosiva contra a saúde, a qualidade de vida e, em alguns casos, ameaçam a própria vida.”. TAVARES, Mariza. *Estamos vivenciando uma segunda revolução sexual*. *GI*. 25 abr.2017, Bem Estar. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/blog/longevidade-modo-de-usar/post/estamos-vivenciando-uma-segunda-revolucao-sexual-diz-carmita-abdo.html>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁹⁶ A importância da psicologia no campo do Direito foi ressaltada por Lizete Peixoto Xavier Schuh: “Com as crescentes exigências sociais, alguns procedimentos judiciais passaram a requerer a busca de informações que esclarecessem dúvidas acerca dos comportamentos humanos, exigindo uma interdisciplinaridade do Direito com outras ciências e, sobretudo, com a Psicologia. A evolução conjunta destas duas ciências gera a Psicologia Jurídica considerada apropriada para abraçar questões que envolvem controvérsias no campo da psique, conflitos emocionais e comportamentais, sendo o trabalho do psicólogo instrumento indispensável no auxílio do juiz para a aplicação da justiça. SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. *Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 8, n. 35, abril/maio 2006. p. 55.

1.3 Qual a importância que a fidelidade conjugal ainda possui na sociedade brasileira?

Recentemente, na França – país reconhecido por ser culturalmente mais liberal quanto às infidelidades conjugais⁹⁷, –, uma página eletrônica que promovia encontros às mulheres casadas sofreu um processo⁹⁸. O querelante, a Associations familiales catholiques (AFC), entrou com uma ação na justiça francesa, acusando o site Gleeden⁹⁹ de estar promovendo a infidelidade em violação ao Código Civil francês, ao espalhar cartazes em público, tanto no sistema de transportes quanto nas ruas. Com propagandas do tipo “Todo mundo pode trair... inclusive agora”, “Às vezes permanecer fiel pode ser o maior erro” ou “Permaneça fiel... aos seus desejos”¹⁰⁰ o site provocou a indignação dos católicos conservadores franceses. As propagandas – assim como o slogan “O primeiro site de encontros extraconjugais pensados para as mulheres” – foram considerados, pela associação francesa, como ofensivos, ilegais e imorais, porque o modelo de negócios, era baseado, claramente, na infidelidade conjugal¹⁰¹.

No Brasil, a traição representa o principal medo de homens e de mulheres que estão em um relacionamento. E o medo é real. A pesquisa Mosaico 2.0 mostra que a média nacional de traição é de 40,5%. Os homens ainda são os que mais traem: 50,5% admitiram ser infiéis, contra 30,2% das mulheres. O estudo faz parte do Projeto Sexualidade (ProSex), do Instituto de

⁹⁷ Os franceses são historicamente famosos por serem mais tolerantes com a infidelidade, sendo culturalmente até suportada. Porém, esta deve ser sempre muito discreta, sem deixar qualquer suspeita, o famoso “*savoir-faire*” (literalmente, “saber fazer”). Em linhas gerais, o francês pode até aceitar a traição, mas nunca a divulgação. CARDOSO, Ana Paula. O discreto charme da traição à francesa. *O Globo*. Rio de Janeiro, 22 jul. 2015, Caderno Ela. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/paris/post/o-discreto-charme-da-traicao-francesa-569586.html>>. Acesso em: 23 nov. 2017. Porém, o code civile, como dito anteriormente, traz em seu bojo no art.212, o dever de fidelidade entre os cônjuges.

⁹⁸ Mais sobre o caso em: Gleeden, site Web de l'extraconjugalité, attaqué en justice par des catholiques. *Le Monde*, 19 fev. 2015. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/02/19/le-site-de-l-extraconjugalite-gleeden-attaque-en-justice_4579532_3224.html>. Acesso em: 23 nov. 2017; COJEAN, Annick. La promotion de l'adultère par Gleeden combattue au tribunal. *Le Monde*, 25 nov. 2016. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/famille-vie-privee/article/2016/11/25/la-promotion-de-l-adultere-combattue-au-tribunal_5037776_1654468.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁹⁹ Trata-se de um site/aplicativo que facilita encontros extraconjugais, que fora especialmente desenvolvido para atender mulheres casadas. O site conta atualmente com mais de três milhões e quinhentos membros, tendo a sua versão em português. Disponível em: <<https://pt.gleeden.com/>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

¹⁰⁰ No Original: ““Tout le monde peut se tromper. Surtout maintenant.”, “C’est parfois en restant fidèle qu’on se trompe le plus...”“ou encore“Restez fidèle... à vos désirs””.

¹⁰¹ Em 09 fevereiro de 2017 a ação foi julgada e o Tribunal julgou improcedente o pedido da AFC contra o site Gleeden, dizendo que a associação não teria legitimidade. No Original “l’obligation de fidélité relève d’un ordre public de protection et non d’un ordre public de direction. (TGI Paris, 9 février 2017, n° 15/07813)”. THUEGAZ, Aurélie. Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux? *Village de La Justice-justice.com*, 28 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.village-justice.com/articles/Que-reste-devoir-fidelite-entre-epoux,25366.html>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP. Foram ouvidos 3 mil brasileiros de sete regiões metropolitanas: São Paulo, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, Salvador, Belém, Porto Alegre e Distrito Federal. Os entrevistados tinham entre 18 e 70 anos¹⁰².

Diante destas informações e sabendo que a França é um país reconhecido por tolerar a infidelidade e que o Brasil é um país, no fundo, mais conservador, se quase metade das pessoas que participaram da pesquisa confessaram que já traíram, pergunta-se: Qual a importância que a fidelidade conjugal ainda possui, atualmente, na sociedade?

Investigar sobre a infidelidade conjugal na atualidade requer conhecer o cenário sociocultural no qual ela se encontra, bem como suas origens históricas.

A História revela que a poligamia era aceita e praticada tanto nas sociedades ocidentais quanto nas orientais. Há registros apontando que, mesmo antes da consolidação da Babilônia, o costume entre os que margeavam o rio Eufrates era de que, ao se receber visitas, ofertavam-se não só hospedagem e comida, mas as próprias mulheres¹⁰³. Na Grécia Antiga, o concubinato era admitido no sistema poligâmico.

Entretanto, com o advento da agricultura e pela necessidade de fixação em lugar único, as sociedades passaram a se organizar. Em sociedades agrárias, por volta de dez mil anos atrás, as pessoas começaram a ser donas de pequenas propriedades de terra e a desejar que a propriedade seguisse na família, passando para os seus filhos. Começou, então, a ser exigida a fidelidade da mulher.

Estudos recentes da Universidade de Waterloo, no Canadá, apontam que a incidência de DSTs implicaram a necessidade de imposição da monogamia, sob pena de extinção daquele grupo social¹⁰⁴. Assim, a monogamia, por meio de normas imperativas, fora uma imposição

¹⁰² Resultado da pesquisa Mosaico 2.0, conduzida pela psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade (ProSex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, com o apoio da farmacêutica Pfizer. Pelo levantamento, a faixa etária em que a traição é mais frequente situa-se entre 41 e 50 anos _ 53,8% dos entrevistados confessaram ter um histórico de infidelidade. Homens e mulheres com idade entre 51 e 60 anos também têm alto índice de traição: 50,2%. Os jovens são os mais fiéis: apenas 23,8% com idade entre 18 e 25 anos admitiram ter traído o parceiro. Pesquisa aponta que metade dos homens já foi infiel - Apenas um terço das mulheres admite ter traído. *O Dia*, 17 jul. 2016. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/brasil/2016-07-17/pesquisa-aponta-que-metade-dos-homens-ja-foi-infiel.html>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

¹⁰³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

¹⁰⁴ BAUCRH, Chris T.; MCELREATH, Richard. Disease dynamics and costly punishment can foster socially imposed monogamy. *Nature Communications*, n.7, 12 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/ncomms11219>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

social para a sobrevivência daquela organização social e de seus indivíduos¹⁰⁵. Socializava-se a sexualidade, imputando-lhe valores e normas sociais.

O antropólogo Bobby S. Low – em pesquisa realizada com diversas culturas de todas as partes do mundo – revela que, em 82 % delas, pratica-se a poligamia; e, em apenas 1%, a poliandria. Ou seja, em apenas 17% dessas culturas vige um regime monogâmico¹⁰⁶. Fatores psíquicos, como os ciúmes, e outros econômicos contribuem para que a poligamia seja praticada por homens de meia-idade e estáveis, possuindo, geralmente, duas mulheres.

A poligamia, diferentemente do adultério¹⁰⁷, consiste no casamento com duas ou mais pessoas. Aqui, todos os envolvidos têm consciência sobre – e portanto, aceitam – o sistema em que se encontram. A poligamia é permitida por algumas religiões e até mesmo pela legislação de alguns países¹⁰⁸. Entretanto, o que acontece na verdade é a prática da poliginia, em que o homem pode contrair matrimônio com mais de uma esposa¹⁰⁹, com o contrário sendo proibido. A poliandria – em que uma mulher se encontra casada, simultaneamente, com vários homens

¹⁰⁵ A monogamia social pode ser observada em vários grupos de animais, tanto para proteger a prole, como para distribuir as fêmeas. Contudo, a imposição social da monogamia, pela via de normas imperativas, é uma particularidade dos homens. BAUCRH, Chris T.; MCELREATH, Richard. Disease dynamics and costly punishment can foster socially imposed monogamy. *Nature Communications*, n.7, 12 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/ncomms11219>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁰⁶ LOW, Bobby. Ecological and social complexities in human monogamy. In U. Reichard & C. Boesch (Eds.), *Monogamy: Mating Strategies and Partnerships in Birds, Humans and Other Mammals*. p. 161-176. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

¹⁰⁷ No adultério, um dos indivíduos possui outro relacionamento (casamento ou união estável), sob o manto da ignorância do outro parceiro. É a prática da infidelidade conjugal.

¹⁰⁸ A poligamia está presente há muitos séculos, em vários países, mas tem caído em desuso com o passar do tempo. No islamismo, ela é praticada há séculos, inclusive pelo profeta Maomé, e até hoje é adotada em alguns países muçulmanos, regulado até mesmo pelo Alcorão, o livro sagrado dos muçulmanos, que permite que o homem tenha, no máximo, quatro esposas. Ainda no âmbito da religião, a poligamia era permitida para os mórmons até 1890, quando o sistema foi considerado como proibido. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/poligamia/>>. Acesso em 10 nov. 2017. Entretanto, mesmo nos Estados Unidos, país extremamente conservador em matéria de relacionamentos conjugais, atualmente ainda existem alguns exemplos – de alguns grupos, como os mórmons fundamentalistas – que praticam a poliginia.

¹⁰⁹ Conforme definição da Wikipédia: “Poliginia (do grego *polýs*: muitas, e *gyné*: mulher) é um termo utilizado tanto em antropologia social como em sociobiologia. Refere-se à prática de um homem de contrair matrimônio com mais de uma esposa. O homem tem direito a mais de uma esposa, enquanto que as mulheres só podem ter o homem em questão como relação.

A poliginia é sustentada por diversos textos dos livros sagrados de judeus, cristãos e muçulmanos. Os cristãos reduziram o número de famílias onde ocorria a poliginia gradativamente após as intervenções da igreja católica, por influência dos hábitos romanos que eram monógamos. No Judaísmo, a poliginia foi proibida pelos rabinos, não por Deus. O rabino Gershom ben Judah recebeu o crédito da proibição da poligamia no século XI.” Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Poliginia>>. Acesso em 10 nov. 2017.

– é extremamente rara, sendo mais frequente em sociedades matrilineares ou extremamente pobres¹¹⁰ e em algumas espécies de animais¹¹¹.

Mesmo sociedades que dizem aceitar a poligamia, na verdade, aceitam poliginia. Isso porque, para garantir a fidelidade feminina, algumas espécies de penalidades – sob a forma até mesmo de tortura e castigo corporal, quando não a própria morte por apedrejamento – são encontradas, e aceitas, culturalmente, até hoje¹¹².

A infidelidade feminina sempre foi o cerne da preocupação, porque somente ela poderia adular a linhagem, e não o homem¹¹³. A fidelidade ao parceiro era ligada à relação de posse entre um homem e uma mulher¹¹⁴.

¹¹⁰ Em algumas sociedades da Ásia ou mesmo no Tibete, o homem tem de comprar a esposa, que é um bem vendido pela família. Às vezes, acontece uma família pobre com dois ou três irmãos não tem dinheiro para que cada um compre sua mulher. Os três compram uma única mulher que fica, então, com três maridos. O historiador estadunidense Edward McNall Burns observa que: "(a poliandria) parece desenvolver-se sob condições de extrema pobreza, em que vários homens precisam reunir os seus recursos para comprar ou sustentar uma esposa, ou em que o infanticídio feminino é praticado como meio de controlar o crescimento da população. Este último costume não tarda a produzir um excesso de indivíduos masculinos". BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*, traduzido por Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallando. Porto Alegre: Editora Globo, 1974. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Poliandria>>. Acesso em 10 nov. 2017.

¹¹¹ Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Poliginia>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹¹² Em sua tese de mestrado, fazendo um profundo estudo elucidativo sobre as dores da traição conjugal, a psicóloga Edilaine Helena Scabello discorre sobre essas práticas: “No Egito, teria surgido uma prática que consiste na sutura dos grandes lábios da vulva para impedir a cópula com penetração vaginal e a inserção de um dispositivo metálico, como uma argola, para inviabilizar o coito, com o objetivo de assegurar a fidelidade da esposa. Prática ainda encontrada, ocasionalmente, no leste da África. Os zulus, sul-africanos, políginos, punem o adultério feminino surrando os transgressores com galhos espinhosos e, até mesmo enfiando um cacto na vagina das mulheres. Os cheyennes, indígenas norte-americanos, castigam os transgressores com a curra, estupro cometido por um grupo de homens que se revezam violando a vítima. Africanos da região do Congo sudanês, no Zande, punem a mulher adúltera e seu amante pela morte ou pela mutilação do amante, arrancando-lhe as orelhas, as mãos, o lábio superior e o pênis. Entre os tupinambás, indígenas brasileiros, há uma combinação entre a monogamia e a poligamia, ou seja, embora a poligamia seja permitida, a monogamia é a forma predominante de casamento. Há ainda culturas que possuem hábitos sociais de compartilhar a esposa com um visitante, como os esquimós, os quais recorrem a hospitalidade sexual e a troca de esposas como uma forma de trocar de identidade e confundir espíritos malignos durante uma situação adversa(ZAMPIERI, 2004).” SCABELLO, Edilaine Helen. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 62 -63.

¹¹³ A Halachá (Lei judaica) afirma que um judeu é quem nasceu de mãe judia, de acordo com a lei do ventre, ou que se converte ao judaísmo. Ser judeu é ter nascido de um ventre de uma mulher judia, porque o filho da mãe judia é parte do corpo da mãe. Logo, se a mãe é judia, o bebê é judeu, mesmo se o pai não foi judeu. Conforme mencionado, a prática da poligamia era claramente permitida pelo Torah e pelo Talmud, uma takanah instituída pelo rabino Gershom ben Judah, há cerca de mil anos atrás, proibiu a sua prática. Entretanto, judeus que viviam em países muçulmanos, onde a poligamia era permitida, não aceitaram a proibição, ao contrário dos judeus que viviam em países cristãos, onde a poligamia não era permitida.

¹¹⁴ PASINI, William. *Amores infiéis: psicologia da traição*; Tradução Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 37.

Verifica-se que a idéia de uma monogamia social¹¹⁵ é recente na história humana, visto que a poligamia era prática comum na Europa nórdica, entre os vikings, por exemplo¹¹⁶.

A monogamia, como “prescrição cultural”¹¹⁷, servia como forma de organizar o tecido social, e o casamento religioso era, então, o seu melhor instrumento para colocar o ideal em prática¹¹⁸.

O conceito da monogamia – advindo da Igreja Católica¹¹⁹ desde a Idade Média, quando o casamento fora confirmado como sacramento¹²⁰, – garantia a fidelidade feminina e, conseqüentemente, a legitimidade dos filhos¹²¹. Como se verifica, a fidelidade passou a ser uma exigência católica¹²². Com a ação combinada entre a Igreja Católica e as monarquias absolutas, os ideais cristãos foram lentamente incorporados pela sociedade, e o sexo passou a ser controlado pelo Estado¹²³, com a única função de procriação. Aos poucos, as ideias de amor e

¹¹⁵ Willian Pasini ao analisar os aspectos etológicos da poligamia e da monogamia, demonstra que “não há uma monogamia, mas diversas monogamias, dividindo-se entre Monogamia social e monogamia sexual, e suas subdivisões. (Monogamia por segurança, monogamia hereditária, monogamia obrigatória, monogamia com variações). Informa ainda que recentes estudos falam em gene da monogamia. PASINI, William. *Amores infíeis: psicologia da traição*; Tradução Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 26-30.

¹¹⁶ Estudos indicam que a poligamia não era abolida entre os vikings, sendo as famílias geralmente compostas por um homem, uma mulher e de um a três filhos. Porém, alguns homens ricos podiam possuir duas ou três esposas ou amantes legítimas, denominadas frillor. Com a chegada do cristianismo, e por ser considerado como prática pagã, o hábito passou a ser condenado.

¹¹⁷ PASINI, William. Op. Cit. p. 29.

¹¹⁸ “Dizer quem pode deitar-se com quem é um modo de organizar sociedades com população crescente concentrada geograficamente.” PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 72.

¹¹⁹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil – Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 54.

¹²⁰ O casamento foi provavelmente a primeira instituição estabelecida pela religião. A união indissolúvel, celebrada por um sacramento, substituiu antigos costumes de poligamia, provocando grande mudança nos hábitos europeus. “A família é considerada pelas Escrituras como entidade do Direito Divido e tem origem no casamento(...) O caráter sacramental do casamento (casamento religioso) foi reafirmado pela Igreja, no Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563” NORONHA, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. Direito e justiça. V.20, ano XXI, 1999, p.58-60 apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A influência do Direito Canônico no Direito de Família Brasileiro: Casamento. In: NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 172.

¹²¹ “Nessa ordem de ideias, os preceitos canônicos restringiam garantias aos filhos havidos fora do matrimônio, considerando-os ilegítimos, privando-os de todo o direito sucessório e chegando até mesmo a torná-los incapazes de exercer qualquer cargo público. Era nítida a distinção existente entre os filhos do casamento, então chamados de legítimos, e os filhos espúrios, bastardos, não nascido de casamento válido e que não estavam sujeitos ao “pátrio poder”. GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 31-32

¹²² Cân. 1134 — Do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo de sua natureza perpétuo e exclusivo; no matrimônio cristão, além disso, são os cônjuges robustecidos e como que consagrados por um sacramento peculiar para os deveres e dignidade do seu estado.

¹²³ Segundo Foucault, é por volta do século XVIII que, nasceu um incentivo político para se falar sobre sexo. Mecanismos foram criados para ordenar e controlar a mortalidade, a natalidade, o estado de saúde e outros. Com isso, o poder público – Estado –, objetivava, entre outras questões, o controle do sexo. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 22.

de casamento foram-se dissociando¹²⁴. E, junto com o casamento (por uma questão da própria definição jurídica da palavra), nasceu o adultério, já que um conceito depende do outro para existir.

Estabeleceu-se, portanto uma sociedade patriarcal: com um modelo hierarquizado de família, centrada no matrimônio, em que o homem era o chefe da família, o provedor, com vários direitos; enquanto o restante dos seus membros apenas se submetia às vontades e às ordens do patriarca. Deste protegiam-se a honra e a paz familiares, e a fidelidade era mais que um instrumento, uma necessidade! Ademais – sendo as relações de parentesco baseadas quase unicamente¹²⁵, na consanguinidade –, o homem precisava ter certeza de que o filho, o herdeiro, fosse “sangue do seu sangue”.

Tendo o sexo a finalidade única de reprodução, a infidelidade tinha nessa época, uma conotação fortemente sexuada. E caso o dever de fidelidade “falhasse”, protegia-se o patrimônio, garantindo que os filhos havidos fora do casamento, chamados de “bastardos”, fossem considerados como ilegítimos e não tivessem direito à herança¹²⁶. A fidelidade funcionava, claramente, como um instrumento de repressão sexual¹²⁷.

¹²⁴ “Antigamente, casava-se apenas por patrimônio ou interesses políticos, por isso, só ricos e poderosos casavam. Ninguém planejava um casamento por amor, já que antigos e medievais entendiam o amor romântico como páthos (doença do amor, no caso). (...) Os pobres não casavam, apenas se reproduziam ao gosto do desejo. Saber quem era o pai de uma criança era um luxo. Só ricos e poderosos precisavam saber quem era o pai, a fim de estabelecer a correta herança em jogo.” PONDÉ. Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017. p. 71-72.

¹²⁵ A outra opção seria a adoção.

¹²⁶ “o velho direito costumeiro francês adotava por princípio um brocado simplista e incisivo: *Bâstard ne succedent*.” PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 13.

¹²⁷ A repressão sexual é um conjunto de interdições, valores e regras estabelecidas pelo social para controlar a sexualidade das pessoas.

E assim, o Estado normatizou o casamento¹²⁸ e o princípio da monogamia, ao instituir a bigamia como crime¹²⁹¹³⁰ e ao impedir que pessoas casadas contraíssem novas núpcias¹³¹. A fidelidade mútua passou a ser, não somente um dever moral, mas um dever jurídico entre os cônjuges.

A fidelidade, corolário do princípio da monogamia, deriva de valores culturais, econômicos e religiosos¹³². Demonstrou-se, assim, a nítida influência do Direito Canônico no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, no ramo de Direito de Família e do casamento. “Protege, sobretudo, uma dada forma de organização da instituição familiar.”¹³³.

Percebe-se que a preocupação sempre se deu com a infidelidade feiminina, que foi – e, como comprovado neste estudo, ainda é – extremamente carregada de preconceitos. O princípio da monogamia, mais do que proteger a família, também se prestou, durante séculos, a promover a marginalização e a desigualdade da mulher.

¹²⁸ “A motivação, historicamente comprovada, da regulamentação de determinadas relações, deu-se em razão da sua importância social.” PEREIRA JR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: _____; GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Editora Almedina, 2012. p. 107.

¹²⁹ “A interdição legal da bigamia, nas Ordenações Filipinas, previa pena de morte para quem cometesse o delito. As escusas para a não aplicação de tão radical pena sempre mereceram a benevolência do poder estatal. O Código Penal do Império, para o delito de poligamia, culminou pena de seis meses, com trabalhos forçados e multa, já o Código Penal da Primeira República tipificou o mesmo crime, estabelecendo pena de prisão celular de um a seis anos para quem contraísse casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nulidade ou morte do outro cônjuge.³⁴ Já o Código Penal de 1940, ainda vigente, estabeleceu, entre os crimes contra o casamento, o de bigamia, culminando pena de dois a seis anos de reclusão para quem, sendo casado, contrair novo casamento.” SILVA, Marcos Alves da. *Conjugalidade Sem Casamento: A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um lugar de não-direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a322852ce0df73e2>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 12.

¹³⁰ Código Penal

Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena – reclusão, de 2(dois) a 6(seis) anos.

§ 1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3(três) anos.

§ 2º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

¹³¹ Código Civil :

Art. 1.521. Não podem casar:

(...)

VI - as pessoas casadas;

(...)

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

(...)

II - por infringência de impedimento.

¹³² No Budismo não há uma posição definida sobre a monogamia. Não existe o sentido de posse como em nossa civilização, por isso mesmo uma traição não é vista da mesma forma. No casamento budista os compromissos são feitos e assumidos pelo próprio casal, sendo que não há um dever, uma imposição de fidelidade. Há relacionamentos que fazem o voto da fidelidade. Outros não. É um compromisso assumido, não é uma obrigação imposta pela religião. O que importa é a fidelidade com o seu próprio eu, que irá refletir na fidelidade com o outro.

¹³³ SILVA, Marcos Alves da. *Conjugalidade Sem Casamento: A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um lugar de não-direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a322852ce0df73e2>>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 13.

A fidelidade transita na história humana e se reveste de diversas formas e nomes, modificando-se pelo tempo e espaço. Assim, diferencia-se de uma sociedade e de uma cultura à outra, mesclando suas práticas em justificativas quanto à permissão e à proibição de normas e de regras sexuais, conservando ou contraindo as finalidades que cada sociedade e também cada indivíduo atribui ao sexo.

Entretanto, no século XXI, decorridos mais de cinquenta anos da revolução sexual e da emancipação feminina, permanece a pergunta: teria a sociedade caminhado em alguma direção que modifica o entendimento patriarcal, atribuindo valor maior ou menor a fidelidade? O conceito de fidelidade, que perdurou durante séculos, baseado apenas na conjunção carnal, ainda é o mesmo?

Durante anos, o homem teve praticamente uma permissão para trair, baseada em dogmas, tais quais uma necessidade fisiológica, que precisava maximizar a difusão de seus genes, para perpetuar a espécie, enfim, uma série de escusas para minimizar a atitude infiel.

O quadro parece ter mudado: com tantas conquistas – tais como a revolução sexual em si, o direito ao voto, o ingresso no mercado de trabalho – na igualdade de direitos, ao menos formalmente, reconhecida entre homens e mulheres, as mulheres se libertaram do subjugo que manteve submissas ao poder masculino durante séculos. É a realidade, ao menos, em grande parte da sociedade ocidental, tradição em que se insere o Brasil¹³⁴.

Atualmente, recentes estudos revelam que as mulheres mais jovens sabem diferenciar, como fazem os homens há séculos, amor de sexo. Escapadelas ocasionais, um affair, uma noite sem compromisso começaram a fazer parte da agenda feminina. O tradicional discurso sexista – de que o homem trai para procurar uma aventura, para afirmar-se e para libertar-se da monotonia da vida conjugal, enquanto a mulher só trai quando está realmente apaixonada ou à procura de uma paixão – já está caindo por terra¹³⁵.

No caso brasileiro – depois de longo histórico de opressão sexual, com o advento da pílula anticoncepcional, com a entrada no mercado de trabalho e com a conquista de independência financeira –, 40% dos lares nacionais estão sendo chefiados por mulheres¹³⁶, é

¹³⁴ As penalidades mencionadas anteriormente, na nota de rodapé 112, continuam existindo. E, em pelo menos uma dezena de países, a mulher infiel ainda é punida com a pena de morte.

¹³⁵ Segundo a socióloga americana, Alicia Walker, as mulheres atualmente traem por não conseguirem a frequência e a qualidade sexuais desejadas com seus parceiros. Porém, as próprias mulheres os amam e não possuem o desejo de se separar deles, pela segurança afetiva que encontram no casamento. ABUNDANCIA, Rita. Por que as mulheres são cada vez mais infiéis aos parceiros. *El País*, 25 de out. de 2017, Estilo. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/25/estilo/1508946075_416040.html>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹³⁶ “Os lares brasileiros, cada vez mais, estão sendo chefiados por mulheres. Em 1995, 23% dos domicílios tinham mulheres como pessoas de referência. Vinte anos depois, esse número chegou a 40%. Cabe ressaltar que as famílias

legítimo afirmar que elas se libertaram do estigma de viver à sombra de um homem. Assim, as mulheres estão tendendo a ser mais infiéis com seus parceiros.

Mais uma vez conforme o sociólogo Zygmunt Bauman ¹³⁷, com os conceitos cada vez mais porosos e líquidos da sociedade contemporânea, há muita dificuldade de que se concretizem laços duradouros e concretos, baseados na exclusividade. Para os mais jovens – os nascidos no final do século XX, chamados “millennials” –, as conexões são especialmente rápidas e efêmeras. A oferta é grande, e o mundo é metaforizado em uma grande prateleira com sensações que devem ser consumidas. A única obrigação agora é “ser feliz”, e, para isso, precisamos seguir os desejos e experimentar de tudo; afinal, somos consumidores empoderados. Ainda que esse comportamento magoe o outro. Tem-se um sentimento narcísico, e ninguém seria mais responsável por ninguém. A infidelidade, seria, então, um pequeno contratempo, um risco, a ser contornado futuramente, e só na eventualidade de descoberta. “Vida que segue”, diriam alguns. “Separe-se”, diriam outros. Para todo o mal causado, haveria uma nova chance, um novo amor. Porém, seguir em frente nem sempre é estar, de fato, bem¹³⁸.

“Antes se divorciava porque estávamos infelizes. Hoje nos divorciamos porque podemos ser mais felizes¹³⁹”.

A verdade é que nunca a cultura da infidelidade esteve tão em voga: são propagandas, livros, novelas, filmes, sites e aplicativos. Existe toda uma gama de estímulos cultuando a famosa “pulada de cerca”. Observa-se que, em grande parte da literatura ocidental sobre relações amorosas, o adultério permanece.

Mas será que é tudo tão simples assim? Teria a fidelidade deixado de ser realmente um valor ético-moral? A sociedade teria mudado a este ponto? A verdade é que não.

chefiadas por mulheres não são exclusivamente aquelas nas quais não há a presença masculina: em 34% delas, havia a presença de um cônjuge.” Estudo mostra desigualdades de gênero e raça em 20 anos. IPEA na mídia, 06 mar. 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29526>. Acesso em: 06 jun. 2017.

¹³⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

¹³⁸ “A autora conclui o seu trabalho dizendo que na sociedade dos produtos e das relações descartáveis, arrumar outro parceiro não é a mais simples e nem a única alternativa quando os problemas aparecem.” SCABELLO, Edilaine Helen. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 90.

¹³⁹ A citação é da Doutora Esther Perel, que continua dizendo: “Se antes o divórcio era a vergonha, hoje escolher ficar, quando você pode partir, é a nova vergonha.”. PEREL, Esther. *Repensando a infidelidade... uma palestra para quem já amou*. TED2015, mar. 2015. Vídeo de 21min32seg. legendado. Tradução de Viviane Ferraz Matos Disponível em: <https://www.ted.com/talks/esther_perel_rethinking_infidelity_a_talk_for_anyone_who_has_ever_loved?language=pt-br#t-318128>. Acesso em: 10 dez. 2017.

Diante deste cenário de transformações, as formas como as pessoas vivenciam o afeto e a sexualidade, na atualidade, podem até ter mudado, mas, alguns valores tradicionais ainda permanecem, e a questão da (in)fidelidade impera nos debates.

Na era digital, não só a infidelidade ficou mais “fácil”, mas sua descoberta também¹⁴⁰. Antes, os clichês: a clássica mancha de batom na gola da camisa, um perfume adocicado, uma carta anônima, um trote telefônico. Agora: e-mails, SMS, fotos, postagens em redes sociais. Todo um emaranhado digital que, se não apagado, nos permite acessar todo o histórico da traição. Dilacera-se o coração, em tempo real. Trai-se, primeiro, virtualmente. A distância e o tempo deixaram de ser um empecilho. O telefone, que era comunitário, utilizado por todos da casa, agora é um item personalíssimo, que não pode ser compartilhado na maior parte das vezes. Utilizam-se sites e aplicativos, para uma primeira abordagem. No mundo virtual, não existe uma identidade concreta, e as regras são muito mais elásticas. Depois, há uma troca de informações sobre as pessoas, criando-se uma intimidade em mundo virtual, conversas que podem ou não resultar em um encontro físico. São múltiplas possibilidades – e realidades.

O conceito de infidelidade se transformou com a sociedade. Hoje – para além da conjunção carnal com outra pessoa, o “ápice da traição” –, temos os participantes das salas de bate-papo, os aplicativos de relacionamento em que a pessoa se apresenta como disponível, ainda que comprometida. Há, ainda, os mencionados aplicativos próprios para a traição¹⁴¹, garantindo o sigilo e a confidencialidade dos encontros. E a própria pornografia, ainda mais abundante e acessível, enseja reflexões sobre a (não) traição.

A verdade é que não há um consenso universal para o que seja ou não uma infidelidade. Múltiplos fatores – como os sociais, os culturais e os religiosos – irão influenciar no conceito. O que seria uma infidelidade para um casal poliamoroso¹⁴², por exemplo? Ou para uma mulher mulçumana?

¹⁴⁰ Uma das notícias mais comentadas em 2017, foi de uma mulher que descobriu a traição do marido por uma foto no *Instagram*. O inusitado do caso é que a mulher estava navegando no Instagram, e uma foto lhe chamou a atenção: Ela reconheceu a vista de seu quarto na imagem tirada por uma mulher, e ao investigar um pouco mais a fundo, descobriu que era a amante de seu marido. Mulher descobre traição do marido ao ver foto da vista de sua casa no Instagram. *IG SÃO PAULO*, 30 NOV. 2017. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/mundo-insolito/2017-11-30/traicao-instagram.html>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

¹⁴¹ Além do supracitado Gleeden, no início desse capítulo, um outro site/aplicativo, cuja sede fica no Canadá, o Ashley Madison, também se propõe a promover encontros extraconjugais, possuindo mais de 55 milhões de usuários em todo o mundo. Lançado em 2001, seu slogan é “A vida é curta. Curta um caso.”. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ashley_Madison>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁴² “Outro debate que se lança mão na contemporaneidade diz respeito ao poliamorismo, através do qual um agrupamento de pessoas está unido através de vínculos afetivos a ponto de constituir uma unidade familiar. Além de um casal, podem existir três, quatro ou mais pessoas afetivamente ligadas entre si a fim de constituir uma união.

A infidelidade não pode ser reduzida apenas ao adultério, no sentido de que não é apenas sexual, já que pode ser, também, intelectual, atualmente, por meio das tantas redes sociais.

Apesar de tantas possibilidades, é possível extrair alguns denominadores comuns. A psicoterapeuta belga, Esther Perel, especialista em terapias de casais, após dez anos de pesquisas, entrevistando casais por todo o mundo, chegou a conclusão de que definição de uma infidelidade contém três elementos fundamentais: a) uma relação secreta, que é a estrutura de uma relação extra-conjugal; b) uma conexão emocional em qualquer nível; e c) uma alquimia, um desejo sexual¹⁴³. A esses elementos, pedimos licença para incluir mais dois, em vista dos estudos aqui realizados: d) a quebra de exclusividade, referente aos sentimentos e às experiências que existem na relação; e) a ausência da verdade.

Devido à atual concepção romântica de casamento – quando se casa por amor, podendo-se decidir quando e com quem casar –, o que se procura é uma pessoa que nos satisfaça em vários aspectos de nossa vida: emocional, social, psicológica e sexualmente. E a exclusividade também se origina desse pensamento, porque se o outro também escolheu, é porque viu o parceiro como único e insubstituível. A infidelidade quebra essa corrente, provocando baixa-estima, desvalorização, entre outros sentimentos negativos, em quem foi traído, já que houve toda uma canalização de recursos emocionais – entendidos amplamente, e não apenas, como amor, tempo, atenção e zelo – a outrém.

Ao que tudo indica, a sociedade encara, atualmente, a infidelidade conjugal mais como uma quebra de um compromisso em si, de uma promessa, uma violação de confiança, independentemente de ter havido a conjunção carnal ou não. Trata-se de um pacto feito com o outro.

Assim, discute-se a respeito da possibilidade de existência de infidelidade no âmbito de uma família poliafetiva. De acordo com Dias (2015), pautada no que chama de democratização de sentimentos e no respeito e consideração mútuos que deve existir no núcleo familiar, à família poliafetiva deve ser conferida a mesma proteção jurídica destinada às demais famílias reconhecidas pelo Direito. Tendo em vista a interação recíproca entre os componentes de tal entidade, o conhecimento das inter-relações parece ser a chave desse grupo familiar. Nesse sentido, em teoria, pode-se defender que a infidelidade conjugal seria vislumbrável quando um dos membros da entidade poliamorosa se envolvesse com terceiros além daquele grupo conhecido. Entrementes, ante à novidade desse debate, a discussão doutrinária acerca da infidelidade no âmbito poliamoroso ainda é rala, notadamente quando também há muita divergência, ainda, acerca da configuração do grupo como uma entidade familiar propriamente dita.” MAIA, Angelus Emilio Medeiros de Azevedo. Responsabilidade civil no âmbito conjugal: da violação do dever de fidelidade e de sua indenizabilidade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 03 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58407>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

¹⁴³ A Alquimia sexual não necessariamente está ligada ao ato sexual em si, mas ao desejo. PEREL, Esther. Repensando a infidelidade... uma palestra para quem já amou. *TED2015*, mar. 2015. Vídeo de 21min32seg. legendado. Tradução de Viviane Ferraz Matos Disponível em: <https://www.ted.com/talks/esther_perel_rethinking_infidelity_a_talk_for_anyone_who_has_ever_loved?language=pt-br#t-318128>. Acesso em: 10 dez. 2017.

Percebe-se que – apesar de toda a evolução humana, das conquistas femininas – a fidelidade continua sendo um valor arreigado na sociedade, mudando apenas forma como é encarado e como afeta a vida das pessoas.

Talvez a melhor definição seja a da psicoterapeuta belga Esther Perel, que resume bem esta mudança de foco da fidelidade: “Quando o casamento era um contrato financeiro, a infidelidade ameaçava a segurança econômica. Agora que o casamento é um acordo romântico, a traição ameaça nossa segurança emocional.” A perpeção demonstra o quão grave é o dano causado pela infidelidade conjugal.

O conceito de monogamia parece ter mudado, de se viver para sempre com uma pessoa única. O que temos agora é uma monogamia serial, já que as pessoas estão trocando constantemente de relacionamentos, agora é uma pessoa por vez. A sociedade contemporânea está, portanto, muito focalizada na satisfação das necessidades individuais, não pensando nas consequências das ações.

Cathleen Schine, em seu livro *She is me*¹⁴⁴, destaca, dentre os dramas familiares vividos pelas três personagens – a avó, a mãe e a filha – como cada uma dessas emblemáticas três gerações encara a traição: para a avó, representa pecado mortal; já para a mãe, é um problema social, até porque ela se apaixona por outra mulher; para a filha, o adultério é uma experiência de vida e, por este motivo, não deve ser submetido ao escrutínio social, isentando-se de qualquer responsabilidade. É uma passagem interessante para verificar a mudança de perspectiva que as gerações têm acerca da infidelidade.

Nunca vivemos um período de tão rápidas transformações, o que impõe mudança de costumes.

Entretanto, segundo Rolf Madaleno: “O princípio da monogamia continua sendo um princípio ordenador de uma conduta humana ao menos preferencial de organização das relações jurídicas da família no mundo ocidental.”¹⁴⁵

A verdade é que a infidelidade ainda é um grande tabu, podendo ter as mais variáveis repercussões na sociedade, não só para a vítima quanto para o ofensor¹⁴⁶.

¹⁴⁴ SCHINE, Cathleen. *She is me*. Boston, Little Brown, 2003.

¹⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 29.

¹⁴⁶ Recentemente o site Ashley Madison foi invadido por hackers, e os dados de seus usuários (nomes, sobrenomes, e-mails, números de cartão de crédito, endereço e utilização do aplicativo) foram vazados. Um pastor batista norte-americano se suicidou depois de ter seu nome exposto pelos hackers. A polícia canadense disse que pelo menos dois suicídios estavam ligados ao vazamento de 32 milhões de perfis do site. O site havia sofrido uma ameaça antes, para que se retirasse, permanentemente, do ar. Pastor americano se suicida após ter nome divulgado em site

Portanto, conforme as pesquisas do início deste capítulo mostram, conclui-se que vivenciamos uma enorme contradição: imersos numa sociedade onde a maioria das pessoas são infiéis, mas essa mesma sociedade ainda condena a infidelidade. Esse comportamento e esse anseio social acabam-se refletindo no sistema jurídico.

de adultérios. *GI, Mundo*, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/pastor-americano-se-suicida-apos-nome-divulgado-em-site-de-adulterios.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

Em julho de 2017 o *site* fez um acordo para pagar U\$11.2 milhões, aos mais de 37 milhões de usuários que teriam tido suas informações divulgadas, além de seguir uma série de normas da Federal Trade Commission (FTC), para proteger os dados dos usuários. KHANDELWAL, Swati. Ashley Madison to Pay \$11.2 Million to Data Breach Victims. *The Hacker New*, jul. 16 2017. Disponível em: <<https://thehackernews.com/2017/07/ashley-madison-data-breach.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

2 COMO TRATAR A INFIDELIDADE CONJUGAL NO DIREITO

2.1 Por uma conjugalidade responsável - deve o Estado intervir nos arranjos familiares impondo deveres e direitos?

Diante desse novo arranjo familiar, pergunta-se: Qual será a real necessidade da intervenção estatal na forma de constituição desse arranjo familiar, dizendo quais são os deveres e os direitos de cada um? Deve o Estado, realmente, dizer o que cada um deve fazer, já que as partes são plenamente capazes? Se o respeito à autonomia do outro é o norte dessas novas formas familiares, não deveria ser deixado a seus membros a forma de regular as suas relações? Haveria necessidade de o Estado intervir e enunciar quais são os deveres dos cônjuges e dos companheiros?

Para responder a essas perguntas, faz-se necessário abordar previamente alguns pontos.

Primeiramente, deve-se verificar se a fidelidade conjugal seria um valor moral ou um valor jurídico. Existem algumas atitudes que – apesar de serem negativas e de irem contra o ordenamento jurídico – são um problema à parte; enquanto outras – mesmo que moralmente reprováveis e indesejáveis, integram a liberdade existencial das pessoas.

Assim, para Maria Helena Diniz, “o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.”¹⁴⁷.

Entretanto, parece mais lógico dizer que a questão da fidelidade ou da infidelidade (e sua aceitação) é intrínseca a cada pessoa, constituindo questão de foro íntimo, ínsita à seara existencial. Então, trata-se de valores existenciais. É claro que a doutrinação religiosa – no sentido de que a família deve ser monogâmica, calcada na exclusividade – criou o senso comum de que a fidelidade deve ser o primeiro dever mútuo do casal, não se aceitando o adultério¹⁴⁸.

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 5: Direito de família, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁴⁸ Desde o início dos tempos e, na maioria das religiões, a infidelidade/adultério é tratada com desdém, sendo duramente criticada e punida. Como exemplo destacamos: Na Bíblia, “No Antigo Testamento da Bíblia, a lei mosaica determina a pena de apedrejamento para a mulher pega no ato do adultério, o que era praticado pelos hebreus, e seus descendentes israelitas (...)”. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Adult%C3%A9rio>>. Acesso em: 20 jun. 2016; em outras passagens bíblicas “adultério costuma se referir às relações sexuais consensuais entre uma pessoa casada — homem ou mulher — e alguém que não é seu cônjuge. (Jó 24:15; Provérbios 30:20) O adultério é detestável aos olhos de Deus. No antigo Israel, essa ação era punida com a morte.

A verdade é que o princípio da monogamia era indispensável ao modelo liberal, patriarcal e patrimonialista do final do século XIX e do início do século XX, que necessariamente potencializava a dominação masculina e tinha como resultado a marginalização e a opressão da mulher. Garantia-se, assim, a sucessão do patrimônio apenas à prole legítima daquela união.

E assim dispuseram nossas duas codificações civis – tanto a de 1916¹⁴⁹ quanto a de 2002¹⁵⁰ –, sendo a fidelidade o primeiro dos deveres do casal, tanto no matrimônio quanto na união estável (considerando-se, linguisticamente, que o dever de “lealdade” equivale ao de “fidelidade”). Segundo Rolf Madaleno, “... a fidelidade física e moral, como pressuposto de honestidade, lealdade, respeito e afeto seguem ocupando o topo dos deveres de uma relação conjugal.”¹⁵¹

O dever de fidelidade é o reflexo do princípio da monogamia, princípio não escrito, que advém da sociedade em si, paradigma da cultura ocidental, sendo, ainda hoje, o alicerce para a formação das famílias¹⁵².

(Levítico 18:20, 22, 29) Jesus ensinou que seus seguidores não devem cometer adultério. — Mateus 5:27, 28; Lucas 18:18-20.” Disponível em: < <https://www.jw.org/pt/publicacoes/revistas/g201506/adulterio/>>. Acesso em: 20 jun. de 2016; No Judaísmo: “A prática do adultério na antiga sociedade judaica era encarada com horror e apreensão. Moisés, os Profetas e os Sábios Talmúdicos nela viam uma ameaça à integridade moral do indivíduo e à preservação de Israel como uma "nação sagrada". A proibição taxativa do sétimo mandamento do Decálogo: "Não cometerás adultério" era reforçada pela advertência do décimo: "Não cobiçarás a mulher do próximo.”” Disponível em: <<http://www.riotal.com.br/comunidade-judaica/juda5a4.htm>>. Acesso em: 20 jun. de 2016; No Islamismo, tanto a mulher quanto o homem adúltero deviam ser castigados com cem chicotadas cada um, em praça pública para servirem de exemplo aos outros.

¹⁴⁹ Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal (arts. 233, IV, e 234);
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

¹⁵⁰ 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.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹⁵¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 100.

¹⁵² “Como ensina Rodrigo da Cunha Pereira, especificamente no Direito de Família, a monogamia é um desses princípios não escritos, tratando-se de um princípio organizador e sobre o qual se assentam todas as formas de família.”. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 100.

Outros tantos países, também incluíram a fidelidade como dever conjugal em seus Códigos Civis, tais como a Venezuela¹⁵³, a França¹⁵⁴, Portugal¹⁵⁵ e a Itália¹⁵⁶. De fácil constatação, então, que, nestes casos, a lei não impõe o sentimento, o afeto, o amor, e sim a fidelidade.

De modo diverso, a Argentina, recentemente, ao promulgar seu novo Código Civil, deixou bem claro que o dever de fidelidade entre os cônjuges é um dever moral, e não mais um dever jurídico¹⁵⁷.

Desta forma, pode-se pensar que os referidos “deveres existenciais” – explicitados nos dois artigos de cada versão do Código Civil Brasileiro – orientem no sentido de que, ao se unir afetivamente a outra pessoa, qualquer indivíduo deverá suportar os ônus e os benefícios dessa união.

O princípio da liberdade seria respeitado quando se opta a unir a pessoa por quem se tem elevado afeto (ônus), seja pelo casamento, seja pela união estável (hetero ou homoafetiva). Mas, a partir do momento que fosse exercida essa escolha, passar-se-ia ao ônus (dever de fidelidade) de uma liberdade reduzida¹⁵⁸, devido à observância dos deveres contidos no rol dos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil de 2002 (CC/02). O indivíduo passaria, então, a dever certas responsabilidades para com o outro – em que pese o fato de a fidelidade – ao menos na

¹⁵³ O Código Civil da Venezuela é de 1982, mas continua vigente: “Artículo 137. Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.”, em tradução livre: “Artigo 137. Com casamento, marido e mulher adquirem os mesmos direitos e assumem os mesmos deveres. Do casamento deriva a obrigação dos cônjuges de viverem juntos, de serem fiéis e de ajudar uns aos outros”. No Código Civil Venezuelano há punições para o cônjuge adúltero, como por exemplo, a perda do direito a alimentos, §2º do art. 300.

¹⁵⁴ O artigo 212 do Código Francês diz: “Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance.”, em tradução livre: “Os cônjuges se devem respeito, fidelidade, ajuda, assistência.”. Tal modificação foi introduzida pela Lei 2006-399, em abril de 2006. Percebe-se, que até mesmo na França, país tradicionalmente mais tolerante as infidelidades, tal dever foi imposto em 2005. Também, na França, foi mantida a culpa no divórcio, “divorce pour faute”, quando há grave violação aos deveres conjugais (arts. 242 a 246), devendo o culpado, reparar o dano (arts. 242 e 266).

¹⁵⁵ Os deveres dos cônjuges se encontram no art 1672 do Código Civil português, que diz: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.”

¹⁵⁶ O Código Civil italiano é de 1942, sofreu algumas modificações, mas continua vigente: “Art. 143 Diritti e doveri reciproci dei coniugi (...) Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione (Cod. Pen. 570) (...)”. Em tradução livre: “Direitos e deveres recíprocos dos Cônjuges (...) Do casamento deriva o dever recíproco de fidelidade, de assistência moral e material, de colaboração no interesse da família e de coabitação (Cod. Pen. 570) (...)”.

¹⁵⁷ ARTICULO 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el **deber moral de fidelidad**. Deben prestarse asistencia mutua. (Grifos nossos). Em tradução livre:” ARTIGO 431.- Assistência. Os cônjuges comprometem-se a desenvolver um projeto de vida comum baseado em cooperação, convivência e o dever moral de fidelidade. A assistência mútua deve ser prestada.”. Apesar de estar no rol dos deveres conjugais, pela nova redação ela passou a ser um dever moral.

¹⁵⁸ “(...) A fidelidade supõe exclusividade do débito conjugal, pois, como no casamento, também na união estável cada cônjuge ou convivente renuncia a sua liberdade sexual(...)”. MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, p. 152, out-dez 2001.

aparência mais contemporânea – ser um valor mais moral do que jurídico. Teríamos, portanto, uma liberdade mitigada.

Porém, a doutrina mais atual entende que não convém ao Estado, laico e democrático, intervir nesta seara¹⁵⁹. Até porque, apesar de, para alguns ser a fidelidade o cerne da relação, outros entendem que podem ser felizes em um relacionamento classificado como “aberto”, aquele em que o dever de fidelidade é afastado¹⁶⁰. A questão se mostra muito mais cultural, tendo não só cada sociedade, mas cada indivíduo, um entendimento, dando um peso maior ou menor ao ato de infidelidade¹⁶¹.

Sob esse prisma, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que se promove a realização da dignidade da pessoa humana, nada impediria que o casal pudesse avençar sobre como a fidelidade/lealdade iria influenciar ou não na própria união, de forma a evitar, assim, desilusões futuras. Caberia ao próprio casal construir a própria “ordem pública familiar”¹⁶². Dentro do conceito do paternalismo libertário, o Estado deixaria então de regulamentar os deveres das relações conjugais¹⁶³.

Conforme dito anteriormente, a família, atualmente, está muito mais calcada na afetividade, em que duas – ou mais – pessoas decidem, livremente, estar juntas. É um projeto de vida amorosa pessoal e personalíssimo, efetuado, a princípio, a dois. Respeitar-se-ia, assim, o direito à autodeterminação e ao estabelecimento dos rumos da própria existência; enfim, à manutenção do controle das próprias informações¹⁶⁴, valorizando-se o pluralismo e a liberdade de escolha. A opção do projeto familiar caberia a cada indivíduo; e ao Estado, caberia, por meio do direito, a função promocional.

¹⁵⁹ A respeito, ver, por todos a obra de MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

¹⁶⁰ Várias são as reportagens que mostram pessoas que vivem este tipo de relacionamento e encontram-se felizes vivendo um poliamor, mesmo após a descoberta de uma infidelidade conjugal. Valendo ressaltar que na própria reportagem a entrevistada fala que ao descobrir a traição ela entrou em depressão e emagreceu 16 kg. CARASCO, Daniela. Meu Marido me traiu e hoje vivo um poliamor com ele e a amante. *UOL*, São Paulo, 04 de out. de 2017, Estilo e comportamento. Disponível em: <<https://estilo.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2017/10/04/meu-marido-me-traiu-e-hoje-vivo-um-poliamor-com-ele-e-a-amante.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁶¹ Tal fato é corroborado pela pesquisa realizada pela jornalista americana Pamela Druckerman resolveu investigar justamente o conceito de infidelidade em oito países do mundo, e verificar como cada pessoa desses países se comportava perante a infidelidade. Embora não possua um viés científico, a questão colocada de forma divertida, é útil para que se verifique o comportamento pelo mundo. DRUCKER, Pamela. *Na ponta da Língua: As linguagens do adultério do Japão aos EUA*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

¹⁶² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Org.), *Diálogos sobre o direito civil – Vol. III*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 16.

¹⁶³ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 12-13.

¹⁶⁴ Conceito atual de privacidade. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 141.

Uma vez que as partes – maiores, iguais, formal e substancialmente capazes de exprimir sua vontade – pudessem, então, baseadas na boa-fé, determinar as condições de sua associação afetiva, determinando quais são os valores mais importantes para a sua relação amorosa, tanto em relação ao início, à continuação ou à dissolução; talvez houvesse, assim, uma maior reflexão sobre os seus objetivos em comum, tornando a relação afetiva mais responsável.

Assim, seria possível aos cônjuges ou companheiros pactuarem as regras que regerão a relação conjugal, sem nenhuma interferência, a princípio, estatal.

Com isso, a obrigação de ser fiel-legal não adviria de um *mandamus* estatal; mas seria, sim, oriunda da vontade das partes! A promoção das relações existenciais surge como uma afirmação à concepção humanista da vida digna.

O Estado dá aos indivíduos a liberdade tanto de constituir quanto de dissolver a família, sendo a realização do projeto de vida, pertencente, exclusivamente, ao casal¹⁶⁵. Trata-se de um direito constitucionalmente protegido. Assim, essa liberdade deveria ser estendida à forma como esse relacionamento será vivenciado, pois é mais provável que os próprios indivíduos – e não o Estado – saibam o que é melhor para eles em matéria de relacionamento; e, ao encontrar alguém (ou alguéns) que concorde (ou concordem) com esse estilo de vida, sem que haja qualquer ofensa aos princípios constitucionalmente protegidos, não haveria por que o Estado intervir nessa seara.

Faz-se necessário uma mudança de perspectiva acerca da imposição do Estado aos deveres conjugais. Algumas decisões judiciais, bem recentes, já caminham nesse sentido¹⁶⁶.

¹⁶⁵ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 197.

¹⁶⁶ “Não compete ao Estado impor modelos familiares preconcebidos, tampouco se imiscuir num modelo de relacionamento afetivo, consensualmente escolhido pelos interessados, despido de preconceitos, onde a fidelidade e a exclusividade foram tratadas de modo diverso, não desnaturando a vontade de conviverem como consortes o fato de, por vezes, manterem relações sexuais paralelas e consentidas”. TJ reconhece união estável entre homossexuais que mantinham relacionamento aberto. *Poder Judiciário de Santa Catarina*, 09 nov. 2017, notícias. Disponível em: <<http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/tj-reconhece-uniao-estavel-entre-homossexuais-que-mantinham-relacionamento-aberto>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

Tanto se fala – e com legitimidade – em paternidade responsável¹⁶⁷, em coparentalidade¹⁶⁸ ou em parentalidade responsável¹⁶⁹. Talvez seja uma boa hora de também se começar a pensar em conjugalidade responsável¹⁷⁰.

Na conjugalidade responsável, a autonomia da vontade seria respeitada; e a liberdade de transigir sobre o que seria melhor para o casal seria exercida de forma séria e ainda mais consciente e responsável. Ademais, qualquer violação a essa vontade também seria passível de responsabilização, caso assim tivesse sido acordado entre as partes¹⁷¹.

Portanto, sob essa nova perspectiva de família que estamos testemunhando, atualmente – calcada muito mais no afeto e nos objetivos comuns; na função de promover o desenvolvimento e a dignidade dos seus membros; e no direito com as funções de assegurar a liberdade do indivíduo em suas escolhas pessoais; a proteção e a não discriminação dessas escolhas¹⁷², –, é o momento de que se revejam o alcance e as funções dos pactos antenupciais,

¹⁶⁷ A paternidade responsável é um princípio constitucional assegurado no § 7º do art. 227 da Constituição Federal; nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente; e no inc. IV do art. 1.566 do Código Civil. Resumidamente, pode-se conceituar a paternidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.

¹⁶⁸ “Essa entidade, diferente das demais, se delimita na busca de pessoas que têm o objetivo comum de ter filhos sem que haja um relacionamento para tanto.” (...) “A única inovação da parentalidade responsável é que não haverá nenhum contato sexual (de preferência) entre os genitores daquela entidade familiar, a intenção é ter alguém que busque ter um filho e queira dividir toda essa responsabilidade e despesa. É a relação em que os pais se unem para a criação de uma criança, dividindo as funções e os custos.” BONILHA, Helena Cristina; WITZKE, Camila Duarte. Parentalidade responsável (coparenting). *Migalhas*, 18 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263899,31047-Parentalidade+responsavel+coparenting>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁶⁹ Alguns preferem o termo parentalidade responsável, ao invés de paternidade responsável, de forma a não haver distinção entre as obrigações paternas e maternas, além do alcance aos casais homoafetivos, em consonância com o princípio da igualdade dos deveres do casal (hetero ou homossexual), na criação do filho, tornando a expressão o mais ampla possível. Por todos, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78. “Pode-se sintetizar a parentalidade responsável como a dinâmica de relacionamentos entre pessoas comprometidas, assentada sobre a afetividade, concebida como dever de colaboração entre parentes e buscando o cumprimento da função social da família.” CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade Como Fundamento Na Parentalidade Responsável. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/10_afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁷⁰ Englobam-se aqui, não apenas as relações provenientes do matrimônio, mas também as relações convencionais, hetero ou homoafetivas, formalizadas ou não.

¹⁷¹ ‘O relacionamento conjugal democrático demanda “o envolvimento dos indivíduos na determinação das condições de sua associação e se aplica não apenas ao início de uma relação, mas “também à reflexividade inerente à sua continuação – ou a sua dissolução” (GIDDENS, 1993, P 207). Mais recentemente propuseram a desregulamentação legal dos relacionamentos conjugais dois estudiosos americanos, favoráveis ao que chamam de “privatização do casamento, sustentando que o Estado deveria sair de cena e não mais tutelar as relações conjugais através de normas imperativas (THALER E SUSTEIN, 2008), mas tão somente mediante regras supletivas (“standards”) em caso de não manifestação expressa do casal.’ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo – Estrutura e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v 18 n 2, p.618-619, maio/ ago. 2013. Doi 10.5020/231-2150.2013.v18n2p587.

¹⁷² MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família*: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 217.

de forma a permitir que os interessados tenham mais liberdades de reger o próprio projeto familiar.

Verifica-se que a experiência do pacto antenupcial, não é nenhuma novidade no mundo jurídico, nem no Brasil, nem alhures. No Brasil, é possível que as partes escolham ou criem qual regime de bens irá reger a sua comunhão. Dispõem as partes, assim, da mais livre autonomia para decidir quanto ao estatuto patrimonial¹⁷³. Além disso, podem aproveitar e utilizar o pacto para definir regras que regerão o casamento ou para fazer alguma exigência visando a resguardar direitos no caso do divórcio.

Nos Estados Unidos, é notória a existência dos pactos antenupciais milionários sobre indenizações pelo descumprimento dos deveres existenciais, entre eles o dever de fidelidade/lealdade, prevendo indenizações em casos de violação do pacto¹⁷⁴.

Nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira e de Carlos Nelson Konder, ao analisarem o tema: “O pacto antenupcial, portanto, é um bom exemplo de situação jurídica patrimonial que pode ter também função existencial”¹⁷⁵.

Assim, pode-se pensar na fidelidade/lealdade como uma diretriz legal, embasada na moral e nos costumes, vigentes em determinada sociedade e em determinado tempo, podendo ser, perfeitamente, afastada pela vontade das partes, no referido pacto antenupcial, ou ainda em qualquer outro tipo de pacto ou contrato.

A problemática está em compatibilizar um instrumento, o pacto antenupcial, um contrato tipicamente patrimonial, a essas situações existenciais, inserindo os direitos e deveres do casal¹⁷⁶.

¹⁷³ Exceção feita àqueles que se encontram nas situações previstas no art. 1641 do CC/02, ressalvado o entendimento majoritário da doutrina da inconstitucionalidade do inciso II do referido artigo, por violar o princípio da igualdade.

¹⁷⁴ O caso mais famoso de indenização em razão de infidelidade se deu no pacto antenupcial assinado entre os atores Michael Douglas e Catherine Zeta Jones. Como o ator Michael Douglas era declaradamente viciado em sexo, Zeta Jones exigiu o valor de US\$ 2.5 milhões por ano de casada, além da pena de multa, se o divórcio tivesse como motivo a infidelidade. Contudo, Catherine, cuja fortuna era bem menor do que a do noivo, resumiu a questão de maneira pragmática e elegante. “Isso é uma forma de proteger o patrimônio dele e deixar tudo esclarecido desde o início. Por que eu deveria ser contra?”. ZEGER, Ivone. *Confie – mas peça recibo. Ivone Zeger – Família e Herança*, 10 out 2014. Disponível em: <<http://ivonezeger.com.br/2014/10/10/confie-mas-peca-recibo/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

¹⁷⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.), *Diálogos sobre o direito civil – Vol. III*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 16.

¹⁷⁶ Segundo os autores supramencionados: “até onde vai a autonomia na escolha das normas que regerão a conjugalidade: ela se restringe ao aspecto patrimonial ou pode englobar, também a seara existencial?”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.), *Diálogos sobre o direito civil – Vol. III*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 16.

O pacto antenupcial “é um negócio jurídico de Direito de Família”¹⁷⁷, acessório ao casamento, destinado a estabelecer o regime de bens que vigorará no casamento, sendo admitido pela lei¹⁷⁸.

Majoritariamente, a doutrina entende que o pacto nupcial não se prestaria a regularizar direitos existenciais, diante de sua natureza tipicamente patrimonial¹⁷⁹. Logo, estaria eivada de invalidez qualquer convenção entre os nubentes que tivesse por tema qualquer um dos deveres insculpidos no artigo 1566 do CC/02¹⁸⁰.

Diametralmente oposta é uma posição mais contemporânea, segundo a qual os pactos com disposições extrapatrimoniais são válidos e com efeitos jurídicos, não havendo limites para suas cláusulas, mesmo que de natureza não patrimonial, desde que garantida a ordem pública. Assim: “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas.”¹⁸¹.

Com uma posição mais intermediária, Gustavo Tepedino entende que disposições extrapatrimoniais que digam respeito apenas à vida particular do casal, do seu projeto de vida em comum, podem ser válidas, desde que não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia¹⁸². Entretanto, ainda conforme Tepedino, os princípios da solidariedade

¹⁷⁷ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 34.

¹⁷⁸ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

¹⁷⁹ Neste sentido: “O pacto antenupcial é negócio dispositivo que só pode ter conteúdo patrimonial, não admitindo estipulações alusivas às relações pessoais dos consortes, nem mesmo as de caráter pecuniário que não digam respeito ao regime de bens ou que contravenham preceito legal.” DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 5: Direito de família, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 147. “(...) o seu conteúdo é restrito, exclusivamente, à deliberação sobre os efeitos econômicos do matrimônio, sendo absolutamente vedado aos cônjuges dispor sobre os efeitos pessoais. Assim, será nula de pleno direito (CC, art. 166), não produzindo qualquer efeito jurídico, qualquer disposição que, exemplificativamente, libere um dos consortes de prestar assistência moral ou material ao outro ou mesmo exonere um dos esposos do dever de fidelidade ou de respeito e lealdade. Com isso, limita-se ao campo patrimonial a liberdade de estipulação conferida aos cônjuges, sendo impensável, entre nós, porque nulas de pleno direito, as disposições ‘hollywoodianas’, através das quais se exige, em pactos pré-nupciais, um número mínimo semanal de encontros sexuais ou são garantidas indenizações milionárias para a quebra de obrigações matrimoniais pessoais.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 240.

¹⁸⁰ “Segundo esse entendimento, cláusulas que flexibilizem, suprimam ou estabeleçam deveres extraconjugais jamais se poderiam considerar válidas”. TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017. p. 10.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 314.

¹⁸² TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017. p. 10.

conjugal, os deveres da responsabilidade parental, por representarem deveres indisponíveis, não seriam modificáveis¹⁸³.

Em que pesem as vozes em contrário, parece que a melhor solução seria admitir – no pacto antenupcial ou no contrato de convivência – disposições acerca das questões existenciais, sempre respeitando os limites constitucionais da dignidade da pessoa humana e, ainda, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica dos parceiros¹⁸⁴.

Sob essa perspectiva, o pacto funcionalizaria as aspirações do casal à sua forma de se relacionar, deixando de ser mero instrumento estrutural, operando na tentativa de evitar conflitos conjugais desnecessários e prevenindo, de alguma forma, futuros litígios indesejáveis, vez que ambas as partes colaboraram na inclusão não só das cláusulas patrimoniais, mas, também das existenciais. Não se haveria de falar em, por exemplo, descumprimento do dever de fidelidade ou da vida em comum no domicílio conjugal, sob o risco de estar agindo em típico *venire contra factum proprium*¹⁸⁵.

Os movimentos sociais que propugnaram a mulher no mercado de trabalho, a igualdade dos cônjuges, as famílias reconstituídas, bem como o princípio da liberdade, foram propulsores para a relativizar deveres, como o de residência em comum.

Há tempos, doutrina¹⁸⁶ e jurisprudência vêm entendendo que o dever de coabitação, por ser dever relativo, pode ser afastado pelos cônjuges, não havendo que se falar em nulidade ou invalidade da cláusula no pacto antenupcial. Afasta-se, assim, o inciso II do artigo 1566 do CC/02, vez que não cabe ao poder público ou a particular intervir nesta seara. Se a escolha do domicílio conjugal cabe ao casal, não há óbice de que esse domicílio seja plural, com cada um deles residindo em um lugar. E, ainda, pela informalidade que rege a união estável, o dever de coabitação sequer foi erigido a dever jurídico¹⁸⁷.

Conforme esse pensamento: não teria chegado a hora de se reconhecer o afastamento do Estado na imposição do dever de fidelidade? Retome-se, ainda, o atual estágio em que se

¹⁸³ Tais deveres encontram nos incisos III a V do art. 1566 do Código Civil 2002.

¹⁸⁴ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 277-279.

¹⁸⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 750-751.

¹⁸⁶ O próprio código traz em seu art. 1569, um rol exemplificativo dos motivos que autorizam o afastamento do dever de coabitação. Por todos, MADALENO, Rolf. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 196.

¹⁸⁷ O código civil não trouxe, no artigo 1724, o dever de coabitação, e na mesma direção o STF reconheceu a indispensabilidade de coabitação para caracterização da união estável, através do enunciado da súmula 382, *in verbis*: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

encontra a sociedade, com famílias multiparentais, famílias-mosaico, famílias poliamorosas, com todos convivendo harmonicamente, com todas as formas coexistindo, independentemente do reconhecimento jurídico. Além da mitigação do princípio da monogamia pelos valores sociais atuais, e, principalmente, a variação do conceito de fidelidade para cada pessoa.

Assim, teríamos relações familiares entre indivíduos, livres, autônomos e capazes, mais sinceras, afetuosas e responsáveis, em que todos os envolvidos estariam colaborando para o sucesso, informando e sendo informados sobre a forma como aquela relação específica deve funcionar, sem falsas expectativas, já que cada um saberia exatamente o que esperar do outro, vez que as regras daquela relação foram estabelecidas em conjunto, discutidos e definidos os limites sentimentais, com uma moral própria, devendo o Estado intervir, apenas, em caso de violação dos direitos constitucionalmente garantidos¹⁸⁸.

2.2 A fidelidade conjugal e lealdade na união estável. Há diferença?

Para analisar as diferenças e as semelhanças existentes entre o casamento e a união estável, deve-se recorrer, primeiramente, a uma breve análise histórica de como a união estável alcançou o status de entidade familiar juridicamente reconhecida.

Até meados do século XX, somente se reconhecia a família constituída pelo casamento entre um homem e uma mulher. Todas as demais relações informais, que não haviam sido consolidadas pelo matrimônio, eram socialmente repudiadas e não podiam contar com a proteção legal. As mudanças sociais pressionaram para que esse quadro fosse alterado, resultando, já em 1964, no enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁹.

Após uma longa jornada o reconhecimento como instituição merecedora de proteção, as uniões informais foram deixando de ser apenas um fato social para se tornar um fato jurídico, com seu ápice na Constituição Federal¹⁹⁰: a partir da promulgação em 1998, os princípios da

¹⁸⁸ Neste mesmo sentido: MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 307.

¹⁸⁹ “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

¹⁹⁰ “(...) a Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores conquistas no Direito de Família, porque demonstra, além da importância do novo contexto familiar para o constituinte, a evolução porque passou.” OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 223.

solidariedade, da afetividade, da igualdade, e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional supremo, passaram a nortear o Direito de Família¹⁹¹.

Com a despatrimonialização do direito privado¹⁹², cedendo o patrimônio sua prioridade à dignidade da pessoa humana, novos valores passam a ser destacados, dentro do fenômeno jurídico-social da repersonalização das relações civis. A constitucionalização do Direito Civil, processo pelo qual as concepções individualistas, paternalistas e tradicionais foram supridas, fez que, diante do novo texto constitucional, novas luzes fossem lançadas sobre o Direito de Família, obrigando o intérprete a redesenhar o modelo existente, com adaptação à hierarquia axiológica dos valores constitucionais, consentânea com a pós-modernidade¹⁹³, garantindo-lhe efetividade.

Mais importante que a estrutura da família, é a sua funcionalização, que passa a ser reconhecida como um grupo social fundado, principalmente, por laços de afetividade¹⁹⁴.

A união estável, como união afetiva e estável, entre um homem e uma mulher, com a intenção de constituir uma família, foi, dessa forma, reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela do Estado e do reconhecimento de plenos direitos.

A família passa a ser garantida, pela Constituição Federal, por ser o local ou a instituição formadora da pessoa humana, um espaço para realização da afetividade e da dignidade de cada um de seus membros¹⁹⁵, na lição de Perlingieri:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a

¹⁹¹ “Esta vem a ser uma contraprova de que no Brasil hoje, diferentemente de outrora, privilegia-se a espontaneidade do afeto sobre estruturas formais, podendo-se entrever, também aqui, a opção do constituinte em favor da igualdade, da solidariedade e da dignidade humana.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional, in *Revista trimestral de Direito Civil*, 2000. p. 89.

¹⁹² Sobre a despatrimonialização do direito civil, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121-123.

¹⁹³ “A construção do conceito pós-moderno de família representa o conteúdo dos novos paradigmas do Direito de Família., que tem sofrido uma revolução em sua compreensão e sua dinâmica a partir da década de 60. Identificase na família a influenciada ocorrência do revival dos direitos fundamentais, que se concretiza no princípio da dignidade da pessoa humana, sinalizando novos tempos, desenvolvendo-se como direito jurídico, passando a orientar as constituições dos países ocidentais, a começar pela Alemanha, sede do nazismo. O Brasil logo acompanhou essa tendência pós-moderna, ao acolher o axioma do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.” BARBOSA, Águida Arruda. Conceito Pós-moderno de Família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 24.

¹⁹⁴ Várias obras têm destacado a importância da afetividade e do cuidado como valor jurídico no Direito de Família. Por todos ver BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 175-192.

¹⁹⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo – Estrutura e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v 18 n 2, p.592, maio/ ago. 2013. Doi 10.5020/231-2150.2013.v18n2p587.

dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas sobretudo, às relações afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida¹⁹⁶.

Seguindo essa noção de família constitucionalmente protegida, em que não poderia haver desigualdades no seu tratamento, em maio de 2011, o STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar¹⁹⁷, estendendo-lhe os mesmos direitos e deveres da união estável.

Enquanto o casamento é um ato solene, formal – com suas regras para sua concretização –, nas outras formas de união, toda essa formalidade desaparece: trata-se de uma união de fato; não é primordial esse caráter solene; e, para sua aferição, basta que haja provas da existência da união, que ela seja pública¹⁹⁸, contínua¹⁹⁹, que não existam impedimentos matrimoniais, e que exista a intenção de se constituir uma família, o *affectio maritalis*, de forma a distinguir esta união de um namoro qualificado²⁰⁰.

Para a dissolução do casamento, necessário se faz haver o divórcio; no caso das outras formas de uniões, a simples vontade de romper a relação, caso não haja mais interesse em continuar juntos, é suficiente, não sendo necessário, a princípio, a formalização da dissolução da união²⁰¹.

As diferenças mais acentuadas entre o casamento e a união encontram-se, então, na formalização e na dissolução dessas formas de constituir família.

Entretanto, existe uma gama de semelhanças que superam as diversidades, motivo de controvérsias e debates calorosos, a começar pelos deveres impostos às partes.

¹⁹⁶ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243

¹⁹⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁹⁸ Não abrange assim, relacionamentos sigilosos e clandestinos, primeiro fundamento de uma relação extraconjugal, conforme ressaltado no capítulo anterior.

¹⁹⁹ A continuidade aqui funciona como um elemento caracterizador da estabilidade.

²⁰⁰ A diferença entre a união estável e o casamento é muito bem desenvolvida por Andréia Fernandes de Almeida, em *O papel da affectio maritalis na configuração da união estável* - Comentários ao REsp 1.454.643. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Almeida-civilistica.com-a.4.n.2.2015.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

²⁰¹ Alguns casais, até por questões patrimoniais e alimentícias para a prole, costumam fazer uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Todavia, não há obrigação da ação.

O CC/02 diferenciou alguns dos deveres dos cônjuges, no art. 1.566 do CC/02²⁰², dos deveres dos companheiros (do mesmo sexo ou não), no art. 1.724 do CC/02²⁰³. O que aqui nos interessa diz respeito ao inciso I do art. 1.566 do CC/02, o dever de fidelidade, contraposto ao dever de lealdade do art. 1.724 do CC/02.

Sobre sua posição tópica, Clovis Bevilacqua já ensinava, ao comentar o Código Civil de 1916, que fidelidade “É o primeiro e o mais importante dos deveres recíprocos dos cônjuges. É a expressão natural da monogamia. Não constitui, simplesmente, um dever moral; o direito exige, igualmente, em nome dos interesses superiores da sociedade e reprime suas infrações”²⁰⁴. A lealdade também é o primeiro dos deveres devidos pelos companheiros.

A posição majoritária da doutrina – da qual podemos destacar Belmiro Pedro Welter²⁰⁵, José Carlos Teixeira Giorgis²⁰⁶ e Antonio Carlos Matias Coltro²⁰⁷, – considera que o dever de lealdade englobaria o dever de fidelidade, sendo este espécie daquele gênero²⁰⁸. Entretanto, uma outra parte da doutrina – na qual se destacam Maria Berenice Dias²⁰⁹ e Áurea Pimentel

²⁰² 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.

²⁰³ Artigo 1724 - As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

²⁰⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil do Estados Unidos do Brasil Comentado*. Vol II. 9. ed. Atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1952. p. 168.

²⁰⁵ “o legislador (artigo 1.724 do Código Civil) não se referiu, de forma expressa, ao dever de fidelidade e à vida em comum, no domicílio convivencial, requisitos exigidos para o casamento (artigo 1.566 do CC). Contudo, a vida em comum consta do artigo 1.723 do mesmo digesto legal, ao proclamar que a união estável somente poderá ser reconhecida com a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, tendo sido substituído o requisito da fidelidade pelo de lealdade, que é conceito muito mais amplo e moderno.” WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Lael, 2009. p. 281.

²⁰⁶ “Os companheiros obrigam-se à fidelidade como os cônjuges, pois tal circunstância é uma emanção do dever de lealdade, [...]” GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130.

²⁰⁷ Segundo o autor, em relação à lealdade, “diz respeito à fidelidade, pois não será possível entender-se como estável uma relação que não esteja presente tal circunstância, apta a robustecer o ideal de constituição de família (...)”. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Casamento e união estável – eficácia, direitos e deveres. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 24.

²⁰⁸ “Para Rodrigo da Cunha Pereira a fidelidade é uma espécie do gênero lealdade”. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1193.

²⁰⁹ “Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viver juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 186-187.

Pereira²¹⁰ – defende que, se o legislador não incluiu o dever de fidelidade, mas apenas o de lealdade, os companheiros não têm obrigação de serem fiéis uns aos outros, sendo possível assim, o reconhecimento de “vínculos paralelos”. Com todo o respeito que se nutre pelas citadas doutrinadoras, discordar-se-á de sua posição.

Não parece que a falta da imposição do dever de fidelidade, *ipsis litteris*, pelo legislador aos companheiros, seja uma carta de alforria para que esses possam ser infiéis por quatro principais motivos.

Em primeiro lugar, porque, ainda que de modo discreto, o artigo 226, §3º da Constituição Federal impõe aos conviventes o requisito da monogamia²¹¹, quando a reconhece como uma união entre o homem e a mulher, assim, no singular. Não há pluralidade de pessoas²¹².

Em segundo lugar, se assim fosse, ao considerar que o dever de lealdade seja diferente do de fidelidade, a lei concederia mais direitos aos companheiros do que aos cônjuges²¹³, o que seria eivado de inconstitucionalidade, ao ferir o artigo 226, §3º e o artigo 5º, ambos da Constituição Federal, que rechaça todo tratamento diferenciado entre o instituto do casamento e da união estável.

Em terceiro lugar, o dever de lealdade é muito mais amplo do que o de fidelidade, sendo que este seria englobado por aquele. A lealdade é “a qualidade, ação ou procedimento de quem

²¹⁰ “Assim considerando, portanto, o dever de fidelidade, como obrigação ínsita ao vínculo do casamento, por certo, a observação de tal dever, não podia ser pelo legislador exigida pelos companheiros, por isso que, não estão eles, naturalmente, no momento em que constituem mera união de fato, assumindo qualquer compromisso solene perante a lei, como ocorre no casamento”. PEREIRA, Aurea Pimentel. *União estável: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 178.

²¹¹ “A união estável, assim como o casamento, tem natureza monogâmica, sendo incabível o reconhecimento de duas uniões familiares concomitantes. A própria Constituição, no art. 226, § 3º, estabelece o requisito da monogamia para as uniões estáveis, ao determinar que ela pode existir somente entre duas pessoas.” SILVA, Regina Beatriz Tavares. STJ rechaça, mais uma vez, as uniões paralelas. *ADFAS*, 14 dez. 2017. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2017/12/13/stj-rechaca-mais-uma-vez-as-unioes-paralelas/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

²¹² Euclides de Oliveira, na análise dos impedimentos matrimoniais na união estável, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, e na vigência das Lei 9278/96, já denunciava: “Do que ficou exposto, conclui-se que não é possível a simultaneidade de casamento e união estável, ou de mais de uma união estável. Uniões múltiplas podem ocorrer sucessivamente, mas não a um só tempo. O texto legal expressamente restringe o reconhecimento da entidade familiar à união de “um homem e uma mulher”, com emprego de artigo definido singular que gramaticalmente veda a acumulação simultânea de uniões familiares. Poderá não ter sido proposital essa especificação do artigo, e até seria dispensável, mas, sem dúvida, reforça a interpretação de que a lei somente protege as uniões sinceras e leais, próprias do sistema monogâmico. E assim há de ser, com efeito, ante a ilicitude da bigamia, para a hipótese dos casados.” OLIVEIRA, Euclides de. *Impedimentos Matrimoniais na União Estável*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/197.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

²¹³ “Inadmissível que para o casamento se imponham várias exigências, e sejam as mesmas dispensadas para a união estável redundar direitos. Inaceitável que se considere legal uma união de fato que para o casamento signifique espúria, incestuosa ou adúltera.” RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei 10.406 de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 913.

é leal. Leal é sincero, franco e honesto. Fiel aos seus compromissos.”²¹⁴. Ou ainda, “respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade, fidelidade aos compromissos assumidos.” A lealdade pressupõe compromisso e cuidado. Sendo, assim, a lealdade é um valor apreciado, na medida em que se estabelece uma relação de confiança e a confiança é ser fiel a algo ou alguém. Assim, verifica-se, a todo tempo, que a fidelidade está presente na acepção da lealdade entre os companheiros²¹⁵. A fidelidade é, então, parte do dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

Em quarto lugar, por vivermos numa sociedade cujo elemento estrutural das relações afetivas é a monogamia, não há como o Direito cancelar relações simultâneas paralelas. Destaca-se que, apesar de ser um fato social, não se pode negar a existências de uniões simultâneas ao casamento nem às uniões estáveis; e, mesmo que sejam ainda repudiadas pela sociedade, isso não quer dizer que as tenham escapado do compromisso social que a vida familiar ocasiona²¹⁶. Tanto assim é, que, nos moldes do artigo 1723 do Código Civil de 2002, um dos requisitos para o reconhecimento jurídico da união estável é que os conviventes não estejam impedidos para o casamento²¹⁷.

Doutrina e jurisprudência ainda debatem sobre a possibilidade ou não do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas paralelas tanto ao casamento quanto à união estável.

²¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 460.

²¹⁵ “Ser fiel ou leal é corresponder à confiança do parceiro; a lealdade vai além do compromisso da fidelidade afetiva, abrange um alto dever de respeito e de consideração devida mutuamente entre os companheiros, no propósito de perpetuarem a sua relação afetiva.” MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1193.

²¹⁶ “A lei formalizou as uniões duradouras entre homens e mulheres desimpedidos de casarem, sem considerar a eventual vontade dos companheiros de manterem-se afastados de qualquer vinculação jurídica.” PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. A Co-regulação da família pelos círculos sociais (sociedade civil e estado): Um diálogo com a Constituição Federal do Brasil. In: *Direito de Família*. SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Marcos Alves da; CARDIN, Valéria Silvia Galdino. Curitiba: CONPEDI, 2013, p. 8-38.

²¹⁷ Contrária a esta posição, Anderson Schreiber aponta que não há nos requisitos da união estável qualquer menção à exclusividade para o seu reconhecimento, não havendo assim, como se falar em impossibilidade de reconhecimento de uniões paralelas simultâneas: “O art. 1723 estampa, às claras, os requisitos para a configuração da união estável: convivência pública, contínua, duradoura, voltada à constituição de família. Nada mais exige. Sobre exclusividade não há palavra (...) Como se viu a união estável existe – e deve ser juridicamente reconhecida como existente – diante de outra união estável, sem que haja quer na base constitucional, quer na disciplina infraconstitucional do instituto, qualquer obstáculo à simultaneidade”. SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e rede familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 243.

Em que pesem vozes favoráveis à existência jurídica de uniões estáveis paralelas²¹⁸, predomina o entendimento contrário²¹⁹, tanto em relação ao casamento quanto à união à estável²²⁰.

Entretanto, o entendimento majoritário é mitigado, em caso de boa-fé; ou seja, quando um dos integrantes da relação não tinha conhecimento dos impedimentos matrimoniais ou da existência de outra relação estável, falando-se, assim, em união estável putativa²²¹, que gera os mesmos efeitos da união estável propriamente dita²²².

Do que ficou exposto, apesar da distinção na nomenclatura feita pelo legislador, este parece perseguir, tanto na fidelidade quanto na lealdade, a mesma função: dentro dos valores morais e sociais que norteiam a sociedade brasileira atual, baseada no princípio da monogamia, não se chancelaria, oficialmente, a multiplicidade de uniões simultâneas.

Em uma análise funcional dos deveres, tanto dos cônjuges quanto dos companheiros, a fidelidade e a lealdade cumprem o mesmo papel, baseadas no princípio da monogamia, que revela os costumes e normas sociais e a moralidade da sociedade brasileira atual: em essência, evitar múltiplos casamentos/uniões.

²¹⁸ Neste sentido, DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.50; ALMEIDA, Renata Barbosa de e RODRIGUES JÚNIOR. Walsir Edison. *Direito Civil – Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 316. SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 241.

²¹⁹ Em decisão recentíssima, de dezembro de 2017, o STJ manteve o seu entendimento de não ser possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas paralelas ao casamento, entendendo que são relações extraconjugais. SILVA, Regina Beatriz Tavares. STJ rechaça, mais uma vez, as uniões paralelas. *ADFAS*, 14 dez. 2017. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2017/12/13/stj-rechaca-mais-uma-vez-as-unioes-paralelas/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

²²⁰ Vários autores destacam a impossibilidade da existência de uniões estáveis paralelas. A respeito, ver, por todos, Paulo Luiz Netto Lôbo: “Desde a Constituição de 1988 abriu-se a controvérsia acerca da possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas, tendo em vista a inexistência de regra expressa a respeito na legislação, inclusive do Código Civil 2002. Entendemos não ser possível, porque a união estável é relação jurídica *more uxório*, derivada da convivência geradora do estado de casado, o qual, conseqüentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 174.

²²¹ Entre outros, Zeno Veloso, Rofl Madaleno, Álvaro Villaça são defensores desta posição. Ver por todos, Euclides de Oliveira: “Assim como não é possível o casamento para pessoas já casadas, enquanto não dissolvido o vínculo conjugal, também não se admite, pelo rigor legislativo do princípio monogâmico a constituição de família mediante união estável paralela, quando subsista impedimento matrimonial (art. 1723, §1º, do CC). A conclusão se reforça com a norma do art. 1723 do mesmo código, definindo a situação do concubinato exatamente nas situações em que haja impedimento. Caberia exceção apenas no caso de uma segunda união de boa-fé, putativa, como previsto para o casamento nulo ou anulável, a produzir efeitos até o dia da sentença anulatória (art. 1.561 do CC). Essa é uma hipótese rara, em vista do requisito da publicidade da união estável, que levaria ao conhecimento social da convivência paralela.” OLIVEIRA, Euclides. *União Estável na Jurisprudência do STJ e do STF*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 222.

²²² Para Maria Berenice Dias, pouco importa se a existência ou não da boa-fé, a justiça deve reconhecer tais vínculos afetivos como uniões estáveis, como uma entidade familiar sob pena de se chancelar o enriquecimento sem causa. Acrescenta ainda que, ante a ausência do devido reconhecimento jurídico, tais relações paralelas só se proliferam. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 50-51.

O contrário seria instituir a poligamia como princípio norteador das relações conjugais ou convivencionais.

Sob esta perspectiva, há de se reconhecer que o dever de lealdade exigido entre os conviventes se baseia no princípio da monogamia, devendo então ser caracterizado como norteador da fidelidade que se espera entre os cônjuges.

Demonstra-se que a exclusividade do relacionamento também é um requisito para a configuração da união estável²²³. Desta forma, não há como se afastar o dever de fidelidade dos companheiros, consubstanciado no dever de lealdade.

A evolução do direito civil constitucional já demonstrou que todas as estruturas familiares merecem proteção, reconhecimento e proteção pelo direito, independentemente da forma como a entidade familiar tenha-se constituído. Famílias construídas pela quebra do dever de fidelidade ou de lealdade são uma realidade social. O Direito não pode ignorá-las. Sem dúvida, todas merecem igual proteção.

Entretanto, isso não impede que sejam analisados os efeitos que a quebra do dever de fidelidade, assim como o do dever de lealdade, tenha causado no ofendido, se houve violação dos direitos da personalidade, de forma a se constatar a incidência ou não dos danos morais.

O que se vê, ultimamente, é uma preocupação, cada vez maior, com a proteção apenas da família constituída à margem dos deveres conjugais/convivencionais, desprestigiando, aquela que seguiu todos os trâmites legais para sua constituição²²⁴.

2.3 A questão do terceiro cúmplice: poderia ele ser responsabilizado pela infidelidade conjugal?

²²³ “Da leitura do artigo 1724 do Código Civil não ficam margens para dúvidas de que as relações pessoais entre os companheiros obedecem aos deveres da lealdade, entendendo-se como condições elementares para a configuração da união estável a exclusividade do relacionamento.”. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 103.

²²⁴ Regina Beatriz Tavares da Silva, em recente entrevista ao jornal Gazeta do Povo, na análise da PL 470/2013, denominada Estatuto das Famílias, em trâmite no Senado Federal, é enfática, ao afirmar que o Estatuto seria uma violação ao artigo 226 da Constituição Federal, que confere ao Estado o dever de assegurar a proteção à família, que, quando constituída pelo casamento ou pela união estável, é monogâmica. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O estatuto destruidor das famílias - Projeto de Lei que tramita no Senado, chamado Estatuto das Famílias, pode abrir as portas para a legalização da poligamia e do incesto e trazer danos para crianças e adolescentes. *Gazeta do Povo*, 27 set. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/o-estatuto-destruidor-das-familias-9buuozo0waq95i1ctpi8n096x>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Outro ponto interessante a se destacar trata da questão do terceiro cúmplice²²⁵. Não há, muitas vezes, como se violar o dever de fidelidade, sem a participação de um terceiro, estranho à relação matrimonial.

Porém, tanto a jurisprudência quanto a doutrina dominantes entendem que o terceiro cúmplice não deve ser condenado em danos morais por infidelidade conjugal. O entendimento se baseia na presunção de que os deveres conjugais se dão apenas entre as partes, não tendo como obrigar terceiros a respeitarem o casamento alheio²²⁶. O conteúdo obrigacional dos deveres familiares é residual; desta forma, não há como o Direito impor um não fazer àquele que, de alguma forma, contribui para que o cônjuge viole o dever de fidelidade. Assim, não haveria ato ilícito²²⁷. O dever de fidelidade mútua se restringiria, desta forma, aos cônjuges, não possuindo uma eficácia erga omnes.

Cabe a reflexão: sem o terceiro cúmplice, tampouco haveria a violação do dever conjugal!

A questão, na verdade, merece uma análise mais detalhada.

Segundo Luiz Otávio Rodrigues Junior, “A teoria do terceiro cúmplice decorre da interferência ilícita do terceiro em negócios jurídicos alheios, por meio da indução ao inadimplemento.”²²⁸.

A teoria do terceiro cúmplice fora, portanto, originalmente desenhada para sua aplicação no direito das obrigações ²²⁹. Tentaremos, com base na análise dos pressupostos traçados para

²²⁵ Sobre a responsabilização do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais, destaca-se o artigo de RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 31- 46.

²²⁶ AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O dano moral pela infidelidade. In: MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 246.

²²⁷ “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. (...) 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 1122547/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009)”.

²²⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 821, p. 80-98, mar. 2004.

²²⁹ Dispõe o artigo 608: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

a aplicação da teoria do terceiro cúmplice no Direito Brasileiro pelo citado autor ²³⁰, verificar a possibilidade da aplicação teórica diante da quebra dos deveres de infidelidade ou de lealdade, por pessoa estranha a relação.

O primeiro pressuposto destacado pelo autor é o da existência de vínculo contratual ou de expectativas legítimas de deslocamentos patrimoniais (como negociações preliminares, parcerias, acordo de cavalheiros e memorando de entendimentos). Aqui há de se considerar qual seria a natureza jurídica do casamento, para se aplicar o primeiro pressuposto.

A Teoria Clássica²³¹ (Teoria Contratualista) atribui ao casamento a natureza jurídica de contrato²³², ainda que seja um contrato especial²³³. Bastaria a vontade das partes, para que o casamento fosse considerado como válido e eficaz, passando a produzir efeitos jurídicos, podendo ser dissolvido pelo distrato, como qualquer contrato²³⁴. Pautada pela informalidade e por ser uma união de fato, sendo desnecessária qualquer solenidade para sua constituição, a união estável, por óbvio, não se encaixaria nessa natureza jurídica meramente contratual²³⁵.

Em oposição a este entendimento, a Teoria Institucionalista considera o casamento como uma instituição social²³⁶. Isso porque que as partes não podem dispor livremente acerca

²³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 31-46.

²³¹ A Teoria Clássica, acolhida pelo Código Napoleônico, floresceu no século XIX em meio a um cenário imediatamente posterior à Revolução Francesa, em que a Assembleia Constituinte proclamou “la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil”, em tradução livre: “A lei apenas considera o casamento como um contrato civil”.

²³² O Código Civil português, expressamente, adota a teoria contratualista, conforme prevê seu artigo 1577: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

²³³ Devido as particularidades do casamento, como por exemplo, não poderem as partes disporem de todas as regras nele contidas, tendo em vista que para a eficácia do vínculo conjugal são necessários cumprimentos de certos procedimentos, além dos direito e deveres, e forma especial para sua dissolução, todos impostos pelo Estado, Caio Mário, considera o casamento um “contrato especial”, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou “contrato de Direito de Família”, em razão das relações específicas por ele criadas.” PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. V / Atual*. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 111.

²³⁴ Nesse sentido, Pontes de Miranda e Clóvis Beviláqua consideravam o casamento como um contrato. Defendiam que predomina a Autonomia da Vontade, tendo como única premissa necessária para sua validade e eficácia a vontade em comum das partes, geradora de efeitos jurídicos. Tal posição encontra sua origem no Direito Canônico, introduzida posteriormente no Code Civile Francês, base do Código Civil de 1916. PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. V / Atual*. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 110-111.

²³⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 110. Embora o contrato não seja exigível, alguns autores defendem que a união estável tem seu marco inicial, a sua formalização, com a existência de um contrato de convivência, pois este regulamenta regime de bens adquiridos durante a constância da união.

²³⁶ Por todos, considerar Washington de Barros Monteiro, sobre o casamento: “uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas

das regras do casamento, em vista, por sua vez, da imposição estatal de certos procedimentos estatais, para lhe conferir validade e eficácia, o que torna o casamento um ato jurídico solene, restando às partes apenas aderirem àquele conjunto de regras, direitos e deveres dos cônjuges, preestabelecido pelo Estado, que passam a vigor com a celebração do casamento.

Há uma última corrente, mais atual, denominada Teoria Mista (ou Teoria Híbrida ou Teoria Eclética), em que se procura mesclar os dois conceitos anteriormente apresentados. Unem-se, nessa perspectiva, os elementos contratuais da Teoria Clássica aos elementos institucionais da Teoria Institucionalista. Afirma-se, sob essa perspectiva, que, na verdade, o casamento seria um ato complexo²³⁷, composto por duas fases: a primeira, ligada à autonomia da vontade das partes de contrair casamento fazendo-o por meio de um contrato, ou seja, a autonomia da vontade estaria na escolha do cônjuge e na opção pelo vínculo conjugal, através da celebração do casamento; a segunda, surgida quando, uma vez celebrado o casamento, ato privativo do Estado, tendo as partes manifestado livremente a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, surge o estado de casado, vinculando as partes às normas preestabelecidas pelo Estado, direitos e deveres dos cônjuges, surgindo assim a instituição, nos moldes do art. 1.514 do Código Civil de 2002²³⁸. “Trata-se, portanto de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição.”²³⁹.

Já em relação à união estável, não é necessária a outorga do Estado, ou qualquer ato jurídico, solene, formal, para que a união contraia um status de conviventes: a entidade familiar se forma ao longo do tempo, agregada à vontade de constituir uma família.

Contudo, para a validade e a eficácia jurídica, são necessários o preenchimento de pressupostos preestabelecidos pela lei, artigo 1.723 do CC/02. Logo, a natureza jurídica da

e seus efeitos...A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei”. MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva 2010. p. 13.

²³⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 6º. p. 18 apud. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 110.

²³⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 110.

²³⁹ “Das três correntes expostas, somos adeptos da terceira (teoria eclética ou mista). Quanto à primeira corrente, entendemos que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, achamos exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com conteúdo patrimonial. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos. Desse modo, melhor considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial.” TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 5: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 65.

união estável seria de fato jurídico, gerando efeitos jurídicos, similares aos gerados pelo matrimônio²⁴⁰.

Com base na análise da natureza jurídica tanto do casamento quanto da união estável, percebe-se que o ponto em comum está na ingerência do Estado para conferir eficácia e validade jurídica às duas entidades familiares. Na medida em que ambas as modalidades apresentam tanto as características típicas de uma parceria, ainda que sob o escopo Direito de Família, quanto a expectativa de cumprimento do dever de fidelidade/lealdade, devido ao princípio da monogamia, estaria atendido, desta forma, o primeiro pressuposto formulado: o da existência de um vínculo (conjugal), de uma parceria.

O segundo pressuposto que o autor destaca é a interferência indevida de terceiro, que conhece ou tem condições de conhecer esse vínculo ou essas expectativas legítimas. Aqui, há de analisar a questão da boa-fé. Porém, conforme se verificará adiante, necessário se faz que o terceiro de boa-fé tenha sido diligente ou no mínimo, cauteloso.

Além da fidelidade, da exclusividade, da vida em comum e da durabilidade, outra exigência para a validade e a eficácia se faz presente tanto aos casamentos quanto às uniões estáveis: a publicidade.

Logo, se a pessoa se encontra na vigência de um casamento ou em união estável válida e eficaz, ela, de alguma forma, ostenta essa condição – entre tantas maneiras, utilizando uma aliança; apresentando o par a parentes, amigos e vizinhos; e coabitando –; ou seja, trata-se de uma relação conhecida no meio social daquele par²⁴¹. Afasta-se qualquer obscuridade da relação, qualquer tom sigiloso, tirando-lhe a conotação de amantes²⁴².

²⁴⁰ “A união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato jurídico que gera efeitos jurídicos.” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direito de família*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 50.

²⁴¹ Sálvio de Figueiredo já ensinava que: “Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois frequentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher”. FIGUEIREDO, Sálvio de. apud BENJÓ, Simão Isaac apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 21.

²⁴² MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1184.

A publicidade demonstra, de alguma forma, certa estabilidade da relação²⁴³, diferentemente daquelas relações baseadas em encontros velados, secretos, com horário para começar e para terminar, tipicamente clandestinas²⁴⁴.

Contudo, não se pode incorrer em ingenuidade: na maior parte das vezes, os símbolos – em princípio, ostensivos – são camuflados. Entre tantas possibilidades, identidades são trocadas, ou ainda, devido à própria mitigação do dever de coabitação, tanto o cônjuge quanto o companheiro podem não residir junto ao seu par. E não se deve desconsiderar a moralidade machista, com comportamentos que, muitas das vezes, além de encobrir, estimulam condutas contra a publicidade.

Há, enfim, diversos meios de relativizar ou mesmo ocultar a publicidade²⁴⁵.

Outro fator que pode dificultar a premissa da publicidade é a tênue diferença entre a separação de fato e a separação de corpos. É latente a dificuldade em saber se a pessoa está realmente desimpedida, separada ou divorciada. Muitas vezes, as pessoas mentem ao dizer que estão “atravessando uma crise conjugal”.

O desenvolvimento da internet é uma via de mão dupla, o que também repercute na publicidade em análise. Por meio de tantas postagens e dos mais variados aplicativos, as pessoas estão-se expondo mais, o que, de alguma forma, facilita a questão da publicidade²⁴⁶. De modo oposto, as mesmas redes sociais, especialmente os aplicativos e os sites para encontros extraconjugais são um convite à infidelidade, garantindo o sigilo dos envolvidos, uma vez que não é necessário mostrar a verdadeira identidade.

²⁴³ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, as entidades familiares possuem três características comuns, sem as quais não se configurariam: “ Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configurariam entidades familiares, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) ostentabilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do Numerus Clausus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 3.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Euclides de. *União estável, do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 132.

²⁴⁵ “Donald Ramos relata episódios da vida de um certo Manuel Lourenço Flores que teria casado seis vezes, mudado de nome quatro e de residência constantemente. RAMOS, Donald. Bigamia e valores sociais e culturais no Brasil colonial: o caso de Manuel Lourenço Flores e o seu contexto histórico”. In SILVA, Maria Beatriz Nizza da (org). *Sexualidade, família e religião na colonização do Brasil*. Lisboa: Horizonte, 2001, p. 113-124 apud SILVA, Marcos Alves da. *CONJUGALIDADE SEM CASAMENTO: A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um lugar de não-direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a322852ce0df73e2>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

²⁴⁶ Por outro lado, uma reportagem mostrou que um homem namorava quatro mulheres ao mesmo tempo, sem que uma soubesse da existência da outra, sendo que uma delas morava na Bahia. A estratégia, era não colocar nada sobre relacionamentos nas redes sociais. Ao descobrirem a traição, elas largaram o moço e se tornaram amigas. Mulheres traídas pelo mesmo homem curtem a amizade: 'Nossa vingança'. GSHOW, 25 abr. 2015, Programa Encontro com Fátima Bernardes. Disponível em: <<http://gshow.globo.com/programas/encontro-com-fatima-bernardes/O-Programa/noticia/2015/04/amizade-de-mulheres-traidas-pelo-mesmo-homem-vai-alem-da-vinganca.html>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Por isso que, além da boa-fé, o terceiro envolvido deve ter sido diligente, ou pelo menos cauteloso²⁴⁷.

A não ser em casos de *stashing*²⁴⁸, não será fácil a escusa do comportamento do terceiro cúmplice que seja próximo. A proximidade não é somente da família em si. O terceiro ainda pode ser parente de um dos envolvidos, vizinho, colega de trabalho, entre tantos outros inúmeros exemplos, vez que é de clareza solar a possibilidade do conhecimento do relacionamento existente.

Percebe-se assim que, o segundo pressuposto, a interferência indevida de terceiro, que conhece ou tem condições de conhecer esse vínculo ou essas expectativas legítimas, a depender do caso, devido à publicidade que se espera das relações conjugais/convivenciais, também pode ser facilmente contemplado.

O terceiro pressuposto teórico é a atuação deliberada do terceiro na execução ou na conservação do contrato ou das relações negociais. Provavelmente, seria um dos pressupostos mais difíceis de se comprovar. Demonstrar que o terceiro cúmplice agiu com alguma intenção no casamento ou na união estável de outrem se mostra quase uma prova diabólica.

Porém, como dito no item anterior, aqui, novamente temos de recorrer à publicidade exigida nos relacionamentos. Ao ter ciência do estado de casado ou de convivente, e ainda assim, manter-se na relação extraconjugal, não há como negar a atuação deliberada.

Precisamos também, tomar emprestado algumas definições do Direito das Obrigações, remetendo-nos, também, à natureza jurídica tanto do casamento, quanto da união estável, previamente discorridas, e também ao princípio da boa-fé.

Embora não seja o escopo analisar o princípio da boa-fé – em vista da delimitação do objeto de estudo –, é necessária contextualização geral.

²⁴⁷ “Boa-fé, por evidente, suficientemente escusável, pois deve conter a presença de diligência, cautela e interesse daquele que elegeu para seu parceiro, pois não se espera que a escolha de um companheiro não passe por um razoável e diligente crivo de informações precedentes, ou como ensina Alípio Silveira, “a vítima deve ter sido cautelosa, diligente, ou então deverá apresentar um motivo razoável por não ter diligenciado”, para não descobrir em tempo e a tempo, que seu companheiro era casado e que vivia ao mesmo tempo com seu cônjuge.” MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1236.

²⁴⁸ *Stashing* é, em tradução direta e livre da língua inglesa, “esconder”; aplica-se, no vernáculo original, com o sentido de ocultamento deliberado e escuso, com um uso reiterado para animais que ocultam o alimento de subtrações. Em sentido conotativo, trata-se do comportamento tomando por pessoas que desejem, propositadamente, esconder o parceiro, evitando ao máximo expô-lo publicamente, ocultando-o de indivíduos próximos, como amigos, familiares e colegas de trabalho. Os praticantes da conduta ainda se recusam levar os companheiros a eventos públicos, tudo com o fito de não conferir publicidade ao relacionamento. Nas redes sociais, o usuário praticante de *stashing* nunca vai publicar fotos com o(a) parceiro(a), evitando, sempre, fazer comentários públicos que poderiam dar a entender que estaria comprometido. Nesse tipo de relacionamento, a lealdade se mostra indiscutivelmente comprometida.

De modo sintético, a função social do contrato prima para que os interesses contratuais sejam de interesse não só das partes, como de toda a sociedade. Assim, o contrato adquire importância social, devido aos efeitos que ele emanará perante – e para – toda a sociedade. É consensual que os contratos em geral sejam objeto de interesse de toda a sociedade, transcendendo os interesses particulares dos envolvidos na relação jurídica contratual.

Para a doutrina do terceiro cúmplice²⁴⁹, o contrato passa a ter três efeitos: o primeiro, imediato, ou interno, que diz respeito as partes que dele participaram e a ele estão vinculadas; o segundo, mediato ou externo, dirigido aos terceiros, que é o de não interferir, não impedindo ou não dificultando o cumprimento da obrigação²⁵⁰.

O terceiro efeito, finalmente, consiste na obrigação de indenizar a parte prejudicada, tão logo seja verificada a prática de quaisquer atos atentatórios à relação contratual²⁵¹.

Conclui-se que a teoria do terceiro cúmplice tem, essencialmente, como objetivo indenizar a parte prejudicada por prejuízos advindos de atos de terceiro que interfira deliberadamente no contrato. Conquanto seja conceito oriundo do direito contratual, é aplicável ao direito matrimonial, vez que se baseia em princípios gerais do direito, notadamente os três: a probidade, a boa-fé e a função social do contrato. A aplicabilidade da teoria a relacionamentos conjugais ainda se sustenta pela própria natureza jurídica híbrida do casamento.

Logo, o terceiro que interfere em uma relação pública – casamento ou união estável – não agirá de boa-fé quando o fizer deliberadamente, vez que tem ciência da relação anterior. Cumpre frisar novamente que o dever de fidelidade/lealdade, além de norma moral, é norma jurídica. Está insculpida no inciso I do artigo 1.566 do CC/02, reflexo do ideal monogâmico da sociedade brasileira atual, o que mostra sua abrangência não só ao casal, mas a toda a sociedade.

Efetuada essas considerações, temos como satisfeito o terceiro pressuposto.

²⁴⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra, Almedina, 2001, p. 80.

²⁵⁰ Nesse sentido, o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

²⁵¹ A teoria do terceiro cúmplice é aplicada alhures, principalmente no direito anglo-saxônico. No direito inglês, é denominada como “*tortious interference*” (“interferência danosa”, em tradução nossa); no direito norte-americano, como “*intentional interference with performance of contract by third person*” (mais uma vez, em tradução livre, “interferência intencional com ato de terceiro”). Já no direito francês, é invocado, desde a obra de Pierre Huguency intitulada “*Responsabilité civile du tiers complice de la violation d’une obligation contractuelle*” – livremente traduzível como “(A) responsabilidade civil do terceiro cúmplice na violação de obrigações contratuais”. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 32-37.

O quarto pressuposto é o da verificação de danos à outra parte em razão da interferência do terceiro cúmplice. A questão será examinada, mais detidamente, no próximo capítulo, em que se abordarão e os efeitos da infidelidade conjugal na vida do ofendido.

Porém, cabe adiantar a tese de que a infidelidade conjugal importa, sim, danos ao ofendido: não só extrapatrimoniais, como muitas vezes patrimoniais²⁵². É o escopo desta dissertação, conforme já se aventado na Introdução e no item 1.2 deste estudo.

Havendo danos e sendo inegável a participação do terceiro cúmplice na violação do dever de fidelidade – pois não seria possível a causação do dano sem a coparticipação do terceiro, ainda que de forma mediata –, não há como negar a existência deste quarto pressuposto em análise.

Ademais, restará ainda mais comprovado o dano pelo terceiro cúmplice quando verificadas condutas ilícitas em sentido amplo. Assim humilhações em sentido amplo – tais como perseguições ao cônjuge e perturbações no local de trabalho, ou no meio social²⁵³ – embora imediato, o dano ainda se relaciona à infidelidade conjugal prévia.

O quinto pressuposto trazido por Otávio Luiz Rodrigues Junior é a ausência de justa causa na atuação do terceiro. Apesar de ser um termo vago na aparência, podemos entender a justa causa, aqui, sinteticamente, como a motivação justa e séria. Logo, não havendo motivos para que o terceiro interferisse na relação conjugal, este pode ser responsabilizado. De outro modo – em o terceiro sabendo da situação de casado do ofensor, não estando este separado de fato, nem existindo a separação de corpos –, não haveria justa causa para que o terceiro cúmplice interferisse na relação matrimonial. À parte dessas situações extremamente excepcionais, verifica-se que o último pressuposto estaria também satisfeito.

²⁵² Muitas vezes o cônjuge ofensor, desvia o dinheiro da própria família para manter seu relacionamento. Ou diminui o padrão de vida ou passa a ter gastos que não teria, devido a sua infidelidade.

²⁵³ “APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ENVIO DE MENSAGENS E FOTOS PELA RÉ À AUTORA E A TERCEIROS REFERENTES A CASO EXTRACONJUGAL QUE HAVIA MANTIDO COM SEU MARIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE R\$ 15.000,00, A TÍTULO DE DANOS MORAIS. 1. Teor jocoso e provocativo das mensagens enviadas que não demonstra que a intenção da ré fosse a de simplesmente alertar a autora do caso que havia mantido com seu marido, mas, ao revés, evidencia o propósito de humilhar, intimidar e ofender a autora, que, após descobrir a relação extraconjugal havida, aceitou manter o vínculo matrimonial. 2. Ademais, consta dos autos prova de que a ré buscava desmoralizar a autora em seu meio-social ao enviar o link de álbum de fotos do casal para terceiros. 3. Princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser preservado quando violada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurando aos ofendidos, na forma do art. 5º da CF, o ressarcimento moral. 4. Danos morais evidenciados, cujo valor fixado em R\$ 15.000,00 não merece redução tampouco majoração, observadas as peculiaridades do caso concreto. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.” (Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0372328-32.2009.8.19.0001, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des(a). Fernando Cerqueira Chagas, Rio de Janeiro 07/06/2017).

Essencialmente, não há como não se afastar a responsabilidade do terceiro, mediante requisitos recorrentes, sobretudo a ciência do relacionamento e o comportamento, em conjunto com o ofensor infiel que viole qualquer direito extrapatrimonial da vítima. Conforme reiterado, sem a participação do terceiro, não haveria a violação ao dever de fidelidade.

Contudo, há de se analisar as condições em que se deram a participação do terceiro, pois há exemplos flagrantes em que a responsabilidade do terceiro cúmplice sequer pode ser aventada.

Por óbvio não há como se falar em aplicação da doutrina do terceiro cúmplice na violação do dever de fidelidade, quando a interferência no casamento é do conhecimento do outro cônjuge e por este tolerada; tampouco quando a infidelidade ocorre por iniciativa dos dois cônjuges em acordo, sob pena da caracterização da *surrectio* ou da *supressio*²⁵⁴. Tendo um dos cônjuges, ou ambos, aceitado a relação extramatrimonial do outro, renunciando, assim ao dever/direito de fidelidade recíproca, não há como se falar em violação do dever de fidelidade, muito menos em terceiro cúmplice.

Reafirma-se a tese anteriormente defendida: é preferível que as próprias partes possam determinar os deveres de cada casal, sem a interferência do Estado.

A boa-fé do terceiro representa outro impedimento à responsabilização. Assim a situação em que o terceiro cúmplice age de boa-fé: não sabendo, ou não tendo como saber, que o ofensor era casado, quando não era notória a sua situação, por mais diligente que o terceiro fosse²⁵⁵. Se o terceiro desconhecia o estado civil de casado ou a condição de companheiro da pessoa com quem se envolveu, tendo sido, também enganado, não há como atribuir-lhe nenhuma responsabilidade pelo ocorrido, pois está ausente a culpa como elemento. Naturalmente, não basta a alegação pelo terceiro de ter sido ludibriado: é necessário que se demonstre que a impossibilidade absoluta de ciência sobre o comprometimento do outro.

Excetuando-se essas situações, não há como negar a incidência da doutrina do terceiro cúmplice as relações matrimoniais, ainda mais levando-se em conta a natureza híbrida, que para sua formação possui a natureza contratual, como já exposto.

A doutrina do terceiro cúmplice, em linhas gerais, veda que qualquer terceiro possa influenciar negativamente as partes contratuais; propugna que, caso o terceiro provoque prejuízo para algum dos contratantes, deverá indenizá-lo.

²⁵⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 41-42.

²⁵⁵ Vários são os casos de pessoas que tem família em outras cidades durante anos, sem que uma soubesse da outra, tomando conhecimento apenas quando o cônjuge ofensor falece.

Nem mesmo a alegação de que não haveria um ilícito praticado, pela ausência de norma ou de princípio que o condicione, pode ser considerada²⁵⁶.

Reafirme-se o inafastável princípio da função social do contrato: embora o dever de fidelidade seja direcionado, a princípio, apenas aos cônjuges, o fato de não haver uma lei vedando a interferência no casamento alheio não significa que a norma não se estenda a sociedade. Os cônjuges devem fidelidade entre si, mas, sem a influência do terceiro, não há como violar este dever, que é reflexo do princípio da monogamia, aspirado pela sociedade brasileira atual, conforme já comprovado anteriormente.

A ilicitude se dá pela violação, não só ao princípio da monogamia – cujo corolário é a fidelidade –, mas também ao princípio constitucional da solidariedade. Isso porque existe a perspectiva de que há um dever por parte da sociedade em respeitar o contrato celebrado entre as partes e de não influenciar indevidamente na execução contratual.

Com toda a certeza, ademais, a conduta não é ética/moral; é, muito pelo contrário, totalmente oposta à ética e à moral, inclusive a dogmas religiosos tão presentes em nossa sociedade até hoje. O fato de o ato ser contra axiomas tão fundamentais decerto ofende aos bons costumes, encaixando-se na ilicitude prevista no artigo 187 da parte geral do CC/02 ora em vigência.

O fato de o adultério ter deixado de ser considerado como crime não indica que a sociedade tenha passado a admiti-lo. Indica outrossim que a prática não é tão grave quanto fora outrora, a ponto de ser considerada como crime. O que ocorreu – com toda a evolução já descrita das entidades familiares – foi uma diminuição da reprovabilidade jurídica e social diante da conduta, mas esta continua sendo reprovável.

O direito penal é a *ultima ratio*, o último recurso. Devido aos legítimos princípios da intervenção mínima, da adequação social e da fragmentariedade, o direito penal só atua quando os demais ramos jurídicos se mostram insuficientes e/ou ineficazes na proteção dos bens jurídicos mais importantes para a convivência harmônica em sociedade²⁵⁷. Se o direito civil for

²⁵⁶ Segundo Otávio Rodrigues Junior, não seria possível a transposição da doutrina do terceiro cúmplice para o casamento no direito brasileiro “por dois fundamentos: a) sua conduta não é ilícita, por ausência de norma ou de princípio que assim a condicione; b) pela inexistência de conteúdo de moralidade dominante a reprovar este ato, o que esvazia a tese da ofensa aos bons costumes.”. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 45.

²⁵⁷ “Tivemos a oportunidade de dizer que o princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo do Estado faz com que o legislador selecione, para fins de proteção pelo Direito penal, os bens mais importantes existentes em nossa sociedade. Além disso, ainda no seu critério de seleção, ele deverá observar aquelas condutas que se considerem socialmente adequadas, para delas também manter afastado o Direito Penal. Assim, uma vez escolhido os bens a serem tutelados, estes integrarão uma pequena parcela que irá merecer a atenção do Direito

suficiente na atuação, desnecessária a tipificação de determinado comportamento no campo penal²⁵⁸. “Cabe ao Direito Penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deve ser criminalmente responsabilizado. Ao Direito Civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima.”²⁵⁹.

O objeto jurídico da tutela penal era “a organização jurídica da família e do casamento”²⁶⁰. O bem jurídico protegido era a honra, a paz familiar, que não podia ser turbada. Garantia-se a ordem jurídico-familiar contra turbações causadas pelo adultério. O crime de adultério também servia como complemento do direito-dever de fidelidade, insculpido no direito civil, robustecendo-o na garantia da autenticidade da prole²⁶¹.

Assim, a tipificação do crime de adultério se coaduna muito mais com a visão arcaica, patriarcal e patrimonialista de família do Código Civil de 1916, do que com a de família eudemonista atual da Constituição e do Código Civil 2002. Por isso, deixou de ser crime, porque o objeto de sua proteção, a paz familiar, deixou de ter importância à sociedade.

A transformação jurídica não significa que o adultério tenha sido aceito como prática comum na sociedade. Não se abriu a porta à infidelidade. É nítido que o casamento e a família encontram outras formas de proteção no ordenamento jurídico, e, embora tenha deixado de ser um ilícito penal, o adultério continua sendo um ilícito civil, haja vista a manifesta violação ao artigo 1.566, inc. I, do CC/02²⁶².

Assim, a justificativa de que a descriminalização do adultério fez que este deixasse de ser um ilícito, por não ofender os bons costumes, não encontra sustentação. A uma, porque a monogamia ainda é valorizada nas sociedades ocidentais, principalmente no Brasil, onde a/o amante continua sendo “malvisto(a)”²⁶³. A duas, porque a moralidade dominante ainda reprovava

Penal, em virtude do seu caráter fragmentário.”. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008. p. 63.

²⁵⁸ “Se as consequências de uma violação contratual podem, em regra, ser compensadas através de uma demanda de direito civil e de uma indenização, a proibição através do direito penal seria severa demais” ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Grecco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35.

²⁵⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, PORTO ALEGRE, RS, V. 76, N. 1, P. 17-63, JAN./MAR. 2010. p. 26. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/13478>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

²⁶⁰ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 505.

²⁶¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 782-783.

²⁶² “O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.” ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luis Grecco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33.

²⁶³ Rodrigo da Cunha Pereira de forma brilhante reproduz o pensamento da sociedade brasileira: “A amante, amásia – ou qualquer nomeação que se dê a pessoa que, paralelamente ao vínculo do casamento, mantém outra relação, uma segunda ou terceira, será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar oficial em uma sociedade monogâmica.”. PEREIRA, Rodrigo. *Concubinato e União estável*. 7. ed. rev. e atual Belo Horizonte: Del Rey 2004. p. 63.

o ato, tanto do cônjuge quanto do respectivo cúmplice. Aliás, a depender do caso, a sociedade tende a reprovar ainda com mais severidade a conduta do cúmplice²⁶⁴. Como dito anteriormente, vivemos em tempos paradoxais: muito embora a infidelidade tenha-se tornado lugar-comum, ela também continua sendo considerada como reprovável, ainda hoje, na sociedade brasileira.

Em tese, decerto não existe um dever de não violar o casamento alheio, tratando-se muito mais de uma norma moral dirigida ao terceiro, externo a relação conjugal. Pensando dessa maneira, o terceiro cúmplice não atuaria de forma imediata na violação do dever de fidelidade, a bem da verdade, visto que o dever é direcionado apenas aos cônjuges.

Contudo, como já comprovado anteriormente, sob o princípio da função social do contrato, a regra deveria ser interpretada como não interferência no casamento. Ao violar o dever de fidelidade, o terceiro estaria ferindo, nesse aspecto, o princípio da solidariedade.

Não se está afirmando aqui que as pessoas, seres emotivos, possam controlar seus sentimentos; mas, certamente, podem controlar suas atitudes, principalmente, sob a legítima reflexão de que os comportamentos podem afetar outros, inclusive uma família inteira. O cônjuge sempre, ressalte-se sempre, possui a responsabilidade primeira pelo cumprimento do dever, já que o dever de fidelidade fora dirigido diretamente a ele. Em aspectos quantitativos imediatos, não parece irrazoável imputar um percentual de 85% (oitenta e cinco por cento) ao cônjuge.

Não há como violar o dever de fidelidade, sem a participação de um terceiro. A violação do dever de fidelidade é uma típica interferência de um terceiro na execução de um contrato, considerando-se a natureza híbrida do casamento.

Por essa razão, se o cônjuge infiel ostenta a condição de casado ou de convivente e se esta é conhecida pelo terceiro, não há porque eximir o terceiro da responsabilidade pelo ato, ainda que o dever de fidelidade não tenha sido dirigido diretamente a ele.

Não se intenta, com a defesa aqui sustentada, julgar o comportamento do terceiro, tampouco criticá-lo ou censurá-lo. A análise cinge ao envolvimento no ato, o qual não seria possível sem o terceiro.

²⁶⁴ O Brasil é uma sociedade extremamente machista. Por este motivo, quando o homem trai, a sociedade tende a abrandar seu comportamento, rotulando o mesmo de “normal ou esperado”. Por outro lado, a mulher, a amante, além das mais diversas denominações depreciativas (teúda e manteúda, interesseira, etc), normalmente é execrada pela sociedade. Uma música intitulada “amante não tem lar” demonstra com clareza o desprezo que a sociedade ainda, em 2017, ano do lançamento da música, tem por este tipo de comportamento nos seguintes versos: “Ninguém me respeita nessa cidade/Amante não tem lar/amante não vai casar.”.

Por demonstrar, de forma precisa e sucinta, todos os pontos trazidos merece destaque o comentário de Felipe Raminelli Leonardi do julgamento do REsp 1.122.547/MG pelo STJ, no qual se discutia a responsabilidade civil de “amante” em razão de traição:

O surgimento da família em sentido amplíssimo é causado por ato lícito formal previsto em normas jurídicas (casamento) ou mesmo por relações de fato reconhecidas também pela ordem jurídica (união estável e com alguns efeitos já reconhecidos as uniões homoafetivas). [...] É, portanto, relação jurídica que existe e se expõe na dinâmica da vida e, por isso, deve ser respeitada pelos demais sujeitos que dela não são parte. Há, assim, dever geral de abstenção dos demais sujeitos no sentido de praticar qualquer ato potencialmente prejudicial a sua vocação natural como fenômeno jurídico e social. Qualquer atitude voltada a prejudicar seu regular desenvolvimento deve ser neste sentido considerada como ato ilícito. [...] O comportamento do amante nega uma realidade reconhecida e valorada pelo direito da qual tem o dever geral de se abster de qualquer tipo de comportamento interventivo. Diante destas breves ponderações parece ser perfeitamente possível enquadrar o comportamento de pessoa que mantém relação com outra casada como ofensor da família em sentido amplíssimo e, por isso, configurar ilícito aquiliano que atrai a incidência dos arts. 186 e 927 do CC/2002. Nesta perspectiva caberia ao marido ou convivente que teve sua esfera personalíssima ofendida demonstrar simplesmente a relação existente entre ex-esposa e amante, cabendo por outro lado a este último, como forma de objeção da pretensão indenizatória do marido, provar o desconhecimento por completo ou a impossibilidade de ter conhecimento da relação estável, duradoura e manifestada no ambiente social existente entre marido e ex-esposa.²⁶⁵

A questão, como se viu, é de extrema complexidade. Para além dos casos em que há atos atentatórios a honra, imagem ou reputação do cônjuge traído, dos pressupostos trazidos, verifica-se a necessidade de analisar o caso concreto, para afirmar se o terceiro cúmplice deve ou não ser condenado pela violação do dever de fidelidade, não sendo, de todo, impossível a responsabilização pela infidelidade conjugal ocorrida.

Percebe-se que, ao contrário do que parte da doutrina afirma, apesar de a teoria do terceiro cúmplice ter sido criada e desenvolvida com cunho exclusivamente patrimonial, não há nenhum impedimento de sua aplicação nas relações matrimoniais. A uma, porque a doutrina mais atual conceitua o casamento com uma natureza híbrida, de contrato especial. A duas, porque não há como se violar o dever de fidelidade, sem que haja um terceiro, estranho, à relação. A três, porque pode haver, sim, dano de natureza patrimonial. A quatro, porque os danos extrapatrimoniais merecem ser indenizados assim como os patrimoniais. A cinco, porque, embora o dever de fidelidade seja dirigido diretamente aos cônjuges, há conduta ilícita praticada pelo terceiro, de acordo com o artigo 187, do CC/02, na medida em que se violam

²⁶⁵ LEONARDI, Felipe Raminelli. Ensaio sobre possíveis opções dogmáticas para viabilidade de pretensão indenizatória do cônjuge ou convivente traído em face de amante: breves comentários ao REsp 1.122.547/MG. *Revista de Direito Privado*, n. 42, p. 372-373, abr./jun. 2010.

tanto a moral dominante na sociedade brasileira quanto o princípio da solidariedade, conforme se buscou demonstrar.

2.4 Os efeitos da infidelidade conjugal na vida do ofendido

Para averiguar a possibilidade dos danos morais por infidelidade conjugal, é necessário, primeiro, verificar a existência da infidelidade e os danos que esta pode causar na vida do ofendido.

Uma das dores emocionais tidas entre as mais devastadoras é a vivenciada por uma pessoa traída pelo cônjuge. Não há dúvidas de que a descoberta de uma infidelidade é uma das piores experiências que se pode vivenciar. Pessoas que passaram pela experiência descrevem-na como uma faca atingindo e partindo o coração. Outras dizem que fora como se o chão tivesse aberto sob os seus pés²⁶⁶. Várias são as descrições deste evento, e todas com um efeito negativo da vida da pessoa.

Um estudo publicado em 2006²⁶⁷ já informava que as mulheres casadas com homens viciados em sexo, quando descobriam a infidelidade de seus cônjuges, experimentaram sintomas de estresses semelhantes aos vividos por indivíduos com o transtorno de estresse pós-traumático (TEPT)²⁶⁸. É o mesmo trauma que se verifica em indivíduos que sofreram com eventos de extrema gravidade, tais como guerras, sequestros e cataclismas naturais. Ou seja, mesmo sabendo que seus maridos possuíam um alto padrão de infidelidade, a traição contínua da confiança no relacionamento era o maior dano em si. É, portanto, a traição reiterada da confiança no relacionamento que mais prejudica o parceiro.

²⁶⁶ No Filme *The Women* (Em português, *Mulheres – O Sexo Forte*), de 2008, há uma cena em que a personagem de Meg Ryan, Mary Haines, tem um diálogo com sua mãe, Candice Bergen atuando como Catherine Frazier, e lhe conta que descobriu a infidelidade do marido. Diz à mãe que vai mandá-lo embora, e a mãe lhe diz para não fazer nada. Inconformada, ela diz que a mãe não sabe como ela está se sentindo. A mãe, então, responde, descrevendo de forma bem sintética os sentimentos de quem descobre uma infidelidade: “É como se alguém tivesse chutado o seu estômago? É como aquele sonho que você cai e quer acordar antes de atingir o chão, mas tudo está fora do seu controle? Parece que o seu coração parou de bater? Você sente que não pode confiar em mais ninguém. Ninguém é quem afirma ser. Sua vida mudou para sempre. A única coisa boa dessa experiência ruim, é que ninguém mais vai partir seu coração assim.”. Na cena, a filha fica sabendo que a mãe também fora traída pelo seu pai, e a mãe responde que nunca contou a ela, para que a filha amasse o pai.

²⁶⁷ STEFFENS, Barbara A. e RENNIE, Robyn L. (2006). The Traumatic Nature of Disclosure for Wives of Sexual Addicts. *Sexual Addiction & Compulsivity - The Journal of Treatment & Prevention*, v. 13, fev. 2006. p. 247-267. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10720160600870802?journalCode=usac20>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

²⁶⁸ No original um post-traumatic stress disorder (PTSD).

Conforme indicado no item 1.2, os estudos da psicanálise sobre os efeitos da infidelidade na vida do ofendido ainda são bem recentes. Até porque os estudos se resumiam, praticamente, aos efeitos negativos que a separação e o divórcio provocavam na vida das pessoas, limitando-se aos dois temas²⁶⁹ e subestimando os efeitos que a infidelidade provocava no indivíduo.

Contudo, já existe uma crescente escola²⁷⁰ de pensamento que a descoberta da infidelidade de um parceiro seria um dos eventos conjugais humilhantes²⁷¹, justamente denominados de HMEs (Humiliating Marital Events – Eventos Conjugais Humilhantes, em tradução nossa)²⁷². Sendo a infidelidade considerada como mais severo deles, pode ser um evento psicologicamente traumático suficientemente significativo para desencadear o transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) ou o episódio de depressão severa (em inglês Major Depressive Episode – MDE), cujos sintomas clássicos – como a ansiedade, a depressão e até mesmo a ideação suicida – também são verificados em pessoas que descobriram uma infidelidade de seu parceiro.

A verdade é que, a maioria das pessoas que descumprem o dever de fidelidade, embora intuitivamente saibam os danos potenciais da traição, não percebem os efeitos profundos que o comportamento pode causar na integridade psicofísica de seu parceiro.

Na pesquisa dos doutores Annmarie Cano e Daniel O’Leary, feita com 25 mulheres que sofreram algum tipo de HME e com 25 mulheres que não sofreram qualquer tipo de HME, 44% das que pertenciam ao primeiro grupo revelaram que descobriram a infidelidade do marido.

²⁶⁹ O doutor Coyne, já em 1976, foi um dos primeiros pesquisadores a estudar a relação entre a depressão e o rompimento nos relacionamentos interpessoais. CANO, Annmarie; O’LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000. p. 774.

²⁷⁰ Vários psicanalistas vêm estudando os efeitos negativos da infidelidade na vida conjugal e os respectivos danos. Entre os pioneiros, estão os professores O’Leary e Geiss, que em, 1981, publicaram na renomada JSPR – *Journal of Social Personal Relationship*, um artigo intitulado “Therapist ratings of frequency and severity of marital problems: Implications for research”. Outros estudiosos do tema são os professores Jennifer Christian Herman, K. Daniel O’Leary que, desde 1994, estudam a relação entre a depressão feminina e os problemas conjugais, para pessoas que nunca tiveram um episódio depressivo antes. Comprovou-se que 38% das pessoas que participaram do estudo, depois de 4 semanas da descoberta da infidelidade, tiveram um episódio de depressão severa. O número chama atenção por ser significativamente maior do que aquele de pessoas que tiveram episódios de depressão por outros motivos. A partir desses estudos, várias pesquisas nesse campo foram feitas, e diversas outras publicações demonstraram o dano psicológico e físico que a descoberta da infidelidade pode produzir. CANO, Annmarie; O’LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000. p. 774-775.

²⁷¹ Os outros eventos que podem ser citados são a ameaça de separação e a violência doméstica.

²⁷² Os “eventos humilhantes” são eventos de vida que desvalorizam o indivíduo em relação a si próprio e aos outros. Os HMEs são eventos humilhantes advindos de uma relação conjugal. Um estudo do Doutor Brown verificou que, em 31% dos casos de eventos humilhantes, desencadeava-se um conjunto de sintomas depressivos em mulheres, sendo que a maioria desses eventos humilhantes ou desvalorizastes ocorriam dentro de uma relação conjugal. CANO, Annmarie; O’LEARY, K. Daniel. Op.Cit. p. 775.

Outro dado importante, conforme se verifica do anexo A, é que 72% das mulheres do primeiro grupo – ou seja 18 das 25 – foram diagnosticadas com algum dos sintomas de episódio severo de depressão, contra apenas 12% das mulheres do segundo grupo, ou seja 3 das 25²⁷³. São dados preocupantes, pois comprovam que mais de três quartos do grupo que sofrera algum tipo de HME foram diagnosticados com depressão²⁷⁴. Isso comprova os intensos e profundos males que a infidelidade pode causar ao parceiro.

Tanto o TEPT quanto o MDE são distúrbios psicológicos muito graves, com efeitos potencialmente desastrosos no longo prazo, tanto para a mente quanto para o corpo.

A reação depressiva tem sido muitas vezes originada por casos de traição entre casais. Apesar de ter-se a consciência de que todo o ser humano é susceptível à traição, nunca se está preparado para enfrentar uma situação deste gênero.

Uma outra pesquisa sobre o assunto, mais aprofundada e recentemente publicada, verifica justamente as consequências da infidelidade sobre a saúde mental e corporal do cônjuge ofendido. Os resultados revelam que a descoberta da infidelidade pode gerar graves²⁷⁵ danos tanto à saúde mental quanto à saúde física.

Os Doutores M. Rosie Shrout e Daniel J. Weigel destacam que, apesar de a infidelidade ocorrer em 20-25% dos casamentos, já estava comprovado que, em grande parte dos casos, aquele que não está sabendo ou não está envolvido na mesma, ao descobrir, acaba desenvolvendo sintomas de depressão, ansiedade, baixo-estima e falta de confiança no seu desempenho sexual. Somam-se comportamentos prejudiciais a própria saúde física, como transtornos alimentares, maior uso de drogas e álcool e a prática de sexo sem segurança²⁷⁶. É notório, assim, que, muitas vezes, a descoberta da infidelidade conjugal, além de estressante,

²⁷³ CANO, Annmarie; O'LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000. p. 777.

²⁷⁴ CANO, Annmarie; O'LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000. p. 780.

²⁷⁵ Os doutores M. Rosie Shrout e Daniel J. Weigel publicaram um recente artigo na renomada *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, sobre um estudo realizado com 232 pessoas que haviam sofrido uma traição três meses antes. A Doutora Rosie, gentilmente, enviou um e-mail direto à autora desta tese, com uma cópia do resultado da pesquisa. O estudo é significativamente intitulado “Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity” (em tradução livre: “As conseqüências da infidelidade: Avaliações, saúde mental e comportamentos comprometidos com a saúde após a infidelidade de um parceiro”). Nele, são fornecidos, detalhadamente, os danos sociais, psicológicos e físicos que a traição provoca na vida do ofendido. SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

²⁷⁶ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*. p. 2. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

pode desencadear consequências nocivas, muitas vezes comprometendo a própria saúde do parceiro.

Os estudos comprovam que a infidelidade é um dos eventos mais angustiantes e prejudiciais aos casais que a enfrentam, sendo um dos problemas mais difíceis de tratar com a terapia²⁷⁷. A Doutora Ana Maria Fonseca Zampieri, com mais de 30 anos de experiência de terapia de casais informa que este é um dos temas mais dolorosos de se tratar²⁷⁸.

Muitos casais que procuram terapia relatam que a ocorrência de um caso extraconjugal gera sentimentos de raiva, abandono e vitimização àquele que foi traído, tornando o nível de agressividade entre o casal muito alto. Além disso, os estudos demonstram que esses estressores conjugais precipitam os referidos “Episódios Depressivos Severos – MDE’s²⁷⁹ e que sintomas psicológicos se apresentam logo, de um a seis meses após ter enfrentado uma infidelidade, prosseguindo por outros longos dezesseis meses²⁸⁰.

A infidelidade é vista como um ato contra o casamento, com o rompimento dos acordos conjugais, e principalmente, com a quebra da confiança, sendo julgada como um comportamento negativo, mesmo em diferentes concepções sociais e culturais²⁸¹.

É claro que cada pessoa terá uma reação diferente quanto a este fato²⁸², a depender de uma gama de fatores. Assim, entre tantos fatores, figuram o gênero²⁸³, o tipo e o tempo da

²⁷⁷ GORDON, K. C.; BAUCOM, D. H.; SNYDER, D. K. (2004). *An integrative intervention for promoting recovery from extramarital affairs*. *Journal of Marital and Family Therapy*, 30, p. 213–231, apud SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

²⁷⁸ “A infidelidade sexual é no plano psicológico, uma das forças mais dissociadoras do aspecto emocional do casal.” ZAMPIERI, A. M. F. Erotismo, Sexualidade, Casamento e Infidelidade: Sexualidade Conjugal e Prevenção do HIV e da AIDS. São Paulo: Agora, 2004 apud SCABELLO, Edilaine Helen. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 82.

²⁷⁹ No original um major depressive episode (MDE).

²⁸⁰ CANO, Annmarie; CHRISTIAN-HERMAN, Jennifer; O’LEARY, K. Daniel; AVERY-LEAF, Sarah. Antecedents and consequences of negative marital stressors. *Journal of Marital and Family Therapy*, v. 28, n. 2, p. 145-151, Abr. 2002. p. 145.

²⁸¹ “A infidelidade não está no sexo, necessariamente, mas no segredo. É razoável supor que alguém que esteja mentindo a outra pessoa não está tentando criar proximidade, intimidade ou entendimento. As mentiras podem trazer conforto ou paz temporários para um relacionamento, permitir saídas rápidas, mas ao custo de fomentar desconfiança, desentendimento e distancia emocional” ZAMPIERI, A. M. F. Op. cit. p. 169.

²⁸² Pesquisas recentes investigaram a possibilidade de crescimento pós-traumático após experimentar algum estressor de relacionamento, como a dissolução de relacionamento. É também, verificou-se casos, embora em número bem menor, quase insignificante de pessoas que experimentaram crescimento após o trauma da infidelidade. SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017. p. 20-21.

²⁸³ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017. p 5.

relação²⁸⁴, as expectativas existentes, as experiências passadas, a forma de ver a vida²⁸⁵, a criação, a saúde, a religião e a sociedade em que ela vive²⁸⁶. Logo, tanto as características pessoais quanto o ambiente, e até mesmo aspectos da própria relação, certamente, irão influenciar a severidade com que aquele evento irá atingir o ofendido²⁸⁷.

É interessante ressaltar que muitos defendem que uma vez descoberta a infidelidade a pessoa tem a opção de se separar, não sendo obrigada a permanecer naquele relacionamento, como se este fosse um caminho mais fácil, e que resolveria todos os problemas. Entretanto, dois pontos precisam ser levados em conta. O primeiro é que muitas vezes o ofendido não pode, nem deseja, se separar, por amplos motivos de dependência econômica, de religião, de filhos, de imagem social, entre tantos. O segundo é que já fora cientificamente comprovado que os efeitos do estresse causado pela separação, apesar de serem extremamente negativos, ainda são menores do que os efeitos do estresse causado por uma separação que fora provocada, justamente, por um ato de infidelidade²⁸⁸. Aqui, o efeito é ainda mais devastador, porque há um sofrimento adicional: além da separação, já extremamente dolorosa na maioria dos casos, há também a descoberta da traição²⁸⁹. Embora a separação e o divórcio possam estar associados a

²⁸⁴ “Os parceiros não envolvidos que tiveram relações mais longas com o parceiro infiel também relataram ter mais consequências para a saúde mental após a infidelidade.” SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017. p. 11.

²⁸⁵ Indivíduos traídos que possuem um maior apoio social, uma maior autoestima e autoconfiança, maior otimismo da vida ou um maior senso de coerência podem experimentar menos problemas de saúde mental e menos comportamentos nocivos à saúde após a infidelidade de um parceiro. SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017. p. 21.

²⁸⁶ “Essa percepção pode estar relacionada à concepção que se dá para o ato de trai e aos significados sociais que a infidelidade possui e que provocam sofrimento, principalmente à pessoa traída COSTA, Crístopher Batista da; CENCI, Cláudia Mara Bosetto. *A relação conjugal diante da infidelidade: a perspectiva do homem infiel*. Pensando fam., Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 19-34, jun. 2014. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2014000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2017.

²⁸⁷ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J., op. cit. p. 2-3.

²⁸⁸ CANO, Annmarie; CHRISTIAN-HERMAN, Jennifer; O’LEARY, K. Daniel; AVERY-LEAF, Sarah. Antecedents and consequences of negative marital stressors. *Journal of Marital and Family Therapy*, v. 28, n. 2, p. 145-151, Abr. 2002. p. 149.

²⁸⁹ Os doutores M. Rosie Shrou e Daniel J. Weigel demonstram estudos que a separação motivada por uma infidelidade criam um estresse a mais: “Further, relationship dissolution is already a highly stressful situation (Field, Diego, Pelaez, Deeds, & Delgado, 2009) and dissolution after infidelity creates additional distress, leading to poorer mental health outcomes (Kitson, 1992). We would therefore suspect that whether or not noninvolved partners continued the relationship with their unfaithful partners might moderate the links between noninvolved partners’ appraisals, mental health, and health-compromising behaviors after infidelity.” Em tradução livre: “Além disso, a dissolução da relação já é uma situação altamente estressante (Field, Diego, Pelaez, Deeds e Delgado, 2009) e a dissolução após a infidelidade criam sofrimento adicional, levando a resultados de empobrecimento maiores de saúde mental (Kitson, 1992). Portanto, suspeitamos que, independentemente de os parceiros não

sintomas depressivos, o sofrimento pode tornar-se muito menos importante quando há uma infidelidade que provocou a separação.

A psicologia vem comprovando que, quando a infidelidade é descoberta, o indivíduo pode ter dois comportamentos: ou ele se culpa pelo ocorrido, como se ele tivesse provocado toda a situação, ou ele culpa o parceiro. No primeiro caso, são comuns pensamentos autodepreciativo, tais como “não estava agradando mais o meu parceiro”, “estava acima (ou abaixo) do peso”, e “não estava dando a devida atenção ao relacionamento”. No segundo, o indivíduo acaba perdendo a confiança nas pessoas e nos relacionamentos, desconfiando de tudo. O que se percebe é que, nos dois casos, há danos ao bem-estar físico e mental do ofendido²⁹⁰.

A infidelidade foi considerada como o maior estressante conjugal, já que, quando descoberta, desencadeia reações emocionais negativas, como a depressão e ansiedade, além de efeitos no corpo (perda ou ganho de peso repentinos). Somam-se como sentimentos negativos, como de vergonha, baixo-estima, ira e vitimização²⁹¹.

Além disso, as mulheres tendem a ser mais afetadas que os homens²⁹². Nelas, a culpa é um sentimento muito frequente, provável reflexo das repressões sexuais seculares e também do

envolvidos continuarem, o relacionamento com seus parceiros infiéis, pode se moderar os vínculos entre avaliações de parceiros não envolvidos, saúde mental e comportamentos comprometidos com a saúde após a infidelidade.” SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017. p. 5-6.

²⁹⁰ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017, p. 3-4

²⁹¹ Apenas a título informativo, é interessante observar que há também efeitos sobre a pessoa do ofensor, conforme muito bem ressaltado pela Doutora Edilaine Helena Scabello, desencadeados, principalmente pelo arrependimento de seu ato: “(...) entre os cônjuges que cometeram a infidelidade sexual sentimentos como: culpa, confusão, medo do desmascaramento, medo de que o fato se repita e que resulte em instabilidade emocional. Sentimentos como amor, ódio, luxúria, repulsão, inveja, culpa, piedade, aversão, admiração, dependência e medo compõem a dinâmica conjugal e o ato da infidelidade sexual pode vir seguido de sentimentos de culpa, temor e ira contra o parceiro que foi traído, num esforço para responsabilizá-lo da própria infidelidade. Foi relatado o medo de contrair doenças sexualmente transmissíveis como a AIDS e o HPV (Papilo Humano Vírus), especialmente pelos mais jovens, bem como o medo de engravidar, no caso das mulheres. Com menos frequência, alguns estimularam o cônjuge a ser infiel, no intuito de minimizarem o sentimento de culpa; passaram a desacreditar em seus relacionamentos. É comum que as pessoas dominadas pela culpa, depois de uma infidelidade, se distanciem do companheiro que nada suspeita, cujo amor faz com que se sintam ainda mais culpadas e, ao mesmo tempo, procure a única pessoa que pode aliviar a culpa: o que foi cúmplice no ato, aquele que pode assegurar que nada de errado foi feito. Nestas situações, a culpa pode solapar o casamento e alimentar as relações extraconjugais.” SCABELLO, Edilaine Helen. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 83.

²⁹² Segundo os doutores Annmarie Cano e Daniel K O’LEARY, as mulheres, em particular, podem ser mais sensíveis a essas questões, por serem acostumadas a se preocuparem com o bem-estar da relação, o que desencadearia reações como vergonha e depressão. No Original: “Self-in-relation theory suggests that women in particular may be sensitive to marital disruptions or dissolutions because they derive a sense of well-being from their roles in intimate relationships with others.” CANO, Annmarie; O’LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000.

condicionamento sociológico de serem as responsáveis por todos os problemas, fracassos e dificuldades do casamento. Com isso, as mulheres acabam experimentando mais consequências para a saúde mental, o que também pode resultar em mais comportamentos nocivos à saúde, porque sua autoestima e identidade podem ter sido prejudicadas pela infidelidade²⁹³.

A depressão pós-traição constitui, portanto, uma “reação depressiva” ou “depressão “reativa”, com sentimentos que refletem fisiológica e psicologicamente. Sintomas típicos, muitas vezes percebidos em pessoas que descobriram uma infidelidade conjugal, são a perda de interesse em atividades apazíveis, a dificuldade em se concentrar, o cansaço geral, a perda de energia (anergia), o desânimo, a dificuldade em conciliar o sono ou a necessidade incontrolável de dormir, o ganho ou a perda de peso significativa, a apatia, o sentimento de culpa excessivo ou indevido, a tristeza, os sentimentos de desvalorização, de inutilidade e de desesperança, a irritabilidade. E o mais grave: pensamentos repetidos sobre ideias de morte ou suicídio (ideação suicida). A anedonia²⁹⁴ fora um dos sintomas da reação depressiva mais encontrados em indivíduos que sofreram uma infidelidade conjugal. Esses sintomas, geralmente, acabam sendo somatizados, aumentando as chances de à susceptibilidade à doença²⁹⁵. Há alguns relatos, embora raros, de ocorrência de infartos do miocárdio desencadeados devido à revelação da infidelidade do parceiro²⁹⁶.

Com base nesse conjunto de pesquisas que liga diretamente o estresse gerado à descoberta da infidelidade, vê-se claramente a associação desta aos danos à saúde do indivíduo, incluindo o envolvimento em comportamentos nocivos à própria, tais como o aumento do consumo de álcool, cigarros e drogas, bem como de relações sexuais sem proteção, deixando o indivíduo vulnerável e mais suscetível às doenças sexualmente transmissíveis.

²⁹³ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017. p. 19.

²⁹⁴ A anedonia é um distúrbio psicológico que provoca a perda do interesse em atividades que costumavam ser agradáveis, bem como a redução da capacidade de sentir prazer. Isso pode ocorrer devido a um evento traumático, uma grande capacidade de estresse ou ansiedade na vida da pessoa, diminuindo a qualidade de vida. Pode ser anedonia social, desinteresse no contato social e falta de prazer nas situações sociais, ou anedonia física, incapacidade de sentir prazeres tácteis, como comer, tocar ou sexo. Trata-se de um sintoma da depressão severa, mas nem todos os deprimidos experimentam a anedonia. Disponível em: <<http://www.anhedoniasupport.com/what-is-anhedonia/>> e

<<https://www.healthline.com/health/depression/anhedonia>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

²⁹⁵ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. p. 4.

²⁹⁶ SCABELLO, Edilaine Helen. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 84.

Isso tudo comprova que a infidelidade é uma das transgressões de relacionamento mais graves e prejudiciais, causando sofrimento, raiva e diminuição da autoestima para o parceiro ofendido, que pode ocorrer independentemente de os parceiros permanecerem juntos ou não.

Além de relatarem um aumento na depressão, na ansiedade e na angústia, em média, os participantes relataram um aumento em mais de 3 (três) comportamentos comprometedores à saúde, com aumentos variando de 0 (zero) a 13 (treze) comportamentos. Os aumentos mais frequentes nos comportamentos nocivos à saúde foram redução, e até mesmo interrupção, alimentar (45%), consumo de álcool (44%), excesso de exercício (29%), relações sexuais sob a influência de drogas ou álcool (27%) e uso de maconha (19%)²⁹⁷.

Ademais, esses estudos não só demonstram a associação entre a infidelidade e a saúde física, mas também ilustram os vínculos entre saúde mental, saúde física e comportamentos que comprometem a saúde, estando estes inter-relacionados. Não há como a infidelidade, sendo um dos mais severos eventos conjugais humilhantes, não afetar pelo menos um desses elementos, se não os três simultaneamente.

A verdade é que o resultado da pesquisa demonstrou níveis altos para os sintomas de depressão, ansiedade e angústia gerados após o conhecimento da infidelidade, comprovando haver consequências à saúde mental e física do ofendido²⁹⁸.

O que se verifica é que até os estudos dos Doutores M. Rosie Shrout e Daniel J. Weigel, as pesquisas se referiam aos efeitos negativos que a separação/divórcio e outros problemas de relacionamento provocavam na vida dos envolvidos, nunca sendo estudado especificamente a questão da infidelidade. O estudo específico revelou a associação entre a depressão, a ansiedade e a angústia, de um lado, com a infidelidade conjugal, de outro. O estudo demonstrou, ainda, como se afetou, negativamente, a saúde física e mental, com os indivíduos vivenciando reações negativas à infidelidade do seu parceiro. Isso derradeiramente veio a comprovar a existência da relação entre a saúde física e mental e dos comportamentos nocivos à saúde, após a descoberta da infidelidade. Comprova-se, ademais, que a infidelidade viola a saúde física, mental, bem como seu comportamento frente a própria sociedade. Trata-se de problemas mentais que são, atualmente, reconhecidos como transtornos de saúde. Com essas pesquisas, os impactos das HMEs podem ser mais bem tratados clinicamente²⁹⁹.

²⁹⁷ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Op. cit. p. 11.

²⁹⁸ SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Op. cit. p. 10.

²⁹⁹ Os Estudos comprovaram que os HMEs podem desencadear os transtornos de ansiedade DSM-IV. As pesquisas realizadas serviram de base para um diagnóstico mais claro e preciso para o tratamento. CANO, Annmarie; O'LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of

Também não se pode olvidar da questão das doenças sexualmente transmissíveis – as citadas DST's –, muitas vezes contraídas em direta consequência de uma infidelidade conjugal. Há de se lembrar que, como dito anteriormente, a questão do crescimento verificado de doenças graves, como a sífilis e a AIDS nos últimos anos, principalmente em casais heterossexuais³⁰⁰, demonstra que a infidelidade conjugal é um risco também à saúde do parceiro, que pode levar até mesmo à morte. Trata-se de uma questão de segurança da vida do parceiro.

Os resultados das pesquisas supracitadas demonstram que, muitas vezes, há a necessidade de uma intervenção médica eficaz nas pessoas que sofreram HMEs³⁰¹, para ajudá-las a lidar com sentimentos de traição, humilhação e vergonha que estão associados aos sintomas de uma depressão severa. Estão muito bem demonstrados, portanto, os males que a infidelidade pode causar a saúde, física e mental do ofendido, além de possíveis comportamentos que podem colocar em risco a saúde dele, sendo a depressão uma doença séria, que tem levado várias pessoas até mesmo a morte.

Outro ponto que deve ser levado em conta é a questão social; ou seja, como a infidelidade pode afetar o ofendido em sua vida particular. Muitas vezes, a infidelidade pode atingir o ofendido no seio familiar, quando, por exemplo, ela acontece com alguém com quem a vítima tenha alguma relação de parentesco, ou, ainda, no seu círculo social, quando sua ocorrência se dá no ambiente de trabalho, com alguma pessoa próxima ao ofendido, amigos ou vizinhos, ou seja, dentro da comunidade em que vivem. Há os casos em que a infidelidade é divulgada nas redes sociais, com fotos e com provocações, com a clara finalidade de atingir a vítima. Outra situação é no caso de pessoas famosas, quando a infidelidade é divulgada em programas e revistas de fofocas, invadindo a privacidade do casal e, mais ainda, expondo a

nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000.

³⁰⁰ “Desse modo, o estudo de Zampieri (2004) aponta para uma questão vital: os gêneros, a infidelidade, as doenças sexualmente transmitidas e a morte. A autora diz que infidelidade sexual é um elemento importante para o trabalho da prevenção do HIV nos casamentos; que muitos tabus e preconceitos precisam ser revistos ou quebrados e; que o silêncio sobre os tabus da infidelidade sexual é o grande aliado para o aumento progressivo de esposas brasileiras infectadas pelo HIV, ou doentes com AIDS. Quebrar o silêncio da infidelidade sexual considerada criminosa enquanto um veículo de infecção do HIV é quebrar o silêncio que leva os seres humanos à subordinação e ao poder da ignorância.” SCABELLO, Edilaine Helen. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 87-88.

³⁰¹ “Além disso, as intervenções podem ser capazes de resolver a perda de apoio social do marido. Após uma revisão da literatura, fora recomendando que abordagens cognitivo-comportamentais e de sistemas fossem incluídas na terapia conjugal após um tipo de evento humilhante (ou seja, infidelidade) se ambos os parceiros estiverem comprometidos com o casamento. As terapias individuais ou em grupo podem ser uma alternativa para as mulheres que não queira ou se sintam incapazes de continuar a relação conjugal.” CANO, Annmarie; O'LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000. p.780.

vítima ao escárnio social³⁰². Não há como negar a situação vexatória pela qual o ofendido passa, ao ser atingido em sua imagem. A humilhação, nesses casos, é inegável no sentido mais direto do termo.

Há também a questão dos filhos que se sentem traídos e podem levar isso para o resto da vida, até mesmo em seus relacionamentos, o que se pode considerar como um dano em ricochete. Quando o filho descobre a traição do pai ou da mãe, desencadeiam-se várias reações, que, embora variem conforme a idade, sempre causam muito sofrimento. Os adolescentes, por serem mais suscetíveis, tendem a ficarem abalados emocionalmente, podendo até mesmo adoecerem, por não terem o hábito de conversarem com seus pais. Além do mais grave, a perda da confiança no genitor infiel. Crianças mais jovens tendem a se culpar pelo comportamento dos pais e ainda podem sofrer alienação parental, pelo cônjuge traído, que acaba utilizando a criança como arma de sua vingança.

Ao fim e ao cabo, a infidelidade sempre causará algum impacto na vida dos envolvidos, podendo este ter uma maior ou menor intensidade. E pelo que se verifica, pelos resultados das pesquisas aqui trazidas, está comprovado que a descoberta da infidelidade, de alguma forma, poderá ter um impacto poderoso à integridade psicofísica do ofendido. As pesquisas realizadas nas últimas décadas fornecem evidências que sugerem que a infidelidade pode, de fato, levar a doenças. Essas pesquisas sugerem que a infidelidade pode ser um fator no desenvolvimento de doenças mentais e também pode ter consequências para a saúde física de uma pessoa. Não há como negar a violação a integridade psicofísica do ofendido, sendo clara a responsabilidade do ofensor.

Diante dessas informações, vê-se que não há como o Direito negligenciar essa questão que afeta diretamente o bem-estar (psicológico e até mesmo físico) do ofendido.

³⁰² Vários são os casos em que os *papparazi* perseguem os famosos para divulgar fotos de traições. Um dos casos que tomou grandes proporções em 2016 foi o da traição do comediante Marcelo Adnet, casado com a comediante Dani Calabresa. Adnet já tinha sido flagrado pelos *papparazi* em novembro de 2014, quando em 2016 foi flagrado beijando outra mulher. Como a esposa já havia o perdoado uma vez, as revistas, blogs e programas de televisão especializados em fofoca foram implacáveis com a humorista, ironizando a situação.

3 EFEITOS JURÍDICOS DA INFIDELIDADE CONJUGAL

3.1 Teorias que conceituam o dano moral

Embora não seja o escopo deste trabalho, até mesmo pela riqueza do tema³⁰³, tentaremos, em poucas linhas, fornecer um panorama do dano moral, bem como delinear as teorias que o conceituam.

A doutrina majoritária reconhece que o dano moral atinge a pessoa no que ela é, no seu ser e na sua personalidade. O bem jurídico atingido seria a pessoa em si, seus ideais, sua honra, sua imagem, suas virtudes, sua reputação, sua integridade física e psíquica e sua liberdade – todos são bens esses que não têm preço, visto que integram o patrimônio ideal do lesado³⁰⁴. É diferente do dano material, que atinge a pessoa diretamente no que ela efetivamente possui³⁰⁵, com estrita valoração econômica. Em ambos os casos, a vítima se encontra em posição pior do que a que estava antes do evento danoso.

Nos ensinamentos de João de Matos Antunes Varela:

[...] ao lado destes danos pecuniariamente avaliáveis há outros prejuízos (como dores físicas, os desgostos morais, os vexames, a perda de prestígio ou de reputação, os complexos de ordem estética) que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens (como a saúde, o bem-estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome) que não integram o patrimônio do lesado, apenas podem ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma satisfação (*Genugtuung*) do que uma indenização. A estes dá-se usualmente o nome de danos morais³⁰⁶

O dano moral é a ofensa aos direitos da personalidade, que, com o advento da Constituição de 1988 e com a conseqüente necessidade de se tutelar a dignidade da pessoa humana, passou a proteger a vítima e a legitimamente permitir a reparação de danos não patrimoniais³⁰⁷.

³⁰³ Sobre o tema nos remetemos a obra de Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003.

³⁰⁴ Sobre o tema nos remetemos a obra de Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 155.

³⁰⁵ “A diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso.” Sobre o tema nos remetemos a obra de Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 143

³⁰⁶ VARELA, João de Matos Antunes apud REIS, Clayton apud OLTRAMARI, Victor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.4.

³⁰⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 155.

Segundo Ihering, a reparação do dano moral serviria para que o dinheiro recebido possibilitasse ao ofendido outros prazeres e sensações que mitigariam os danos causados, abrangendo o homem em toda a sua dimensão e fazendo, assim, que a tutela jurídica alcançasse tanto a dimensão patrimonial quanto a extrapatrimonial³⁰⁸.

O dano moral teria, a princípio, uma dupla função: compensatória e punitiva³⁰⁹. A função compensatória, a mais antiga de todas, seria, resumidamente, a de compensar o dano injustamente sofrido, “para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”³¹⁰. Já a função punitiva³¹¹ teria por objetivo “impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima”³¹².

Há também doutrinadores que indicam uma terceira função do dano moral, a preventiva ou dissuasória, de forma que a sanção ao autor do dano serviria para dissuadir ou para prevenir comportamentos iguais ou semelhantes ou novos descuidos do próprio ofensor; serviria, ainda, como exemplo a outrem. Trata-se de evitar um comportamento futuro, no intuito de prevenir socialmente, desestimulando novas condutas danosas, ou seja, a repetição de condutas lesivas³¹³.

Em necessário recuo histórico, cabe invocar duas questões a respeito da aplicabilidade do dano moral que despertavam debates acalorados na doutrina e na jurisprudência³¹⁴.

A primeira dizia respeito à própria possibilidade de compensação pecuniária em caso de violação aos direitos de natureza existencial, por ser considerado (como) “imoral receber

³⁰⁸ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano Moral Indenizável*. 3.ed. São Paulo: Método, 2001. p. 90.

³⁰⁹ A função punitiva não foi adotada pelo legislador ordinário. BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 217.

³¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 55.

³¹¹ Vários são os autores que defendem a função punitiva, podendo se destacar Maria Helena Diniz, Yussef Said Cahali, Caio Mario da Silva Pereira, Ronaldo Alves Andrade, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Clayton Reis, Araken de Assis, dentre outros. Por outro lado, totalmente contra a função punitiva, podemos citar José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Orlando Gomes.

³¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 218.

³¹³ Neste sentido, Clayton Reis, Fernando Noronha e Eugênio Facchini Neto. Segundo Clayton Reis: “não deve ser somente uma relação de força do Estado, senão uma maneira de conduzi-lo a um estado de consciência, direcionada no sentido de agir de acordo com os preceitos de ordem social, a fim de evitar a sanção do Estado”. REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 161.

³¹⁴ Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho lembra que “data de 1966 a decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu, pela primeira vez, a reparabilidade dos danos morais, muito embora a decisão transparecesse, ainda, apego à ótica patrimonialista”. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 Do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 758.

alguma indenização pela dor sofrida”³¹⁵³¹⁶. A querela está atualmente superada ³¹⁷ no Brasil, com o advento do artigo 5º, V e X da CF/88³¹⁸.

A segunda, um pouco mais controversa, era sobre a sua aplicabilidade no Direito de Família³¹⁹. Como poderia haver danos morais no seio familiar, justamente o *locus* em que a pessoa deve desenvolver o máximo de suas potências?³²⁰

Três correntes se debatiam sobre o tema. A primeira não admitia a aplicabilidade no âmbito familiar, sob a justificativa de que o Direito de Família seria um ramo específico do Direito, com as próprias sanções³²¹. A segunda já aceitava a sua aplicabilidade, bastando apenas a violação de um dos deveres familiares, para que houvesse a aplicação do dano moral³²². A

³¹⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 145-147.

³¹⁶ “Até relativamente pouco tempo atrás, entendia-se como contrário a moral e, portanto, ao Direito, todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial se está se delineava unicamente como sofrimento. O chamado *pretium dolois* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano germânica, com exceção aos casos expressamente previstos pelo legislador civil.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 145-146.

³¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

³¹⁸ Art. 5º da CRFB: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³¹⁹ “Comum – ao menos a partir da década de sessenta – era somente a circunstância da ação de indenização por dano moral em relação à perda de um membro da família, de um ente querido, isto é, quando alguém causa danos a uma pessoa e sua família se torna vítima desses danos. Outra hipótese bem diferente é a situação aqui abordada, quando tanto a vítima como o ofensor fazem parte da mesma família. A responsabilidade civil entra no seio familiar, reconhecendo danos a serem ressarcidos por maridos às esposas e vice-versa, por pais aos filhos, excepcionalmente até por avós aos netos, pessoas habituadas a querer-se bem ou a relacionar-se com afeto.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 172.

³²⁰ “De fato, a família, como é entendida atualmente, baseia-se muito mais na força do afeto do que em puros liames biológicos. Assim, “dano moral” e “direito de família” são expressões que em princípio se excluíam e cuja combinação esboça um oxímoro, quase um paradoxo, a própria lança contra o próprio escudo, na metáfora do velho provérbio chinês.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 184.

³²¹ Logo, seria permitir o *bis in idem*, na admissão do dano moral por violação de dever familiar, visto que os danos decorrentes da culpa pelo divórcio, a suspensão do poder familiar, por exemplo, já exercia essa função. GARCIA, Filipe Rodrigues. O direito à reparação do dano moral nas relações pré-conjugais, conjugais e paterno-filiais. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 7, n. 1, p.137-180, jan. 2015. p. 144. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/232>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

³²² Se não, as normas seriam meras recomendações, por não haver qualquer sanção. Por todos, AGUIAR, Ruy Rosado de apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114 apud, GARCIA, Filipe Rodrigues. O direito à reparação do dano moral nas relações pré-conjugais, conjugais e paterno-filiais. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 7, n. 1, p.137-180, jan. 2015. p. 144. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/232>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

terceira entendia que, havendo um ilícito absoluto, nos moldes dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, não há como negar a existência dos danos morais, ainda que no seio familiar.

Não existe uma blindagem pelo fato de o dano ocasionado ocorrer no âmbito familiar: em simplesmente havendo o dano moral, o Poder Judiciário deve intervir, para concretizar a compensação pelo dano³²³. A acepção encontra substrato no ordenamento jurídico vigente, em razão da prevalência do princípio constitucional da dignidade humana somado ao da proteção do interesse individual dos membros da família, ambos nos termos constitucionalmente vigentes do art. 226, §8º.

O histórico confirma: a discussão acerca da aplicabilidade das regras de responsabilidade civil às relações familiares resta praticamente superada³²⁴.

A controvérsia, hoje, cinge-se em se definir se a violação de algum dever específico do Direito de Família, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar³²⁵.

Verifica-se, portanto, que a reparação do dano moral ainda gera questionamentos tanto quanto à aplicação quanto à função. Outra questão tormentosa na doutrina e na jurisprudência tem sido a diferenciação entre dano moral e “mero aborrecimento do dia a dia”³²⁶. Tentaremos, aqui, nessas poucas linhas, delinear-las, de forma bem resumida, seguindo o artigo de Carlos Edison Do Rêgo Monteiro Filho, *O conceito de dano moral e as relações de trabalho*. In *Diálogos entre o direito trabalho e o direito civil*, na qual o autor discorre, com maestria, as três correntes que definem o dano moral.

Ao final deste trabalho, no Apêndice C, encontra-se resumo teórico.

³²³ Por todos Wesley Louzada: “Entendemos, sim, que as relações de família não servem para qualificar, ampliando ou reduzindo, a responsabilidade civil. Ou seja, em qualquer situação que constituiria dano moral fora das relações de família poderá surgir o dever de indenizar se ocorrerem no interior do grupo familiar”. BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?* In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 498.

³²⁴ “(...) o aumento não é apenas quantitativo, mas também qualitativo, na medida em que ações de indenização vêm sendo empregadas diante de situações que, antes não eram vistas, por razões as mais variadas, como capazes de gerar uma demanda reparatória.” SCHREIBER, Anderson. *O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital Da. (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa* – São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 718.

³²⁵ “Parece oportuno distinguir, desde logo, as duas correntes jurídicas contrapostas. De um lado, estão aqueles que aceitam a responsabilização ao interno da família, mas apenas e tão-somente nos casos em que haja ilícito absoluto, como previsto no art. 186 c/c art. 927 do Código Civil; de outro lado, estão os que sustentam a indenização tanto em casos gerais (regidos pela cláusula do art. 186) como em casos específicos, isto é, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais, previsto, entre outros, pelo art. 1.566 do CCb.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 172.

³²⁶ Expressão cunhada por CAVALIERI FILHO, Sérgio, em seus votos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e no seu *Programa de responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 89.

3.1.1 Dano moral por exclusão

A primeira definição sobre dano moral é a mais antiga e a mais simplista de todas. Conceitua o dano moral por exclusão, afirmando que tudo o que não é dano material é dano moral³²⁷. Trata-se de uma corrente, ao mesmo tempo, simples e ampla, singela e didática.

E, justamente, partindo dessas premissas é que se encontram as principais críticas.

O conceito, assim concebido, não ajuda muito para se caracterizar, tecnicamente, o dano moral; além disso, esvazia as potencialidades do instituto, ao enquadrar uma infinidade de situações jurídicas caracterizáveis como dano moral. Isso banaliza o tipo e retira suas funções e características assinaladas na Constituição. Não pode se aceitar que “tudo” seja dano moral, pois na verdade, *se tudo é dano moral, nada é dano moral*³²⁸. Por esse motivo, esta teoria não é mais utilizada.

3.1.2 Dano moral: teorias subjetivas

Aqui o que se leva em conta é o efeito da lesão na pessoa ofendida, a dor psicológica sofrida pelo ofendido³²⁹, atribuindo relevância aos efeitos psíquicos do dano moral sobre a vítima. São as consequências produzidas na vítima que irão caracterizar o dano moral. Não haveria dano moral sem dor³³⁰. A indignação, a dor, revolta e angústia serviram para

³²⁷ “O dano não patrimonial não pode ser definido se não em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de sua expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.” DE CUPIS, Adriano. *El Dano – Teoria General de la Responsabilidad Civil*. Tradução de Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975. p. 122.

³²⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O conceito de dano moral e as relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 29 jun. 2016.

³²⁹ “Só se deve reputar como dano moral a dor o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar” (STJ, Resp. 1.234.549, 3ª T.j. 01.12.2011, rel Min. Massam Uyeda). Na doutrina, Cf. Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 307.

³³⁰ Antonio Chaves, tratando o dano moral, afirma que: “Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.” E continua “Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral -dor sentimento – de causa material”. CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 607.

caracterizar o dano, pouco importando a natureza do bem jurídico ofendido. Esse entendimento é baseado na chamada “Lição de René de Savatier” que definia o dano moral como “todo sofrimento humano que não resulta uma perda pecuniária”³³¹. O foco aqui muda da lesão em si para os efeitos patrimoniais ou extrapatrimoniais concretos do dano.

Aguiar Dias sustenta esta espécie de conceituação para o dano moral³³². Em uma primeira análise, seria até possível considerar que o dano moral estaria vinculado à dor, angústia, sofrimento e tristeza, baseando-se no estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Todavia, atualmente, não é mais cabível restringir o dano moral somente a esses elementos, uma vez que essa modalidade de dano deve ser entendida como violação da dignidade humana.

A crítica que se faz é que – embora o dano moral possa, de fato, vir acompanhado de todo tipo de sentimento negativo, como a indignação, a raiva e a revolta –, os sentimentos não podem ser a base de caracterização do dano moral, mas, no máximo, um norte para a quantificação. Isso porque, assim, não se tutelaria o direito daqueles que não sejam capazes de compreender, já que não poderiam sofrer certos danos, como à honra e à imagem, por exemplo. Até porque são aspectos extremamente subjetivos, que variam de pessoa para pessoa, dependendo de muitos fatores, tais quais tempo, espaço, meio e religião.

Assim não se garantia proteção a valores extrapatrimoniais em casos que sua violação não viesse acompanhada de abalo psicológico. Ainda, trata-se de prova diabólica, visto que não há como comprovar que determinada pessoa sofreu ou não um abalo psicológico, a não ser pelo senso comum, o que implicaria análise muito rasa do caso concreto.

Contudo, em que pesem as críticas feitas à teoria e ao subjetivismo dali decorrente, nada impediria que o emprego teórico para os casos de infidelidade conjugal. Conforme já assinalado neste trabalho, há estudos que demonstraram, empiricamente, os abalos psicológicos sofridos pelas vítimas. Ademais, tendo o dano ocorrido no seio familiar ou havido humilhações à vítima, decerto não se poderia deixar de reconhecer os danos, pois são lesões que não devem ser toleradas, nem estar isentas de sanção.

³³¹ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit Français*. Paris: LDGJ, 1951. Tomo II. n. 525. p. 92 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

³³² “o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais.” E continua: “o dano moral seria a reação psicológica, à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual. e aumentada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 861 - 865

Aqui, a dor e o dano moral se confundem: o bem personalíssimo atingido se insere na subcategoria dos direitos psíquicos da pessoa, consistindo, exatamente, nesse detrimento anímico ou nessa perturbação psíquica.

3.1.3 Dano moral: teorias objetivas

O grande diferencial das teorias objetivas é que elas desvinculam sentimentos humanos da existência do dano. São teorias em que se enfatiza o bem jurídico tutelado atingido, bastando, para caracterizar a lesão, a prova da violação a interesses extrapatrimoniais, independentemente do íntimo sofrimento que a vítima tenha experimentado em razão do fato danoso³³³.

Por isso são danos *in re ipsa*, ou seja, ínsitos à própria ofensa. Decorrem do ilícito em si, de tal modo que, comprovada a ofensa, também demonstrado está o dano moral, sendo este uma presunção natural e não sendo necessário se provar mais nada³³⁴.

A teoria objetiva se subdivide em três subteorias, conforme o bem a ser tutelado: direitos da personalidade; patrimônio ideal; e dignidade humana, sendo esta última a que será empregada nesta dissertação.

A primeira subteoria objetiva conceitua o dano moral com base violação aos direitos da personalidade. Há, conforme essa orientação, forte conexão entre os direitos da personalidade e o dano moral.

O principal defensor dessa primeira subteoria, a da lesão dos direitos da personalidade, é Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem haveria uma relação muito forte entre o direito da personalidade e o dano moral, enfatizando que as únicas hipóteses de danos morais são as violações ao direito de personalidade, não havendo que se falar em outras hipóteses. Segundo

³³³ Por todos, Cf Maria Celina de Bodin Moraes. *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 129-134.

³³⁴ Por isso, ser, tal teoria, apresentada como objetiva. Basta a prova da violação do bem jurídico tutelado para, *ipso facto*, caracterizar a lesão, merecedora, por seu turno, da pronta resposta do Direito, por meio dos mecanismos reparatórios disponíveis. Por se tratar de ofensa ao direito da personalidade, bem de natureza intangível, não são suscetíveis de prova; decorrem do fato em si, aferidos conforme a experiência comum. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O conceito de dano moral e as relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 29 jun. 2016.

ele: “Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais.”³³⁵. Para o autor, a dor seria consequência, e não direito violado.

Porém, Carlos Edison do Rêgo Filho critica o posicionamento, pois necessário se faz um alargamento das hipóteses de reparação do dano moral, para além dos direitos da personalidade – tais quais os direitos à honra, a imagem, ao nome, à integridade psicofísica e à privacidade. Nas palavras do autor:

De outro lado, convém assinalar que as lesões aos direitos da personalidade não encerram todas as possibilidades de reparação do dano moral. Em outras palavras: nem sempre o dano moral decorre de violação aos chamados direitos da personalidade, como expressão dos atributos essenciais da própria pessoa tutelados pela ordem jurídica. Cumprindo reconhecer que embora nestas hipóteses o dano faça-se enxergar mais claramente, outras hipóteses existem, de reparabilidade admitida mais recentemente, como a de dano moral em função de lesão a bem patrimonial com distintivo valor de afeição e da perda de ente querido³³⁶.

Já a segunda subteoria objetiva conceitua o dano moral pela lesão ao patrimônio de bens imateriais – o patrimônio ideal ou moral –; ou seja, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Apenas a título ilustrativo, vez que se trata de rol exemplificativo, seriam os danos decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida na sua totalidade física e moral, à integridade corporal. São aqueles danos que afetam o âmago do ser: a parte social e a parte afetiva do patrimônio moral.

Os principais defensores dessa teoria são Wilson Melo Da Silva³³⁷ e Yussef Said Cahali³³⁸.

³³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 95, abr./jun. 2001.

³³⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 40 e ss.

³³⁷ “O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais.”. DA SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1.

³³⁸ “Se, porém, abstrairmos o caráter estritamente econômico do patrimônio, para (segundo as concepções mais modernas) dialargar o seu conteúdo de modo a compreender valores imateriais, inclusive de natureza ética, veremos que o critério distintivo à base da exclusão revela-se insatisfatório. § Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a ‘parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação etc.) e dano que molesta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)”. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 58.

A reparação do dano moral é, então, ampliada para além dos limites direitos da personalidade, com duas grandes categorias: danos que afetam a parte social do patrimônio moral, em que haverá um real e efetivo prejuízo; e danos que dizem respeito à parte afetiva, estando desacompanhados de repercussões materiais.

Há doutrina crítica, primeiramente, à denominação da referida teoria, na medida em que a definição de patrimônio se encontra vinculada ao conjunto de bens, direitos e obrigações de valor econômico. A segunda crítica que se faz à corrente é que não se pode tutelar a reparação existencial utilizando-se do binômio dano-reparação e bem lesionado-indenização, pois as coisas têm preço, as pessoas têm valor.

A última subteoria objetiva conceitua o dano moral com base na lesão à dignidade humana, buscando caracterizar o dano moral pela identificação de lesão a interesses extrapatrimoniais³³⁹, pouco importando o impacto que o dano tenha causado na vítima.

Dois defensores sustentam esta subteoria; entretanto, com posições diametralmente opostas.

Para Sérgio Cavalieri Filho, trata-se de direito subjetivo constitucional à dignidade, nas palavras do autor:

Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos, personalíssimos. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade - todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. § Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu artigo 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começou a ser assimilado pelo Judiciário (...)³⁴⁰.

A reparação integral do dano moral, contida pela Constituição Federal de 1988, eliminou, de uma vez por todas, qualquer discussão acerca do cabimento ou não do dano moral,

³³⁹ “O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte da Constituição Federal” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 132. “Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica extrapatrimonial (ou de um ‘interesse não patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: Uma Leitura civil constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 188).

³⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 85.

na medida em que se consagrou como direito fundamental, em seu artigo 5º, incisos V e X, consolidando, assim, o princípio da reparabilidade integral e plena do dano moral, correlacionada com a personalidade. Se a Constituição insculpiu a pessoa humana como razão de ser, como base da tábua axiológica, sendo a dignidade da pessoa o maior valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico, o direito à dignidade seria, então, o fundamento e a essência, o “sentido sistemático”³⁴¹ de cada um dos preceitos constitucionais relativos ao direito da pessoa humana.

O entendimento afasta a dor, o abalo e o sofrimento psicológico do dano moral. Se a dor não é a causa do dano moral, mas, sim, sua consequência, meros aborrecimentos não podem, em regra, causar dano moral³⁴². Amplia-se, desta forma, a incidência do dano moral, tornando-se possível diferenciar o dano moral do desassossego e da dor, devido à confusão entre a violação ao direito da personalidade e o estado anímico da vítima.

De se destacar do próprio autor em referência que: “[...] tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.” A *contrario sensu*, se há um desequilíbrio no estado psicológico da pessoa, pode-se afirmar pela caracterização dos danos morais. Assim, como já explicitado no capítulo anterior, item 2.4, seguindo esta teoria, não há como negar os danos morais pela infidelidade conjugal, uma vez que fora comprovado, pelos estudos da psicanálise, que a sua descoberta pode levar a depressão.

Também defensora da subteoria objetiva, Maria Celina Bodin de Moraes sustenta outra linha de pensamento, divergente da anterior. Entende a autora que:

constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.³⁴³

E conclui:

³⁴¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *O conceito de dano moral e as relações de trabalho*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 29 jun. 2016.

³⁴² “Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade. § Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento, ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. § Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa.”. Programa de responsabilidade civil, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 89.

³⁴³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327.

Para que exista dano moral, não é preciso que se configure lesão a algum direito subjetivo da pessoa da vítima, ou a verificação de prejuízo por ela sofrido. A violação de qualquer situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que se esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela jurídica, será suficiente para gerar reparação.³⁴⁴

Para a autora, apenas os danos injustos seriam os merecedores de tutela e caracterizariam o dano moral. Os danos injustos seriam traduzidos, assim, como aqueles contra as situações merecedoras de tutela jurídica; a ofensa ao bem jurídico tutelado; e a lesão a um interesse ou a um direito da pessoa humana, merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico.

Ainda sob a mesma linha argumentativa, a autora enumera as vantagens geradas ao se configurar o dano moral como lesão à dignidade humana: 1) “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado”; 2) “apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito.”³⁴⁵.

Quando se fala em lesão ao direito da personalidade, há de se lembrar que o que se viola é um bem personalíssimo, reconhecidamente tutelado pela ordem jurídica.

Carlos Alberto Bittar, em profundo estudo sobre os direitos da personalidade³⁴⁶ classifica-os em: a) direitos físicos, referentes a componentes materiais da estrutura humana, abrangendo a integridade corporal (o corpo como um todo, os órgãos; os membros; a imagem, ou efigie); b) direitos psíquicos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade, englobando a integridade psíquica; e c) direitos morais, sobre os atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade. Reconhece-se assim, no ser humano, uma unicidade composta por diversos atributos físicos, psíquicos e morais³⁴⁷.

Logo, o que se protege são aqueles bens que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si, em suas projeções sociais, incluindo-se a violação de seu

³⁴⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327.

³⁴⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188-189.

³⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 17.

³⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo C. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.24, p. 143-175, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 165.

sossego; os últimos, bens personalíssimos, juridicamente protegidos, que se inserem na subcategoria de direitos psíquicos da pessoa. Uma vez que sejam ofendidos ou atingidos esses bens, caracterizado estaria o dano moral³⁴⁸.

Assinala-se, desta forma, com nitidez cristalina, o que deve ser considerado como dano moral e o que deve ser considerado mero aborrecimento, analisando-se as especificidades do caso concreto.

Ora, se a fidelidade – em que pese toda a evolução da sociedade e da família – ainda é, como comprovado neste trabalho, valor protegido pelo direito, sua violação não seria um dano injusto?

Diante de tamanha contundência, não há como negar a incidência do dano moral pela infidelidade conjugal, independentemente de qual subteoria objetiva se observe. A tese será deslindada no próximo capítulo.

Será empregada a última concepção de dano moral, defendida por Maria Celina Bodin de Moraes, como norte deste estudo, sem nos olvidarmos de demonstrar que, ainda que se filie a qualquer uma das correntes previamente apresentadas, será possível se verificar, por todo o aqui exposto, a aplicabilidade dos danos morais aos casos de infidelidade conjugal.

3.2 Como a infidelidade conjugal pode violar o princípio constitucional da dignidade humana

Não resta dúvida de que a descoberta da infidelidade gera danos. Há os abalos psicológicos, devidamente comprovados pelas pesquisas apresentadas. Há violação do princípio da monogamia, ainda o pilar das relações conjugais, espelhada tanto no dever de fidelidade entre os cônjuges quanto no dever de lealdade dos companheiros. Há o senso comum, de que a honra e a imagem do ofendido também são violadas. Há, portanto, ofensa à dimensão social, ao patrimônio moral de cada pessoa. A infidelidade “traz a concepção de coisas erradas em lugares errados, ou de pessoas erradas em camas erradas, indo de encontro às tais regras que

³⁴⁸ “É natural, assim, que sejam juridicamente tutelados os legítimos sentimentos e afetos humanos, que constituem, em si mesmos, bens da personalidade, os quais, atingidos ou ofendidos, configuram o próprio dano moral.” ANDRADE, André Gustavo C. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.24, p. 143-175, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf> 2003>. Acesso em: 20 nov. 2017. p.165.

regem as relações humanas, tais como fidelidade, exclusividade, respeito mútuo, sinceridade, etc.”³⁴⁹. Logo, os efeitos da infidelidade conjugal na vida do ofendido são facilmente perceptíveis.

Primeiro há de se destacar que, conforme mencionado, não parece que a descoberta de uma infidelidade constitua mero aborrecimento. Pelas pesquisas apresentadas no tópico anterior³⁵⁰, comprovou-se que as pessoas que sofreram uma infidelidade conjugal experimentaram um trauma equiparável àquelas que sofreram com eventos tão graves quanto guerras, sequestros e cataclismas naturais, sob a denominação de “transtorno de estresse pós-traumático” (TEPT). Logo, o rompimento do equilíbrio psicológico da pessoa é latente. Há, igualmente, potencial violação à dignidade, como nas referidas hipóteses de divulgação do fato ou prática no seio familiar ou no meio social. Afetam-se tanto honra quanto imagem.

Se a infidelidade fosse um evento banal e cotidiano, aceito livremente pela nossa sociedade, não estaria no rol de deveres mútuos, nem do cônjuge, nem do companheiro, e seria legitimamente admitida a bigamia. Contudo, insiste-se: não é o que prevê o nosso Código Civil atual.

Assim, reafirma-se: a descoberta da infidelidade conjugal não é mero dissabor, tampouco fato aceito socialmente, com facilidade.

Conforme Maria Guilhermina Castro: “Quase toda a gente é infiel e quase toda a gente é contra a infidelidade! (...) infiéis são os outros.”³⁵¹.

A verdade é que ninguém, baseado no afeto, se une a outra pessoa, esperando que haja a violação do dever de fidelidade/lealdade³⁵². Há a esperança de que o casamento e a união estável permaneçam e durem “até que a morte os separe”. Mas há fatores sociais que contrariam o adágio – entre os quais: a facilitação do divórcio, e a maior expectativa de vida – diante dos

³⁴⁹ ver OLIVEIRA, Maria Engel. *ORKUT: o impacto da realidade da infidelidade virtual*. 2007. 103 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9888/9888_3.PDF>. Acesso em: 10 dez. 2017. p. 33.

³⁵⁰ Vide tópico 2.4 supra.

³⁵¹ A afirmação da Doutora Maria Guilhermina Castro, em sua tese de doutorado, demonstra que apesar da traição ser um fato corriqueiro, ninguém quer que a mesma ocorra em sua relação. CASTRO, Maria Guilhermina. *Fidelidade e Infidelidade nas Relações Amorosas*. 2007. 409f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação. Universidade do Porto, Porto. p.17. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/315834954_Fidelidade_e_Infidelidade_nas_Relacoes_Amorosas>. Acesso em: 08 dez. 2017.

³⁵² “(...) pois é exigência do senso médio do cidadão brasileiro que os companheiros sejam pessoas desimpedidas e, portanto, livres para contraírem matrimônio”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998. p.116 apud MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 25.

quais até se admite que o relacionamento não dure para sempre³⁵³. Ser traído, contudo, não é um risco aceitável pela maioria dos casais. A possibilidade da ocorrência de relações extraconjugais dentro de uma relação amorosa não é o que se espera quando se une a alguém em um projeto de construir uma família.

A questão é tormentosa, pois permanece a pergunta: como a infidelidade conjugal pode lesionar a dignidade da pessoa humana? Adiante se tentará demonstrar que a infidelidade de um dos cônjuges pode violar pelo menos um, quando não todos, os “aspectos ou substratos que compõe, e conformam, a dignidade humana, isto é, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade (familiar ou social) e à integridade psicofísica de uma pessoa humana”³⁵⁴.

Em relação ao princípio da liberdade³⁵⁵, um primeiro ponto a se destacar é que, tanto no casamento quanto na união estável, há uma liberdade mitigada³⁵⁶, pois, como todo direito, a liberdade comporta algumas restrições, inclusive imposta por outros princípios³⁵⁷. No caso das relações conjugais e das uniões estáveis, a autodeterminação seria, portanto, relativizada, com a confiança assumindo papel de destaque na relação, devido ao princípio da monogamia³⁵⁸. Senão vejamos.

Sendo o afeto, atualmente, o norte das relações familiares³⁵⁹, nas relações conjugais ele se encontra na escolha de conviver-se com alguém e de como estruturar essa convivência, seja

³⁵³ “A proposta do “até que a morte os separe”, por mais que pareça superada, é o sentimento que leva os casais ao matrimônio e, mesmo, às uniões informais.” OLTRAMARI, Victor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54.

³⁵⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Deveres parentais e responsabilidade Civil. *Revista Brasileira de direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005. p. 52.

³⁵⁵ “Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107.

³⁵⁶ “A liberdade das pessoas sofre restrições com o matrimônio, em prol da preservação deste e dos interesses da família. São restrições de ordem pessoal e patrimonial” MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 330. “O dever de fidelidade impede o relacionamento sexual do cônjuge com terceiras pessoas, bem como outras relações que, embora não cheguem a esse extremo, possam lesar os sentimentos do consorte.” SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e Separação - Após a EC66/2010 -2*. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.255. “(...) A fidelidade supõe exclusividade do débito conjugal, pois, como no casamento, também na união estável cada cônjuge ou convivente renuncia a sua liberdade sexual(...)”. MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, n. 11, p. 148-160, out./dez. 2001. p. 152.

³⁵⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 98.

³⁵⁸ “Alguns princípios são escritos e outros não, advém da cultura universal, da prática social e estão subentendidos no texto da lei. Como ensina Rodrigo da Cunha Pereira, especificamente no Direito de Família, a monogamia é um desses princípios não escritos, tratando-se de um princípio organizador e sobre o qual se assentam todas as formas de família”. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

³⁵⁹ “A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família.

pelo casamento, seja pela união estável. Todo indivíduo tem a possibilidade que querer estar, ou não, em uma relação de afeto com outra pessoa. Porém, uma vez que a liberdade de estar na relação é exercida, a outra liberdade que se tem é de não permanecer nela, podendo desfazer-se o vínculo³⁶⁰. Dito de outro modo, o que se deve considerar é que as partes dispõem de autodeterminação para escolher se e de que modo querem – ou não – permanecer unidas.

Casar-se ou viver em uma união estável é uma decisão séria, que requer um mínimo de reflexão, tendo em conta que algumas escolhas e renúncias sejam feitas, em prol da vida em conjunto. Pode-se pensar em um ordenamento jurídico próprio, que impõe direitos, mas também deveres.

Por óbvio, ninguém é obrigado a permanecer em um relacionamento no qual o afeto já se esvaiu, no qual não existe mais nenhum motivo para a permanência. A solução lógica seria o desfazimento do vínculo, seja pelo divórcio, seja pela dissolução da união estável. Ao mesmo tempo, em respeito ao princípio da liberdade, constitucionalmente garantido, não há como obrigar uma pessoa a permanecer casada ou em união estável com outrem, em que pesem os danos que a separação possa causar³⁶¹. Nesses casos, o princípio da liberdade deve ser respeitado³⁶². Só há como se falar em danos morais pelo rompimento do vínculo conjugal, em casos extremos, nos quais haja, realmente, alguma transgressão à dignidade humana. Por certo que uma das partes pode vir a ficar desolada pelo desfazimento do vínculo, porém a liberdade, constitucionalmente garantida, deve prevalecer³⁶³.

A simples ruptura do relacionamento não possui o condão de provocar danos morais, vez que, na ponderação de interesses entre a permanência da sociedade conjugal e a liberdade individual, é esta que deverá prevalecer, em respeito ao princípio da dignidade humana. Talvez,

Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74

³⁶⁰ Trata-se de um direito potestativo, que pode ser exercido por apenas um dos cônjuges ou companheiros, a que o outro deverá se submeter. Direito esse constitucionalmente garantido no art. 226 §6º da Constituição Federal.

³⁶¹ Diferentemente, há de se pensar no caso de infidelidade conjugal quando as pessoas ainda permanecem casadas ou em união estável, não exercendo o seu direito anterior de se separar, antes de iniciar um novo relacionamento. Aqui, há uma liberdade mitigada, no sentido de que não há como manter relações paralelas ao casamento ou à união estável, por conta do dever de fidelidade/lealdade, corolário do princípio da monogamia.

³⁶² “uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar, convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”. FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 200 apud FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os Contornos da Dissolução do Casamento (Casar e Permanecer Casado: Eis a Questão)*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 201

³⁶³ Como afirma Cristiano Chaves de Farias, esse seria um direito potestativo extintivo, tendo em vista que o cônjuge pode, por simples e exclusiva declaração de vontade, modificar sua situação jurídica familiar. FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de não permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais do novo Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006. p. 469-489.

essa seja, na verdade, a melhor solução, pois, uma vez perdido o *affectio maritalis*, a separação baseada apenas neste motivo, por mais doloroso que possa ser, além de respeitar o princípio da liberdade, ainda faz que prevaleça outros dois princípios dos deveres conjugais: o respeito e a consideração mútuos³⁶⁴.

Situação diametralmente oposta é àquela em que o cônjuge/companheiro, exercendo a própria autodeterminação, decide permanecer na relação, mas violando o dever de fidelidade³⁶⁵. Isso porque não se trata do dever de se amar alguém, nem de eliminar a personalidade, mas, sim, de respeitar o outro³⁶⁶. Reafirma-se: as pessoas têm a liberdade de escolher se querem ou não permanecer numa relação conjugal³⁶⁷; mas, a partir do momento em que essa escolha é feita, deverão assumir sua responsabilidade, sendo uma delas a obediência ao dever de fidelidade. É legítima uma ruptura, pura e simples. Mas não o é a ruptura causada pela violação do dever de fidelidade³⁶⁸. Não se trata de obrigar a ninguém a se manter unido a outrem, mas de respeitar uma obrigação que fora assumida livremente.

A traição será, no caso, um passo anterior à separação³⁶⁹, e a violação a liberdade se dá porque o ofendido não teve a oportunidade de exercer a escolha de terminar a relação ou não

³⁶⁴ De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, esse dever tem como objeto os direitos da personalidade, como a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade em suas diversas formas de expressão, o nome, o segredo. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1692

³⁶⁵ Maria Berenice Dias revela-se contrária à indenização pelo rompimento dos deveres conjugais, como um todo, indicando que a solução deve ser obtida pela dissolução da união. Para a autora, “o descumprimento das promessas feitas no limiar da união não pode gerar a obrigação ressarcitória. Impor tal espécie de obrigação constituiria verdadeiro obstáculo à liberdade de entrar e sair do casamento ou da união estável.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 125

³⁶⁶ Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva: “De fato, amar não é dever ou direito, e a dissolução conjugal não gera o dever de indenizar. Mas é o ato praticado em desrespeito aos direitos do outro cônjuge que gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado”, afirma. “Para a maior parte da população, a infidelidade é algo muito grave”, completa. BARBOSA, Renan. Indenização por traição: o que a Justiça diz sobre isso? *Gazeta do Povo*, 11 maio 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/indenizacao-por-traicao-o-que-a-justica-diz-sobre-isso-dlg7trqnuaoe0xehud685t3fg>>. Acesso em: 23 set. 2017.

³⁶⁷ “Portanto o casal passa a ter quatro opções: viver bem juntos ou separar bem, viver mal junto ou separar mal, porém tomar essa decisão não é nada fácil (Levi, 1993). BERNARDES, Sara Maria Alves Gouveia. *A responsabilidade do Estado em regular a crise dos institutos jurídicos: Casamento e família*. Minas Gerais: Edições Superiores, 2014. p. 80.

³⁶⁸ “Certamente a infidelidade não perdeu seu status de representar a mais abjeta causa de separação afetiva; (...); muito embora tenha sido descriminalizado o adultério, provavelmente segue sendo uma das mais dolorosas causas de separação.” MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 191.

³⁶⁹ “É de se distinguir entre os danos acarretados pelo descumprimento do dever conjugal e os prejuízos oriundos da ruptura do casamento. Os primeiros derivam dos fatos constitutivos das causas do rompimento matrimonial, ou seja, da violação a dever conjugal, razão pela qual são denominados “imediatos””. CARVALHO NETO, Inácio de. *Reparação Civil na separação litigiosa culposa*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 249. No mesmo sentido Regina Beatriz Tavares da Silva distingue os danos derivados do descumprimento do dever conjugal e do rompimento matrimonial como imediatos e mediatos, onde os primeiros importaram no rompimento do casamento pela violação direta de dever conjugal. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 153.

entrar nela, só se deparando com a possibilidade após a descoberta da infidelidade. Assim, a violação ao dever de fidelidade deverá, sim, ser indenizada, não pelo término do amor, do interesse ou do sentimento, mas, sim, pela violação à dignidade da pessoa humana³⁷⁰, à liberdade mais basal do consorte traído: a de decisão. Na expectativa de que o outro lhe seria fiel, o traído exerceu sua liberdade de confiar no outro, quando, se tivesse ciência da verdade, poderia ter exercido a liberdade de retirar-se da relação. Se é direito da pessoa humana formar um núcleo familiar, igual é o direito de não conservar a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna³⁷¹.

Se o amor acaba, se não existe mais o afeto, a “cola” necessária a vida a dois, se a vida a dois se torna insuportável, se não há chances para a reconciliação, o mais honesto é dissolver o vínculo afetivo. Usar a liberdade no sentido de não permanecer mais naquele projeto afetivo. Seja sincero com seu parceiro(a) e vá embora. Ou dê a ele(a) a possibilidade de manter-se ou não na relação. O respeito mútuo deve prevalecer.

Não se trata de procurar um culpado pelo fim do amor, do afeto; trata-se de responsabilizar àquele que descumpriu o dever jurídico da fidelidade. Victor Ugo Oltramani resume bem essa questão: “Assim, a sanção decorrerá da culpa verificada no campo obrigacional e não mais com vista à configuração da ruptura da relação conjugal.”³⁷².

Não se trata de ponderar entre a solidariedade familiar e a autonomia individual, entre a sociedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge³⁷³. Trata-se de ponderar entre a liberdade da vítima, que não pode optar por permanecer ou não na relação em que estava sendo traído, e a liberdade (reduzida) do ofensor, de exercer suas escolhas existenciais, de se relacionar com outras pessoas, apesar de estar em uma relação conjugal³⁷⁴.

³⁷⁰ De se observar que em muitos casos não há nem mesmo separação. Considerando-se haver, neste caso, perdão tácito, não há que se falar, a princípio, em danos morais.

³⁷¹ BERNARDES, Sara Maria Alves Gouveia. *A responsabilidade do Estado em regular a crise dos institutos jurídicos: Casamento e família*. Minas Gerais: Edições Superiores, 2014. p.116.

³⁷² OLTRAMARI, Victor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 63.

³⁷³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 184.

³⁷⁴ Ana Carla Harmatiuk Matos e Lígia Ziggotti de Oliveira, fazem o seguinte questionamento, quando abordam o tema na perspectiva das famílias paralelas: “Se a alguém foi negada a liberdade de escolher estar ou não em relacionamento paralelo, fato ocultado pelo indivíduo que integra os dois núcleos, pela ponderação dos valores cabíveis no caso concreto, a responsabilidade civil extrapatrimonial deve compensá-lo pela quebra de expectativas eventualmente legítimas criadas por seu parceiro?”. MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. *Responsabilidade Civil e Relacionamento Extraconjugal*. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11

Assim, não pode a liberdade do ofensor prevalecer sobre a liberdade da vítima³⁷⁵. Até porque essa liberdade, de relacionar-se com outras pessoas, era reduzida. Liberdade que não respeita o outro, que influencia negativamente outra pessoa, se transforma em libertinagem, porque demonstra não se importar com as consequências que seu ato possa ter, prejudicando, ferindo, as outras pessoas. Liberdade que atente contra a dignidade humana é intolerável.

A liberdade tem de ser exercida com responsabilidade³⁷⁶, devendo o ordenamento jurídico frear e censurar quando ocorre qualquer abuso. O cônjuge, como qualquer outra pessoa, tem a liberdade de descumprir o seu dever, sem a menor sombra de dúvida. Porém, sem esquecer que não há liberdade em decidir se arcará ou não com as consequências de seus atos, cabendo ao Poder Judiciário a imposição dos danos morais.

O artigo 226, § 5º, da CF/88³⁷⁷, preconiza que os direitos e deveres da sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, trazendo o princípio constitucional da igualdade³⁷⁸, também conhecido como princípio da isonomia, para dentro do Direito de Família. O princípio da igualdade fortalece o conceito de que a relação entre cônjuges é, juridicamente, uma relação simétrica, entre pessoas iguais³⁷⁹.

Desaparece o poder marital, substituído por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre o marido e a mulher, garantindo-se a isonomia conjugal³⁸⁰.

Por serem normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, são dotadas de aplicação imediata nos moldes do artigo 5º, §1º, da CF/88.

³⁷⁵ Em sentido contrário Vinicius Martins Pereira: “Não se pode ignorar que, por trás do ato de infidelidade, há a liberdade da pessoa de se relacionar com quem quiser, a despeito de estar numa relação conjugal. Se de um lado a dignidade humana do traído pode ter sido afetada (interesse lesado), deve-se levar em consideração a dignidade humana daquele que escolhe com quem vai se envolver (interesse lesivo)”. Não podemos comungar deste entendimento, uma vez que quem se casa ou vive uma união estável, não pode mais, a princípio, “se relacionar com quem quiser”, devido ao compromisso assumido anteriormente, ou seja, por ter escolhido com quem se envolver antes. PEREIRA, Vinicius Martins. Danos Morais Por Ato De Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, vol. 5/2014, p. 121 – 145. maio/jun. 2014. p. 131

³⁷⁶ “A liberdade sem responsabilidade constitui arbítrio, e o arbítrio é incompatível com a dignidade. A responsabilidade sem liberdade constitui sujeição ou servidão, o que é, pois, inseparável da responsabilidade. Não há liberdade sem responsabilidade, assim como não pode haver, em princípio, responsabilidade sem liberdade” VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 16.

³⁷⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

³⁷⁸ Sobre o princípio da igualdade ver BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 86-93.

³⁷⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 185.

³⁸⁰ “O mais devastador dispositivo constitucional, a revolucionar o direito de família pátrio.” RODRIGUES, Silvio. Breve Histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - RFDUSP*, v. 88, p. 239-254, jan. 1993. p. 246. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67221/69831>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

Nota-se, portanto, que o princípio da igualdade é, contemporaneamente, a base do relacionamento conjugal ou da união estável³⁸¹.

Ainda, o artigo 1.511 do CC/02³⁸², em obediência ao princípio constitucional em comento, estabelece que: “O casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”. Trata-se da concretização do princípio constitucional da igualdade, aplicada ao matrimônio, sintetizando e enriquecendo os deveres mútuos entre os cônjuges³⁸³, em disposição que acompanhou e promoveu mudanças sociais importantes³⁸⁴.

A igualdade é encarada sob a perspectiva do tratamento de homem e de mulher entre si, como norteadora do respeito que deve existir entre eles no relacionamento conjugal, em que pese a realidade brasileira ser bem diferente e, infelizmente, mais sombria³⁸⁵.

Logo, claro está que o descumprimento do dever de fidelidade fere o princípio da igualdade, visto que não foi direcionado a apenas um dos cônjuges e, sim, aos dois, ao marido e à mulher, devendo aquele que violou o dever de fidelidade, simetricamente, sofrer as consequências pela sua violação, por serem igualmente responsáveis. Segundo Carlos Dias Motta: “Verifica-se sempre o cuidado de estabelecer que os deveres são recíprocos, uma vez

³⁸¹ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a materialização da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher nas relações conjugais e de união estável veio acompanhar a evolução dos princípios da igualdade no âmbito dos direitos fundamentais, já incorporado às constituições dos Estados Democráticos atuais. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal: Direitos e Deveres. *Revista da Faculdade de Direito da URPR*, Curitiba, PR, v. 31, 1999, p. 136-137. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1868/1563>>. Acesso em: 08 de dez. de 2017.

³⁸² O artigo 1.511 do Código Civil de 2002, também traz em seu bojo o princípio da igualdade entre os cônjuges, ao contrário do Código Civil de 1916, que nem fazia menção ao mesmo, devido ao pensamento da sociedade do início do século XX e da submissão da mulher ao marido.

³⁸³ SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: O direito de família entre a constituição e o Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) *A Reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 471-476.

³⁸⁴ No Código Civil de 1916 vários artigos que sobrepunham a vontade do marido sobre a da mulher na sociedade conjugal. Por exemplo:

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I - praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235);

II - alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, II, III e VIII, 269, 275 e 310);

III - alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;

IV - Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V - Texto original: Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.

VI - Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados no arts. 248 e 251.

VII - Exercer a profissão (art. 233, IV)

VIII - contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.

IX - Aceitar mandato (art. 1.299).”

³⁸⁵ Segundo Ana Liési Thurler, estima-se que 500 mil crianças brasileiras não têm filiação paterna registrada, demonstrando que o homem que o homem pouco, ou nada, participa da criação dos filhos. THURLER, Ana Liési. *Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil*. Florianópolis: Mulheres, 2009.

que há necessidade de ser observado o princípio da igualdade dos cônjuges, de hierarquia constitucional.”³⁸⁶.

Ora, quando o outro cônjuge não tem e nunca teve a intenção de se manter fiel após o casamento, mas não informa nem exterioriza essa intenção antes da celebração do matrimônio, ou até mesmo depois, está claramente ferindo o princípio da igualdade, por não dar ao outro a oportunidade de comportar-se da mesma forma.

Considerando-se que a infidelidade conjugal, no mais das vezes, ocorre em segredo, clandestinamente, sem que o outro cônjuge/companheiro saiba, aquele que está a violar o dever de fidelidade jamais deu ao outro a mesma oportunidade. Se há um segredo, não há como se pensar em igualdade, porque o que ocorre na verdade é justamente o contrário. Se um dos parceiros está tentando “fugir da rotina”, procurando sua felicidade fora do casamento, em respeito ao princípio da igualdade, deveria dar o outro o mesmo direito, e não agir de forma furtiva. Por que apenas um poderia ter a sua autoestima elevada, ao se envolver em um caso extraconjugal? Em outras palavras, o princípio da igualdade é violado porque, no mais das vezes, enquanto um está a respeitar o dever de fidelidade, o outro não o está.

Em duras palavras: que igualdade é essa que não permite ao outro a possibilidade de contra-atacar? O que se vê é apenas uma felicidade individualista e egoísta.

É um claro desrespeito ao princípio da igualdade, porque, também, ocorre desarrazoada frustração de legítima expectativa de que ambos respeitariam o dever de fidelidade. O dever de fidelidade, conforme dito no Capítulo 1, item 1.1, possui uma íntima relação com a boa-fé objetiva, entendida aqui como a conduta leal e honesta³⁸⁷ que deve existir entre as pessoas que decidem manter um relacionamento conjugal.

Não se pode limitar o princípio da igualdade apenas às questões legitimamente diretas, como a educação dos filhos, a administração de bens ou as tarefas domésticas. Seria uma subutilização do princípio da igualdade, que pode – e deve abranger – todos os aspectos da vida conjugal, entre os quais a fidelidade. Se o casal tem regras claras de que a fidelidade será “exigida” e recíproca – porque assim, exercendo o princípio da liberdade e da igualdade, pactuaram –, isso deve ser seguido por ambos, sob pena de violar os dois princípios.

Quando se quebra o dever de fidelidade, não se está dando ao outro o mesmo respeito, o mesmo tratamento e a mesma consideração exigidos para si, o que fulmina o princípio da

³⁸⁶ MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 318.

³⁸⁷ “A violação das obrigações derivadas do casamento, é indubitavelmente, a falta contra a honestidade”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 10. ed. vol II. p. 382 apud OLTRAMARI, Victor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65.

igualdade. A infidelidade quebra a confiança e rompe o acordo conjugal sobre a exclusividade no relacionamento monogâmico.

O rompimento se dá porque aquele que casa ou está em uma união estável – na grande maioria das vezes e em razão do princípio da monogamia, dominante ainda nas sociedades ocidentais – tem uma lícita, legítima e justa expectativa de que, após o casamento, o cônjuge/companheiro lhe será fiel. E tanto assim é, que os deveres de fidelidade e lealdade se encontram expressamente inculpidos no Código Civil. A igualdade se encontra nos termos “recíproca” e “mútuos”, adotados no diploma, nos incisos I, III e V do artigo 1566 do CC/02. Ou seja, um deve ao outro, igualmente. Não há como, em respeito ao princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, atribuir maior ou menor valor ao fato de a violação ao dever de fidelidade ter sido cometida pelo homem ou pela mulher³⁸⁸.

Lamentavelmente, mesmo estando sedimentado e mesmo sendo de uma clareza solar, o princípio da igualdade tem aplicação distorcida nas relações conjugais: a realidade social atual³⁸⁹, bem como alguns doutrinadores³⁹⁰ e até mesmo a jurisprudência demonstram que a traição feminina ainda sofre mais repúdio social que a masculina.

Segundo Maria Helena Diniz:

“É preciso salientar que sob o prisma psicológico e social o adultério da mulher é mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais, introduzindo prole alheia dentro da família ante a presunção da concepção de filho na constância do casamento prevista no art. 1.597, do Código Civil, transmitindo ao marido o encargo de alimentar o fruto de seus amores. (...). Já em relação ao adultério do marido, os filhos que tiver com sua amante ficarão sob os cuidados desta e não da esposa, e, além disso, pode ocorrer que a infidelidade do homem seja um desejo momentâneo ou mero capricho, sem afetar o amor que sente pela sua mulher.”³⁹¹.

³⁸⁸ Caroline Sátiro Holanda, em seu artigo, tece excelente crítica ao princípio da igualdade nos deveres conjugais: “Sob um falso discurso de igualdade, os dispositivos legais relativos aos deveres conjugais e às sanções por descumprimento acabam por ratificar a dominação masculina. O padrão masculino é colocado como paradigma, desconsiderando o universo feminino” HOLANDA, Caroline Sátiro. Uma análise feminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no direito brasileiro. In: 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero - REDOR, 2012, João Pessoa. *Anais Digital*. João Pessoa: UFPB, 2012, p66-85. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/29/185>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

³⁸⁹ Sobre o assunto ver COSTA, Crístoper Batista da; CENCI, Cláudia Mara Bosetto. A relação conjugal diante da infidelidade: a perspectiva do homem infiel. *Pensando famílias*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 19-34, jun. 2014. Disponível em: <HTTP://PEPSIC.BVSALUD.ORG/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1679-494X2014000100003&LNG=PT&NRM=ISO>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁹⁰ A verdade é que o adultério feminino, devido a possibilidade de gravidez, sempre foi tratado com muito mais rigor do que o masculino, que sempre fora mais tolerado. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. VI, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129.

³⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 5: Direito de família, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 147-148.

Com todo respeito que nutrimos pela doutrinadora, não parece que a definição tenha acompanhado toda a evolução do Direito de Família, tampouco as conquistas femininas que aconteceram nas últimas décadas.

O entendimento, além de fomentar desigualdades no exercício da sexualidade³⁹² e de privilegiar a infidelidade masculina, fere o princípio da isonomia entre irmãos e da socioafetividade, bem como a paternidade responsável, tão promovida e defendida desde a Constituição de 1988³⁹³.

Sobre a análise da jurisprudência, ainda que subliminarmente, há sinais de que a infidelidade feminina é menos aceitável que a masculina, o que corrobora o entendimento que aqui se combate. No próximo tópico, no item 3.3, detalharemos mais a questão.

O princípio da igualdade também serve de base para o princípio da solidariedade. Insculpido no artigo 3º, inciso III, da CF/88, o princípio da solidariedade foi constitucionalmente afirmado como um dos objetivos fundamentais da nossa República³⁹⁴.

O princípio constitucional da solidariedade opera como diretriz de conduta³⁹⁵. Para Paulo Bonavides, o princípio da solidariedade serve como “oxigênio” da Constituição, a esta conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional, pois é a partir dela que se espraia por todo ordenamento jurídico³⁹⁶.

³⁹² “O pensamento de Maria Helena Diniz representa uma violência às mulheres no plano das ideias (violência simbólica). Constitui um modo de domesticação das mulheres e de sua sexualidade.” HOLANDA, Caroline Sátiro. Uma análise feminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no direito brasileiro. In: 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero - REDOR, 2012, João Pessoa. *Anais Digital*. João Pessoa: UFPB, 2012, p66-85. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/29/185>>. Acesso em: 21 jul. 2017. p. 73.

³⁹³ “A partir a constituição de 1998, com a eleição da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, tornou-se impossível não compreender e não aceitar a plena igualdade entre os cônjuges, a equiparação dos filhos, a instituição da união estável como entidade familiar, a paternidade responsável, o planejamento familiar e todas as manifestações de afetividade.” OLTRAMARI, Victor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 62.

³⁹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...).

³⁹⁵ “A expressa referência a solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.” BODIN DE MORAES. Maria Celina. Op. Cit. p. 111. “O princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares tendo em vista as interferências humanas que encerram, sem a dura escolha do tudo ou nada.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017. p.5.

³⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 259.

Sobre a família, o princípio da solidariedade na CF/88 encontra-se presente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar (art. 226)³⁹⁷, à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230).

Mais que um objetivo moral, a solidariedade, como valor jurídico, fundamenta a empatia, a reciprocidade, o reconhecimento, o cuidado e o respeito com o outro³⁹⁸, operando como um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”³⁹⁹.

Refletindo os ideais solidários constitucionais, o CC/02 trouxe, no artigo 1.511, a solidariedade entre os cônjuges quando estabeleceu que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

A comunhão plena de vida do referido artigo é a tradução da solidariedade familiar, pois, sem esta, não haveria fundamento para qualquer tipo de associação familiar ou afetiva⁴⁰⁰. A comunhão plena de vida deve ser apreendida, entre tantos exemplos, no compartilhamento dos bons e dos maus momentos, no apoio que se encontra no outro nos momentos difíceis, no estímulo e no incentivo para alcançar os objetivos individuais e no compartilhamento dos prazeres da vida⁴⁰¹. Isso tudo atendendo, no plano individual, ao princípio da dignidade humana⁴⁰².

A previsão é complementada pelo disposto no art. 1.565: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

³⁹⁷ “Pode-se concluir da interpretação sistemática do artigo 226 e de seus parágrafos que há um modelo, um parâmetro ideal de família desejada pela sociedade: a família matrimonial, como se pode depreender dos dispositivos da constituição.” PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *A Família na Constituição do Brasil: missão, limites e responsabilidades – comentário ao art. 226º da Constituição de 1988*. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Editora Almedina, 2012. p. 19.

³⁹⁸ “Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa”. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 5: direito de família. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p.13, grifo do autor.

³⁹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 114.

⁴⁰⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 98.

⁴⁰¹ “Este compartilhamento de intimidades cria um laço de solidariedade imaterial ou afetiva de tal modo que as alegrias e tristezas de um, são também do outro. (...). Permite construir confiança, a convicção de que se é compreendido pelo outro.” ARTHUR, Laudo. *A amizade no direito de família*. Um contributo à reflexão sobre o papel da guarda e da implementação do direito à convivência familiar. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Editora Almedina, 2012. p. 381.

⁴⁰² MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 317.

O artigo 1.566 destaca as palavras recíproca e mútua⁴⁰³, demonstrando a importância do referido princípio nas relações conjugais, valendo o mesmo para as uniões estáveis. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo: “O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário.”⁴⁰⁴.

Daí resulta a noção de solidariedade entre os cônjuges, que igualmente fundamenta os deveres recíprocos entre os cônjuges⁴⁰⁵. Com esses direitos e deveres advindos tanto do casamento quanto da união estável, formam-se *standards* sociais de comportamento para administrar essas relações⁴⁰⁶, advindo o “princípio da solidariedade afetiva, que nada mais significa do que recíproco dever de cuidado”⁴⁰⁷. A solidariedade é entendida como aquilo que um deve ao outro, direitos e obrigações, compreendendo a fraternidade e a reciprocidade. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

“Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que “cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro”. É o conceito dialético do “reconhecimento” do outro.”⁴⁰⁸

⁴⁰³ “Verifica-se sempre o cuidado de estabelecer que os deveres são recíprocos, uma vez que há necessidade de ser observado o princípio da igualdade dos cônjuges, de hierarquia constitucional.” MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 218

⁴⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf> Acesso em: 30 dez. 2017. p.4

⁴⁰⁵ “O mais importante nessa viragem rumo ao princípio jurídico da solidariedade, é a compreensão de que a solidariedade não é apenas dever positivo do Estado, na realização das políticas públicas, mas também que importa deveres recíprocos entre as pessoas, pois, como disse Bourgeois, os homens já nascem devedores da associação humana e são obrigados uns com os outros pelo objetivo comum.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf> Acesso em: 30 dez. 2017. p.2

⁴⁰⁶ “Um quadro de direitos e deveres que estabeleça padrões mínimos de comportamento e de mútuo respeito, e ofereça um modo de gerenciamento do patrimônio familiar, facilita a organização, a convivência e a paz interna no seio familiar, o que convém à sociedade, aos cônjuges e à prole.” PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *A Família na Constituição do Brasil: missão, limites e responsabilidades – comentário ao art. 226º da Constituição de 1988*. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Editora Almedina, 2012. p. 20.

⁴⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_563\)19__a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuida_do.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_563)19__a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuida_do.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2017.

⁴⁰⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 112.

Verifica-se, pelos conceitos conferidos à solidariedade, que aquele que viola o dever de fidelidade fere o princípio da solidariedade familiar, e, sobretudo, da solidariedade social. Senão, vejamos⁴⁰⁹.

Se a solidariedade familiar, além de um fato, é uma norma⁴¹⁰, existindo o compartilhamento de direitos, deveres e responsabilidade, a violação do dever de fidelidade acaba afetando a própria solidariedade familiar. Podem ser invocados ao menos dois motivos principais: primeiro, porque uma das partes descumpriu um dos deveres recíprocos; segundo, porque, ao desafiar a confiança do outro, abala-se a intimidade e a solidariedade do casal⁴¹¹, permanecendo enfraquecida a solidariedade familiar, especificamente entre o casal em si.

Como afirmado nos capítulos anteriores, o relacionamento afetivo, mais do que qualquer outra forma de relacionamento, necessita de confiança no seu núcleo, de forma a preservar a intimidade e a solidariedade do casal. A confiança confere robustez ao compromisso assumido pelas pessoas que se obrigaram umas às outras. Afetada a confiança, diretamente é afetada a solidariedade familiar do casal.

Como discorremos ao longo desta dissertação, a monogamia ainda é o princípio norteador das relações afetivas horizontais, espelhada tanto no dever de fidelidade entre os cônjuges quanto no dever de lealdade entre os conviventes. Assim, na sociedade atual em que vivemos, o que se espera de uma pessoa que tem um relacionamento afetivo com outra é a exclusividade. Tem-se que o princípio da solidariedade opera, na verdade, como um limitador ao princípio da liberdade; por isso é mitigada a liberdade de quem se casa.

Se o objetivo da família eudemonista é o de ser o ambiente a promover o bem-estar, o desenvolvimento e a realização dos seus membros, em que se possa encontrar a felicidade, o ambiente não pode ser erigido às custas da infelicidade e da humilhação do outro, que se

⁴⁰⁹ “O princípio da solidariedade, no plano das famílias, apresenta duas dimensões: a primeira, no âmbito interno das relações familiares, em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros; a segundo, nas relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente em que vive” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017. p.5.

⁴¹⁰ “Há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado; o direito os traz a seu plano, convertendo-os de fatos psicológicos ou anímicos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas. Cada uma dessas expressões de solidariedade surge espontaneamente, nas relações sociais, como sentimento. Mas o direito não lida com sentimentos e sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar. Assim, o princípio da solidariedade recebe-os como valores e os transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf> Acesso em: 30 dez. 2017. p.5

⁴¹¹ “A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017. p.4

manteve fiel e estava de boa-fé na relação, acreditando que ambos haviam-se obrigado, reciprocamente, a uma conduta negativa de não trair e estavam cumprindo com sua obrigação.

Assim, a ilicitude do ato de infidelidade se dá pela violação, não só ao princípio da monogamia, cujo corolário é a fidelidade, mas também ao princípio constitucional da solidariedade, dentro da perspectiva de que há uma expectativa da sociedade na exclusividade das relações afetivas. Não se limita apenas o livre atuar do sujeito, mas, também, como esse atuar influencia a sociedade como um todo⁴¹².

Por último, e não menos importante, é preciso verificar como a infidelidade pode afetar o último corolário da dignidade humana: o princípio da integridade psicofísica.

São dois aspectos: um negativo, no sentido de não ser violentado nem física, nem psicológica, nem moralmente, traduzido em “não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis”; e outro positivo, como a garantia a um direito a uma vida digna e saudável, compreendida como um completo bem-estar psicofísico e social⁴¹³. O princípio da integridade psicofísica traz ainda, em seu bojo, a proteção de outros direitos fundamentais, tais como saúde, segurança, alimentação, moradia, e o direito a existência digna, todos garantidos constitucionalmente⁴¹⁴.

Os direitos da personalidade, elencados no Código Civil, em seus artigos de 11 a 21, constituem apenas um rol exemplificativo, abrangendo direitos como vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo e identidade pessoal; também encontram guarida na integridade psicofísica⁴¹⁵.

Resumidamente, por integridade psicofísica podemos entender o direito a não sofrer violações no corpo ou em aspectos de sua personalidade. A integridade psicofísica, indiscutivelmente, deve nortear a consecução da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, entende-se por violação ao princípio da integridade psicofísica qualquer tratamento desumano ou degradante à pessoa, como a imposição de castigos corporais, a

⁴¹² Assim a lição de Maria Celina Bodin de Moraes. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.107.

⁴¹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.93-94

⁴¹⁴ “No princípio está contido ainda, e principalmente, o direito a existência digna, tendo sido previsto pelo texto constitucional, para tanto, o salário-mínimo, capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (art. 7º, IV, da Constituição Federal).” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.94.

⁴¹⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.93-94

violação de qualquer um desses direitos, sejam os fundamentais, ou os da personalidade, que venham a afetar à dignidade. Sobre a honra e a imagem, já discorreremos no início deste capítulo.

Conforme também demonstrado nos dois capítulos anteriores, a psicanálise tem comprovado que a descoberta de uma infidelidade pode gerar na vítima traumas tão sérios, que comprometem tanto sua saúde psíquica quanto a física.

Na pesquisa realizada, sintomas de depressão foram vastamente detectados, com o comprometimento da saúde física do ofendido, vez que muitas vezes a somatização é inevitável, gerando consequências até mesmo no corpo. Cumpre reafirmar: não se trata apenas de mero aborrecimento, ou ainda um desgosto suportável, vez que estão cientificamente comprovados, como consequência imediata da descoberta da infidelidade, sintomas graves, perdas ou ganhos de peso em escala anormal, tendências ao consumo de álcool exageradas ou ao uso de entorpecentes, todos inegavelmente característicos de quadro depressivo.

A depressão pós-traição, desencadeada pela descoberta do ato de infidelidade, já é considerada como doença a ser tratada com terapia, e/ou com medicamentos antidepressivos⁴¹⁶.

Considerada como reação depressiva, a sintomatologia é geralmente típica do quadro depressivo. Abarca sintomas danosos ao acometido, como desinteresse, desânimo, perda de prazer com as coisas, apatia, tristeza e irritabilidade. Pode, ainda, haver alteração do sono, do apetite e do peso. Ou seja, a saúde, física e mental da pessoa afetada pela infidelidade se torna frágil e suscetível a doenças. O fato de a depressão ser de origem externa, nesses casos chamada de “depressão reativa”, não isenta o uso de antidepressivos, pois o sofrimento e a gravidade são tão significativos quanto da chamada “depressão maior”, de origem biológica.

Em casos mais graves, a descoberta da infidelidade pode causar, em pessoas que já tenham predisposição a condições psiquiátricas, outros quadros muito graves, entre os quais a depressão severa, a psicose e a esquizofrenia.

Logo, não há como negar a possibilidade de violação a integridade psicofísica do ofendido nos casos de infidelidade conjugal: o risco é deveras nítido.

À parte do grau dos danos causados pela infidelidade, estes são notórios tanto no corpo da vítima quando na sua psique, sendo raríssimos os casos de pessoas que enfrentam uma

⁴¹⁶ “Não se pretende tratar a traição ou a separação, obviamente, pois nada disso é doença. A psiquiatria e a psicologia são convocadas a tratar as consequências emocionais desses episódios na vida do casal. Algumas vezes, dependendo da intensidade do quadro depressivo decorrente dessa vivência traumática, será necessário o uso de antidepressivos, porém, sempre em conjunto com a psicoterapia.” BALLONE, GJ - Depressão pós-traição. In: *PsiquWeb, Psiquiatria Geral*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=344>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

infidelidade indiferentemente, sem nenhuma reação negativa. Sempre há um resquício na vida do ofendido.

Deve ser esclarecido que nem a infidelidade nem a separação podem ser tratadas, e muito menos punidas; mas devem ser abordados os efeitos que causaram, como os prejuízos à integridade psicofísica do ofendido aqui em análise, que, conforme demonstrado são vários, a ponto de interferir até mesmo nas suas relações sociais, bem como na sua própria saúde.

Não fosse assim, os consultórios dos profissionais especializados em saúde mental – dentre os quais se destacam os psicólogos, psicanalistas e psiquiatras – não estariam repletos de pessoas tentando “curar-se” de uma traição, seja através da terapia, seja através de antidepressivos. Insiste-se: não se trata de um fato corriqueiro, nem aceitável pela sociedade. Se assim o fosse e em retomada do exemplo extremo, os sites e revistas de fofoca não ganhariam tanto dinheiro ao explorar o tema. Os exemplos ali retratados – e devassados – corroboram os estudos especializados: emagrecimento ou o ganho de peso repentinos, uso abusivo de álcool ou de outras substâncias. O traído muitas vezes, de forma a amenizar a sua dor, acaba tendo reações bem negativas, devido à baixa de sua autoestima. Ou seja, o prejuízo gerado na vida do ofendido, possui uma dimensão muito maior do que o simples fim da relação.

Retome-se a tese abordada desde o início: indicar os efeitos negativos sofridos por uma pessoa vítima de traição conjugal não é uma tentativa vã e utópica de imaginar que a traição será banida da terra, pois isso, no limite, equivaleria a exterminar o desejo. O que se espera é que as pessoas tenham consciência de que suas atitudes podem afetar a vida do outro, daquele que se propôs, de boa-fé e com a crença no compromisso assumido, a compartilhar uma vida em comum. A isso não se pode permanecer indiferente.

Outra possibilidade gravíssima que viola a saúde do parceiro é a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, também indicada no item 1.2.

Com efeito, o comportamento do cônjuge infiel acaba, por muitas vezes, colocando em risco a saúde do outro. Quando alguém mantém uma relação supostamente monogâmica e, ao mesmo tempo, adota comportamentos de risco em relações extraconjugais, não praticando sexo seguro, não está somente comprometendo a própria relação conjugal. Coloca em risco a saúde física da pessoa com quem tem um compromisso. O índice crescente da AIDS entre mulheres casadas ou em uniões estáveis só comprova o fato.

Ora, se uma pessoa está em um relacionamento monogâmico e cumprindo o dever de fidelidade, de que outra forma poderia ela contrair uma doença sexualmente transmissível se não fosse através de seu parceiro infiel? Havendo comprovação de que a pessoa foi infectada pela DST, não há como negar a violação a sua integridade física, eis que àquela pessoa fora

transmitida uma doença. E a única forma dessa transmissão, nessas condições, seria através da relação sexual com o parceiro.

Tem-se, então, que a integridade psicofísica da pessoa ofendida é afetada tanto na sua saúde mental quanto na sua saúde física, atentando contra à vida digna, por reduzir o bem-estar e a convivência social. Conforme apontado pelas pesquisas, os danos causados às pessoas que descobrem uma infidelidade conjugal são graves, exigem tratamento e, ainda, são capazes até mesmo de colocar a pessoa em risco, bem como afetar a sua imagem perante à sociedade em si, por sofrer uma desvalorização a sua imagem e a sua autoestima.

Assim, por óbvio que a infidelidade gera dor, humilhação, ofensa a honra e a dignidade, além de atentar contra o princípio da dignidade humana, no que diz respeito a integridade psicofísica.

Verifica-se que é inegável tanto a ofensa a dignidade da pessoa humana, seja por violação aos direitos da personalidade, com a humilhação e o vexame, que atingem a honra e a imagem da pessoa, seja por violar pelo menos um dos quatro corolários da dignidade da pessoa humana, listados acima, sendo comprovadamente, a integridade psicofísica o mais afetado de todos. Diante de todo o exposto, sobrevém questionar sobre como responsabilizar aquele que descumpra o compromisso de fidelidade-lealdade: o ofensor

3.3 Parâmetros para a responsabilização do ofensor

De difícil aceitação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a incidência dos danos morais pela infidelidade conjugal tem sido muito debatida. Não obstante o dissenso, adiante se tentará estabelecer alguns parâmetros para a responsabilização do ofensor. Serão igualmente indicadas algumas decisões importantes acerca do assunto, em pesquisa realizada em tribunais brasileiros, no STJ, além de notícias que foram divulgadas na mídia.

Conforme comprovado no item anterior, não há por que negar a existência dos danos morais, pela infidelidade conjugal, visto que esta comprovadamente traz danos ao ofendido, havendo grave desequilíbrio ao seu bem-estar, além de, claramente, afetar a honra⁴¹⁷ e a

⁴¹⁷ “Com efeito, a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra

dignidade da pessoa, principalmente, quando ocorre no seio familiar, ou no meio social em que ambos convivem. Há casos, entre tantos, em que a traição de dá no local de trabalho, entre pessoas da mesma família e em cidades pequenas.

Os nossos tribunais ainda não têm uma posição consolidada a esse respeito, sendo que, em casos em que a traição teve repercussão no ambiente familiar, foram encontradas duas decisões diametralmente opostas, dentro do mesmo tribunal. Em um primeiro caso⁴¹⁸, o fato de a esposa ter traído o marido com o irmão deste não foi suficiente para que os juízes da Terceira Turma Recursal do Tribunal de Justiça de Brasília entendessem haver a ocorrência do dano moral, por, ainda conforme o entendimento do colegiado, não ter havido violação aos direitos da personalidade, mas apenas “desgostos suportáveis”. Dois anos depois, no segundo caso⁴¹⁹,

possa vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de análise para sua extensão, ou seja, para quantificação da indenização a ser concedida”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 130.

⁴¹⁸ TJDF, ACJ. 2011.07.1.035889-7, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Rel. Juiz Hector Valverde Santanna, julg. 04.09.2012, DJe 21.09.2012. A decisão restou assim ementada: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INFIDELIDADE CONJUGAL. CONSEQÜÊNCIA DE UMA UNIÃO CUJOS SENTIMENTOS INICIAIS NÃO PERDURARAM NO TEMPO. AUTOR NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA - ART. 333, I, CPC. DANOS MORAIS E MATERIAIS INDEVIDOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA.

O autor alega que, em virtude de infidelidade conjugal de sua ex-esposa/1ª ré com o seu irmão/2º réu, sofreu danos morais e materiais. Aduz que durante o enlace conjugal nasceram dois filhos que até então supunha serem seus, mas que logo foi desmentido através de exame de DNA que constatou que apenas um dos filhos tinha suas características genéticas.

Requer a condenação dos réus ao pagamento de R\$738,00 (setecentos e trinta e oito reais) por ressarcimento de exame de DNA; R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), a título de reparação de gastos com móveis comuns; R\$8.000,00 (oito mil reais), a título de danos materiais com as despesas com o suposto filho e, ainda, R\$8.000,00 (oito mil reais), a título de danos morais.

O d. Juízo de Primeiro Grau julgou improcedentes os pedidos.

O recorrente repisa os argumentos insitos da petição inicial e requer a reforma da r. sentença.

A fixação de indenização por danos morais não merece acolhimento, haja vista que o recorrente não demonstrou qualquer violação aos direitos da personalidade. Os fatos por ele mencionados, no sentido de que a conduta dos recorridos lhe causou transtornos e infortúnios, não ensejam reparação a título de dano moral, constituindo-se situações que todo casal, em vida conjugal e amorosa, está sujeito a passar.

O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas.

O julgador deve valer-se de parâmetros cuidadosos para verificar a ocorrência ou não de violação capaz de gerar a indenização pelo dano moral. Necessário, para tanto, que se diferencie o dano moral de desgostos suportáveis, a fim de se evitarem o enriquecimento sem causa e indenizações infundadas.

Os pedidos de reparação de danos materiais carecem de suporte probatório. Assim, como o autor não comprovou os fatos constitutivos do seu direito, não se desincumbiu do ônus do art. 333, I do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, NEGADO PROVIMENTO ao recurso e mantenho a r. sentença recorrida. Condeno a parte recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$200,00 (duzentos reais), cuja exigibilidade fica suspensa, nos termos do art. 12 da lei 1.060/1950.

Acórdão lavrado conforme o art. 46 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁴¹⁹ TJDF, ACJ. 2013.02.1.004435-2, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal., Rel. Juiz Antônio Fernandes Da Luz, julg. 14.01.2014, DJe 31.01.2014. A decisão restou assim ementada:

julgado por outra Turma Recursal, do mesmo tribunal, quando houve a traição do marido com a irmã da esposa, os juízes entenderam que haveria a incidência dos danos morais, por ter havido grave lesão a pessoa e a sua imagem, principalmente, perante a comunidade em que vivem.

Percebe-se, assim, que a base para a indenização pelo dano moral ao qual o ex-marido foi condenado diz respeito à humilhação e vergonha, por lesão a honra e a imagem, perante a própria família, decorrente de uma traição e expressa ofensa ao dever de fidelidade.

Têm-se, então, dois elementos que são a base para a concessão da reparação civil: a quebra do dever de fidelidade matrimonial e a extensão social do dano, ou a extrapolação das suas consequências à esfera da intimidade do casal⁴²⁰.

“JUIZADO ESPECIAL CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. INFIDELIDADE CONJUGAL. OCORRÊNCIA NO SEIO DA FAMÍLIA. CUNHADA. LESÃO QUE GANHOU CORPO PERANTE A COMUNIDADE ONDE AS PARTES VIVEM. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

1 - Acórdão elaborado de conformidade com o disposto no art. 46 da Lei 9.099/1995, 12, inciso IX, 98 e 99 do Regimento Interno das Turmas Recursais. Recurso próprio, regular e tempestivo.

2 - Consta dos autos que a recorrida mantinha união estável com o recorrente há cerca de dez anos e este, no ano de 2011, informou àquela que a estava traindo com a cunhada, ou seja, com a irmã da recorrida, tendo o recorrente saído de casa e passado a morar com a cunhada, fato este que trouxe à vida da recorrida vários transtornos, eis que a comunidade tomou conhecimento do fato, manchando, assim, a reputação dela.

3 - Conforme entendimento jurisprudencial desta Egrégia Corte de Justiça, "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". (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. Pág.: 266) e, ainda, "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". (Acórdão n.631286 549835, 20090710325867APC, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Cível, julgado em 16/11/2011, DJ 28/11/2011 p. 75) e, por último, "1. A existência de relação amorosa entre o marido da apelante e a apelada não configura ato ilícito em nosso ordenamento". (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).

4 - Tenho sustentado o entendimento de que "O dano moral, para que se faça indenizável, deve infundir à pessoa lesão a sua imagem, hábil a deixar sequelas que se reflitam de forma nociva em seu dia-a-dia". (Acórdão n.701674, 20120111726669ACJ, Relator: JOÃO FISCHER, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 06/08/2013, Publicado no DJE: 16/08/2013. Pág.: 252). Todavia, no presente caso, entendo que há comprovação nos autos de grave lesão à pessoa, a sua imagem e a sua personalidade, capaz de ensejar a condenação por danos morais, isto porque, não trata o presente caso de meros aborrecimentos do dia a dia da vida em sociedade e/ou familiar, pois, as produzidas no curso da instrução demonstram que a infidelidade perpetrada pelo recorrente se deu com a própria irmã da recorrida e, neste caso, não tenho dúvida de que a ação do recorrente provocou na requerida lesão a sua imagem, hábil a deixar seqüelas que se refletem "de forma nociva no seu dia-a-dia", e esta lesão ultrapassou os limites da vida conjugal e familiar, ganhando corpo junto à comunidade em que vivem.

5 - Diante destes fatos, conheço do recurso e lhe nego provimento. Mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos.

6 - Condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) que deverá incidir sobre o valor da condenação, devidamente corrigido, cuja exigibilidade ficará suspensa em razão da gratuidade concedida. Sem custas."

⁴²⁰ Outros dois casos, foram noticiados nos meios de comunicação, e por ter ocorrido em cidades pequenas, uma em Galiléia e outra em Nanuque, ambas no interior de Minas Gerais, cidades com um pouco mais de dez mil habitantes, toda a população ficou sabendo da traição. Nos casos concretos, foi provado a humilhação passada

Assim, dúvidas não restam de que a violação do dever de fidelidade pode exorbitar o mero aborrecimento e desgosto suportável, gerando, sim, um desequilíbrio na vida pessoal e social do ofendido e, sobretudo, não havendo como se afastarem danos morais. Isso vale principalmente quando há extrapolação da vida íntima do casal, que se torna pública⁴²¹. O entendimento jurisprudencial analisado reafirma a tese: a infidelidade conjugal gera ofensa à honra e à dignidade, à imagem da pessoa no seu meio social, tudo com base na lesão à dignidade humana.

Outro parâmetro utilizado para verificar a incidência dos danos morais foi a existência de filho havido fora do casamento.

No primeiro caso analisado, quando a mulher veio a descobrir o não cumprimento do dever de fidelidade pelo marido, de cuja relação extraconjugal se gerou um filho. A mulher se separou e entrou com a ação pleiteando os danos morais pela infidelidade descoberta, culminando com um filho dessa outra relação. No caso concreto, surpreendentemente, entendeu-se, em sede judicial, não ter havido violação aos direitos da personalidade, mas apenas “desgostos suportáveis.”⁴²².

De modo diverso, ao inverterm-se os gêneros dos envolvidos, também se altera o tratamento jurídico: reconheceu-se o dano moral, na infidelidade feminina, nos casos em que o marido descobrira não ser o genitor biológico, após anos acreditando ser o genitor biológico.

pelos cônjuges (informação verbal). Por estar em segredo de justiça, não tivemos acesso aos autos. Programa Fantástico: *Mulher descobre traição na noite do casamento e recebe indenização*. Exibido na Rede Globo, em 24 de junho de 2012. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/2009795/>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

⁴²¹ Em sentido contrário, a decisão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu que, mesmo após terem sido publicadas fotos da traição do marido na rede social mundial, *Orkut*, ou seja ostentada mundialmente, não deveria gerar danos morais, Apelação nº 0009414-10.2011.8.19.0203 – Des. Mauro Pereira Martins - Vigésima Câmara Cível – Data do Julgamento – 05/08/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=2901951&PageSeq=0>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

⁴²² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL E FILHO FORA DO CASAMENTO. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. A doutrina e a jurisprudência admitem a indenização por dano moral no casamento e na união estável em face do cometimento de ilícito penal de um cônjuge ou companheiro contra o outro, mas não em razão da infração aos deveres matrimoniais. Assim, a traição e a geração de um filho foram do casamento, por si só, não acarretam o dever de indenização por dano moral. Recursos desprovidos. (Apelação Cível Nº 70026482075, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 22/07/2009). Acórdão lavrado conforme o art. 46 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Três foram os casos em que se verificou que, o filho havido fora do casamento seria motivo para a indenização por danos morais^{423 424 425}.

Um filho resultado de uma relação extraconjugal não pode ser a única razão para se reconhecer a incidência do dano moral. Na verdade, este nascimento só aconteceu devido à infidelidade praticada anteriormente à concepção – ou, pelo menos, durante esta.

Entretanto, urge a necessidade de uma mudança na ênfase. Não se deveria ter sido apenas a omissão da paternidade do filho, mas o ato da infidelidade em si, que parece ter sido apenas qualificado pela omissão da paternidade. A infidelidade poderia não ter gerado o filho, e, ainda assim, existiria. Por óbvio que a torpeza na omissão da verdadeira identidade biológica

⁴²³ STJ, REsp. 922.462/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, julg. 04.04.2013, DJe 13.05.2013. A decisão restou assim ementada: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios.”

⁴²⁴ STJ, AREsp. 641.396/RS, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 30.06.2015, DJe 01.07.2015. A decisão restou assim ementada: “AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DANO MORAL. 1. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DECISÃO CONTRÁRIA AO INTERESSE DAS PARTES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 2. UNIÃO ESTÁVEL. DEVER DE FIDELIDADE. DESCUMPRIMENTO. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL”

⁴²⁵ STJ, REsp. 742.137/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16.08.2007, DJe 29.10.2007. A decisão restou assim ementada: “Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório. - Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02). - Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. - O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. - A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. - Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. - A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor se revela irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos.”

do pai da criança e a ilusão de ser pai sem nunca ter sido também configuram dano moral, mas, dentro do contexto fático-probatório, não é um fato que possa ser analisado isoladamente. Até porque o filho só é a maior prova de que houve a traição! A traição houve, a infidelidade houve, e pelo visto somente não foi julgada, porque se entendeu haver o perdão tácito do marido, que pagava pensão alimentícia a ex-esposa⁴²⁶.

Cabe a pergunta: se a omissão da verdadeira identidade biológica da criança ocorresse por meio da omissão de uma inseminação artificial heteróloga – sem que houvesse o adultério stricto sensu, a conjunção carnal em si e sem que existisse uma terceira pessoa –, não haveria dano moral também? Não haveria a torpeza da mãe em omitir a forma como ficou grávida?

Por que a omissão da mãe, ex-esposa ou companheira, sobre a identidade biológica do pai da criança gera dano moral, e a omissão do marido de que teve um filho fora do casamento não gera? Não são os dois casos quebra do dever de fidelidade ou ainda, de torpeza, de falta de honestidade por omitir o fato? São perguntas que devem ser feitas, para evitar injustiças, porque, senão, voltaremos ao tempo em que a infidelidade feminina era considerada como pior do que a masculina.

A realidade é que os posicionamentos se mostram machistas e retrógrados e devem ser revistos, sob pena de que se esvazie o princípio da igualdade entre os cônjuges e, ainda mais grave, entre os gêneros. A igualdade de direitos e deveres no casamento, constitucionalmente prevista, foi de grande valia, resultado de anos de luta, exterminando, na teoria, a submissão secular feminina ao marido⁴²⁷.

⁴²⁶ De se destacar a posição contrária do Ministro Ari Pargendler, que primeiro reconhece o dano moral pelo adultério, segundo condena o terceiro cúmplice e, por último, informa que não haveria perdão tácito, posto haver erro de fato, já que o marido não poderia perdoar aquilo que não conhecia. *In verbis* um trecho do referido voto: “Um fato é o adultério; outro fato é a existência de filhos adulterinos. O adultério, com todos os reflexos, teria sido evidentemente perdoado, se P C H fosse informado, no momento da separação, de que os filhos registrados em seu nome haviam nascido de relação de sua mulher com outrem. Mas a filiação adulterina foi, segundo o acórdão, escondida durante 25 (vinte e cinco) anos (fl. 492, 3º vol.). Nessas condições, o perdão resultou de erro de fato, escusável, que não pode ser valorizado no contexto que se seguiu à descoberta da adulterinidade dos filhos. P C H não poderia ter perdoado o que desconhecia.” O Ministro Humberto Gomes De Barros acompanhou a divergência. STJ, REsp. 742.137/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrigli, julg. 16.08.2007, DJe 29.10.2007.

⁴²⁷ “A mais destacada e renovadora decisão constitucional no intento de promover a igualdade da mulher, porém, deu-se relativamente à disciplina das relações entre os sexos no âmbito do casamento, na medida em que consagrou-se o seguinte: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (Art. 226, par.5º)”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p 413.

Não custa repetir: a infidelidade, no mais das vezes, é a falta com a honestidade e com o respeito. Houve violação do respeito devido a cada um dos cônjuges, o respeito mútuo, afetando, assim, a solidariedade social⁴²⁸.

O dever de respeito mútuo, núcleo da solidariedade familiar entre os cônjuges, parece ser o mais importante dos deveres daqueles que se propõem a empreitar em uma sociedade afetiva. Afinal respeitar significa ter consideração por alguém, se importar.

É consensual: o respeito é um dos valores mais importantes do ser humano e tem grande importância na interação social. É o respeito que impede que uma pessoa de praticar atos reprováveis em relação à outra. E, sendo assim, o respeito mútuo representa uma das formas mais básicas e essenciais para uma convivência saudável. Verifica-se, portanto, sua real importância nas relações afetivas.

O respeito mútuo, aliás, deve permear toda e qualquer relação, o que se aplica às relações conjugais aqui tratadas. O respeito deve, ainda, nortear a relação ainda que dissolvida. Não é porque as pessoas não se amam mais que devem passar a se desrespeitar. Em analogia ao direito contratual, o respeito mútuo seria uma espécie de respeito pós-contratual, que as partes deviam guardar entre si. Ao pensar dessa forma, seriam evitados diversos casos de alienação parental, por exemplo.

Assim, uma pessoa que assume um compromisso afetivo com outra a esta deve respeito. E, mais, seguindo este raciocínio lógico, ainda que o afeto termine, o respeito mútuo jamais pode findar, ao contrário, deve perpetuar.

Entendido como a não discriminação ou ofensa ao outro por causa de sua autodeterminação ou suas escolhas (desde que essas escolhas não causem dano e desrespeitem o outro), o “respeito mútuo” do inciso V, do artigo 1.566 do CC/02 poderia ser traduzido no respeito à dignidade da pessoa humana, em suas escolhas, em sua liberdade e, mais especificamente, na integridade psicofísica de cada um, na sua individualidade, tendo, assim, um viés constitucional. Quem respeita o outro não o fere, seja física, seja psicologicamente. Por isso é importante ressaltar que as escolhas individuais não podem causar dano, nem desrespeitar o outro, a pura conceituação do dever de solidariedade⁴²⁹.

Logo, ao violar-se o dever de respeito mútuo, também se estaria ofendendo os direitos da personalidade, e conseqüentemente, a solidariedade, valores protegidos constitucionalmente.

⁴²⁸BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116

⁴²⁹BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 112.

Nesse ponto é que a fidelidade e a lealdade se imbricam com o respeito mútuo. Quando se é leal, respeita-se o próximo. Não se está traindo a confiança depositada, conforme definição apresentada anteriormente, em todo o capítulo 1 e no item 2.2. Assim, não há como separar o respeito mútuo da fidelidade e da lealdade.

O que se revela, com tudo que se comprovou, é que o respeito mútuo engloba a fidelidade e a lealdade, já que que no conceito das duas subjaz, inequivocamente, a noção de respeito. Quem trai, ainda que inconscientemente, demonstra que não respeita a confiança depositada. Conclui-se que a fidelidade e a lealdade são ínsitas ao próprio dever de respeito mútuo, tanto entre os cônjuges como entre os companheiros⁴³⁰.

Conclui-se ainda: o que vai fundamentar a responsabilidade é o dever previsto constitucionalmente. Não se deve entender o dever como a imposição de que uma pessoa ame a outra, ou a esta dedique alguma afeição. Ninguém pode ser obrigado a nutrir qualquer tipo de sentimento pelo outro, quiçá o afeto. Porém, a responsabilidade por ter assumido um compromisso, pode, indubitavelmente, ser exigida⁴³¹.

Assim, o que o dever de respeito e consideração mútuos representa “É a eleição do princípio da dignidade humana, a corporificação da garantia da igualdade, a eleição do direito à liberdade entre os cônjuges”⁴³².

⁴³⁰ Neste sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com grifos nossos: “0007742-78.2008.8.19.0006 – APELAÇÃO Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 26/02/2014 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. INFIDELIDADE CONJUGAL. VIOLACAO DOS DEVERES DO CASAMENTO. OMISSAO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLOGICA DE FILHO. QUEBRA DA CONFIANCA. DANO MORAL CONFIGURADO. Direito de Família. Demanda indenizatória. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Inocorrência de prescrição. Incidência do art. 197, inciso I, do CC. Separação de fato que não permite a contagem do prazo prescricional. Alegação da apelante de que o recorrido violou os deveres conjugais e de que o adultério foi consentido. Ausência de provas que pudessem comprovar as alegações da demandada. Aplicação do art. 333, II, do CPC. Infidelidade conjugal, que por si só não gera dano moral. Peculiaridades relativas à infidelidade conjugal com o padrinho de casamento do casal e quebra da confiança do apelado, com omissão acerca da verdadeira paternidade biológica do filho nascido durante o casamento. **Violação dos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos. Art. 1.566 do Código Civil. Dano moral configurado.** Dano material comprovado. Valor da compensação que deve ser reduzido para R\$ 20.000,00. Recurso parcialmente provido. STJ REsp 922462/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julgado em 04/04/2013. TJRJ AC 0004302-34.2009.8.19.0008, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez, julgado em 23/01/2012.”. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=2481307&PageSeq=0>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

⁴³¹ Conforme destaca Ana Carolina Brochado Teixeira: “No momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não – inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionalmente estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso o amor não é imposto, mas responsabilidade, sim. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e ofensa a dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 32, p. 138-158, out./ nov. 2005, p.151.

⁴³² OLTRAMANI, Victor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p 55.

Outro parâmetro a ser utilizado para a caracterização dos danos morais é a violação a integridade psicofísica. Todos os estudos indicados no item 2.4 demonstram que há profundo abalo tanto emocional quanto físico nas pessoas que descobriram a infidelidade conjugal de seu parceiro. Não há como negar que a descoberta de uma infidelidade conjugal gera reflexos negativos na saúde do ofendido, sendo clara a violação a integridade psicofísica da vítima. Sintomas de depressão, perda de apetite, ganho e perda repentina de peso, típicos de um trauma de primeira grandeza, foram verificados em mais de 85% dos casos estudados.

Contudo e lamentavelmente, não tem sido esse o entendimento dos nossos Tribunais. Nos casos em que há a comprovação desses sintomas – como depressão, somatização ou perda de emprego –, ainda assim, os tribunais entenderam não haver incidência de danos morais. Em recentíssima decisão⁴³³, uma mulher alegava que, devido ao estresse a que fora submetida pela infidelidade do marido, acabou desenvolvendo vitiligo⁴³⁴.

A violação do dever de fidelidade é dos poucos pressupostos paradigmáticos que causam uma lesão evidente à dignidade da pessoa humana. Há violação à integridade psicofísica e, portanto, há dano moral. Afirmar que a infidelidade não causa lesão a pelo menos um dos aspectos da dignidade humana é negar a existência de próprio dano moral como dano. Deve ser esclarecido que a infidelidade não é punida, mas, sim, os efeitos que causados, como prejuízo à integridade psicofísica do ofendido, além da violação do princípio da liberdade, da igualdade e da solidariedade, como apresentado.

⁴³³ TJSP, AC. 1016384-54.2014.8.26.0576, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des: Galdino Toledo Júnior, julg. 02.08.2016, DJe 18.08.2016. A decisão restou assim ementada: “RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral - Pretensão de condenação do ex-cônjuge pela prática de infidelidade conjugal - Separação do casal que teria causado forte abalo psicológico sobre a autora, desencadeando a doença vitiligo - Adulterio que, conquanto configure conduta socialmente reprovável e possa impossibilitar a vida em comum, não pode ser elevado ao patamar de ato ilícito - Simples registro médico insuficiente para estabelecer o nexo causal entre a conduta do réu e o desencadeamento da doença apresentada pela autora - Situação descrita nos autos insuficiente a caracterizar grave ofensa moral - Sentença de improcedência mantida - Apelo desprovido.

⁴³⁴ O vitiligo é uma doença caracterizada pela perda da coloração da pele. As lesões formam-se devido à diminuição ou ausência de melanócitos (as células responsáveis pela formação da melanina, pigmento que dá cor à pele) nos locais afetados. As causas da doença ainda não estão claramente estabelecidas, mas fenômenos autoimunes parecem estar associados ao vitiligo. **Além disso, alterações ou traumas emocionais podem estar entre os fatores que desencadeiam ou agravam a doença.** Importante: o vitiligo não é contagioso e não traz prejuízos a saúde física. **No entanto, as lesões provocadas pela doença não raro impactam significativamente na qualidade de vida e na autoestima do paciente.** Nesses casos, o acompanhamento psicológico pode ser recomendado.(Grifos nossos). Consulta feita no site da Sociedade Brasileira de Dermatologia. Disponível em: <<http://www.sbd.org.br/doencas/vitiligo/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

A infidelidade não pode ser considerada como “risco do negócio casamento”, nem como já citado em decisão judicial “Fato da vida que alguns denominam de risco próprio do vínculo afetivo corroído pelo tempo e pela ausência de carinho e presença de pouco caso.”⁴³⁵.

Em todos os julgados pesquisados, lamentavelmente afirmou-se a inexistência de violação à integridade psicofísica do ofendido, reduzindo-a a mero sofrimento, inerente ao fim de qualquer relação afetiva.

Ousamos discordar do entendimento.

Em primeiro lugar, a descoberta da infidelidade *per si* não gera, automaticamente, o fim do relacionamento. Muitos são os casos em que casais procura mantê-lo, seja através do diálogo, seja procurando ajuda terapêutica, a fim de entender o que os levou àquela situação.

Tanto é assim que, na pesquisa, verificou-se que o perdão tácito funciona como uma forma de dizer negar danos morais, já que a continuação do casamento, após a descoberta da infidelidade, ou a concordância do pagamento de alimentos ao ex-cônjuge, caracterizariam o perdão tácito e, assim, não haveria que se falar em danos morais⁴³⁶.

Da mesma forma, não há como falar em danos morais por infidelidade conjugal, quando o casal, mutuamente, concorda em ter um relacionamento aberto, em que não há exclusividade. Se ambos concordarem que poderão se relacionar com outras pessoas, sexual ou afetivamente, ou realizarem encontros e práticas, ainda que esporádicas, que incluem outras pessoas, o dever de fidelidade deve afastado com a concordância de ambos, não havendo, na verdade, nem o que se violar, vez que inexistente no relacionamento do casal a exclusividade.

Em segundo, mesmo que não haja a separação, demonstrou-se que, na maior parte dos casos estudados, para além de todo o sofrimento que a infidelidade conjugal pode trazer, há

⁴³⁵ 0011989-14.2011.8.19.0066 – APELAÇÃO Des(a). RICARDO COUTO DE CASTRO - Julgamento: 30/01/2013 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL INDENIZAÇÃO MORAL - VIOLAÇÃO DO PACTO DE FIDELIDADE MATRIMONIAL. I - A traição fere o dever de fidelidade imposto pelo casamento e acarreta, como efeito maior, o direito à ruptura desse vínculo. II- O casamento importa em relação afetiva onde, por vezes, a razão pode ceder à emoção. Desgaste advindo de um convívio que veio se deteriorando a acarretar a atração por terceiro, que redundou em discreto relacionamento amoroso. III- Ausência, no caso, de situação vexatória e humilhante, que dê ensejo à pretensão indenizatória. IV- Fato da vida que alguns denominam de risco próprio do vínculo afetivo corroído pelo tempo e pela ausência de carinho e presença de pouco caso. Máxima Rodriguiana: "perdoa-me por me traíres" V- Incabível o pedido de indenização moral formulado pelo Autor à sua ex-esposa, assim como aos demais réus, que não têm sequer o dever de zelar pelos deveres reciprocamente assumidos pelo casal, notadamente o de fidelidade, não podendo se responsabilizar pelo insucesso da união havida entre eles. VI- Descabimento da indenização moral pleiteada pela ré-reconvinte, porque se foi atingida em sua honra, seu patrimônio ideal, tal se deu por sua própria culpa. VII- Recursos aos quais se nega provimento.

⁴³⁶ Exemplos são os casos anteriormente expostos e TJDFT, AC. 0017519-38.2013.8.07.0009, 5ª Turma Cível, Rel. Maria de Loures Abreu, julg. 19.08.2015, DJe 02.09.2015. A decisão restou assim ementada: “PROCESSO CIVIL. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. FALTA COMPROVAÇÃO. 1. Conforme disposto no art.1566 do Código Civil, a fidelidade e a lealdade são obrigações inerentes ao casamento. 2. Haverá obrigação de indenização quando houver prova do dano moral sofrido, neste caso não houve comprovação da violação dos direitos de personalidade. 3. Recurso conhecido e desprovido.”

também um dano à saúde do ofendido, independentemente de ter havido o término da relação ou não.

A questão é o quão banalizado o sofrimento se encontra. Pelo entendimento dos nossos tribunais, é preciso que se comprove um ato extremo, e, às vezes, nem isso, como no caso da mulher que desenvolveu vitiligo, para que a justiça reconheça a incidência do dano moral.

Infelizmente, há o entendimento de que se trata de uma consequência natural do desgaste da relação, tratando o fato como “*desgostos suportáveis*”, como dito em uns dos acórdãos analisados:

[...]constituindo-se situações que todo casal, em vida conjugal e amorosa, está sujeito a passar. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas[...]⁴³⁷,

Ou ainda, como em outro acórdão: “Fato da vida que alguns denominam de risco próprio do vínculo afetivo corroído pelo tempo e pela ausência de carinho e presença de pouco caso.”⁴³⁸.

Se o caminho for esse, em pouco tempo a traição será considerada como risco do negócio relacionamento. Porém, ninguém se une a outrem esperando ser traído!

Vários são os casos que não se reconheceu a incidência do dano moral, ainda que comprovados fatos gravosos, como a existência de outra família e/ou de filhos havidos fora do casamento, a transmissão de doença venérea e a depressão clínica, inclusive com a ministração – e dependência – de medicamentos.

A insegurança é tamanha que, no mesmo tribunal, não se reconheceu a incidência dos danos morais em caso de infidelidade conjugal, com o abandono da marido pela mulher, para viver com o irmão deste. Conforme a decisão, não houve violação da honra na comunidade familiar. Dois anos depois, reconheceram-se, no mesmo tribunal, os danos morais em caso de infidelidade conjugal, no qual era o marido quem abandonava a esposa para viver com a irmã desta. Conforme essa outra decisão, houve violação da honra na comunidade familiar. Dois pesos e duas medidas em inaceitável insegurança jurídica.

Indubitavelmente, toda família deve ser protegida. Se a constituição de determinada família advém de infidelidade conjugal, essa família merece proteção jurídica, não podendo ser

⁴³⁷ Ver nota de rodapé 418.

⁴³⁸ Ver nota de rodapé 435.

abandonada pelo Direito, tampouco tornada invisível. Contudo, isso não importa que a pessoa traída não mereça proteção, pois, no limite, isso equivaleria a premiar a infidelidade.

Em suma, não há como afirmar que a infidelidade não gera dano moral. Decerto, a infidelidade por si só, via em regra, não gera causa de indenizar. Apenas se configura como dano moral a situação adúltera que ocasiona grave humilhação e exposição do outro cônjuge, que atente contra sua integridade psicofísica e sua dignidade. Nesse sentido, as pesquisas consultadas demonstram quão mal a descoberta da infidelidade pode causar à saúde física e mental do ofendido.

A possibilidade da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis também tem sido um dos parâmetros para a caracterização dos danos morais, por, inquestionavelmente, violar a integridade física do ofendido⁴³⁹. Porém, infelizmente, nossos tribunais só têm entendido dessa forma quando há provas de que a contaminação foi através do cônjuge infiel. É prova, muitas vezes de difícil, se não impossível, consecução, vez que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, sem a qual não há motivos para incidência dos danos morais⁴⁴⁰. Talvez o mais correto fosse admitir a presunção da transmissão pelo cônjuge infiel, uma vez que fosse comprovada a infidelidade praticada.

Em “analogia” ao enunciado da súmula 75⁴⁴¹ do TJ/RJ, poderia se dizer que “O simples descumprimento do dever de fidelidade/lealdade/respeito mútuo, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”

A dor martirizante, um adultério vexaminoso, praticado com a intenção de humilhar o cônjuge ou companheiro, a transmissão de uma doença sexualmente transmissível, cujo ato de

⁴³⁹ Em 2008, um homem fora condenado por ter transmitido sífilis a companheira. PORFÍRIO, Fernando. HERANÇA INDESEJADA- Homem deve indenizar mulher por ter passado sífilis para ela. CONJUR- Consultor Jurídico, 27 out. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-out-27/homem_indeniza_mulher_passado_sifilis_ela>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁴⁴⁰ TJSP, AC. 0083902-77.2012.8.26.0114, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desª.: Ana Lucia Romanhole Martucci, julg. 09.04.2015, DJe 10.04.2015. A decisão restou assim ementada: “INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. Promovida a ação em face de ex-companheiro, que teria abandonado a família, a autora e filho recém-nascido, para passar a viver com amante. Réu que supostamente teria, ademais, transmitido à autora, ainda em fase de amamentação do filho comum, doença sexualmente transmissível. Não demonstrada a transmissão da doença. Autora que sequer esclarece por qual doença teria sido contagiada. Adultério. Possível a condenação, ao menos em tese, caso se demonstre que a infidelidade ganhou dimensão pública e vexaminosa. Situação excepcional, contudo, não constatada no caso dos autos. Descumprimento de dever de fidelidade que, por si só, não basta para ensejar responsabilização do cônjuge adúltero. Conduta imoral, pelos réus - e especialmente pelo corréu, que traiu companheira durante gravidez de risco de seu próprio filho -, que, contudo, não se mostra suficiente para atentar contra a honra e a dignidade da companheira traída. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.” No mesmo sentido podemos destacar a decisão do TJ-PI AC 201400010051031 PI 201400010051031, 3ª Câmara Especializada Cível, Rel. Des.: Ricardo Gentil Eulálio Dantas, julg. 17.12.2014.

⁴⁴¹ Enunciado da súmula 75 do TJ/RJ: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”

infidelidade vai além do simples desamor ou amor por outra pessoa, tudo, indubitavelmente permite a incidência do dano moral.

Espera-se que – restando demonstrado que a infidelidade pode violar a liberdade, a igualdade, a solidariedade e, principalmente, a integridade psicofísica do ofendido, sem esquecer as potentes pesquisas científicas no campo da psicologia e da psiquiatria – tenhamos contribuído para mostrar uma perspectiva diferente daquela em curso. A realidade é a de que a infidelidade conjugal gera, sim, danos ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Sem desconsiderar a análise casuística em que pode haver afastamento dos danos morais, estes devem ser caracterizados e indenizados diante de qualquer lesão à dignidade da pessoa humana.

3.4 Análise do Projeto de Lei 5.716/2016

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5716/2016, de autoria do deputado Rômulo Gouveia do PSD da Paraíba, para incluir dispositivo no Código Civil de 2002, que torne a infidelidade conjugal uma prática apta a gerar a responsabilização civil do ofensor⁴⁴², conforme anexo B. O Projeto de Lei depende apenas de votação em duas comissões da Câmara dos Deputados

O projeto não merece prosperar, conforme adiante apresentado. Isso porque, apesar de defender a possibilidade de danos morais quando há infidelidade conjugal, não se necessita de um artigo para essa finalidade.

Conforme dito no início desta dissertação, e por isto seu título, defendemos que cada casal, por representar uma relação simétrica e horizontal, deve construir o seu projeto de vida, baseado nas possibilidades e desejos de cada um, de modo que a fidelidade deixaria de ser um dever imposto pelo Estado e passaria a ser uma obrigação pactuada entre as partes. Estando os dois em igualdade de condições, poderiam decidir, juntos, quais seriam os deveres e os direitos recíprocos devidos a cada um, respeitando o princípio da liberdade e não sendo permitido, obviamente, qualquer cláusula que violasse ou desrespeitasse a dignidade da pessoa humana. Assim, as relações seriam muito mais honestas, já que cada um saberia o que esperar do outro, evitando-se expectativas desarrazoadas e decepções futuras.

⁴⁴² A tramitação desse Projeto de Lei pode ser acompanhada em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090162>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

Outro ponto a ser criticado sobre o respectivo artigo é que, ele fulmina o princípio da igualdade das entidades familiares, desmoralizando, por completo, as uniões estáveis. O artigo é explícito que sua aplicação é para a proteção exclusiva do casamento: “O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge”.

Redigido como está, o referido artigo esvazia o dever de lealdade e desprestigia as uniões estáveis, o que, em perspectiva civil-constitucional, é francamente inaceitável. A própria justificação do Projeto de Lei, informa que o artigo serviria apenas para o artigo 1566, I do CC/02. Assim, não haveria como se aplicar o mesmo dispositivo aos deveres dos companheiros nas uniões estáveis. Há, assim, flagrante inconstitucionalidade no referido artigo, por discriminar este tipo de relacionamento familiar.

O Projeto ainda exclui as uniões estáveis (hetero e homoafetivas), o que é vedado pelo artigo 5º da Constituição Federal. A opção do constituinte foi de proteger toda as “pluralidades de estruturas familiares”, merecendo todas igual proteção jurídica, não havendo que se falar em superioridade de uma estrutura familiar perante outra. O artigo faria justamente o oposto: privilegiaria o casamento, porém, em detrimento de outras estruturas familiares, que não teriam a mesma proteção. O artigo, claramente, viola a igualdade das estruturas familiares, neste importante aspecto.

De se pensar, também, que vários casais, ainda que o dever de fidelidade seja uma imposição do Estado, são felizes em relações ditas abertas, ou poliamorosas, e outros, mesmo que ocasionalmente, concordam entre si, de terem relacionamentos eventuais com outras pessoas. Ao impor a responsabilização pela infidelidade conjugal, o artigo tolhe a liberdade desses casais nas práticas legitimamente acordadas. Novamente, o referido projeto se mostra inconstitucional.

Outra dificuldade, ainda maior, reside em definir a infidelidade ⁴⁴³. É um conceito bastante subjetivo, que comporta muitas possibilidades. Assim, a indagação: somente a infidelidade sexual, com a conjunção carnal, seria o único modo a se considerar para a responsabilização? Seria a infidelidade sentimental ou emocional, aquela em que não há a prática sexual, apenas a troca de confidências e intimidade, suficiente para a caracterização do

⁴⁴³ Existe uma grande dificuldade em se definir e diferenciar o que seria a infidelidade, deslealdade, traição e adultério, bem como o que seria considerado a infidelidade em si. Sobre o assunto ver OLIVEIRA, Maria Engel. *ORKUT: o impacto da realidade da infidelidade virtual*. 2007. 103 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9888/9888_3.PDF>. Acesso em: 10 de dez. de 2017. p.14 – 38.

ato ilícito? Um encontro casual, um evento único, seria suficiente para caracterizar a infidelidade do ofensor?

Prosseguem as dúvidas: estando o casal separado de fato, sem ainda se terem divorciado, seria caracterizada, ainda assim a infidelidade, vez que o casamento ainda seria válido? E se houve perdão por parte do ofendido, poderia ele, posteriormente, intentar uma ação pela infidelidade sofrida tempos atrás?

E a infidelidade virtual⁴⁴⁴, tão em voga ultimamente, aquela em que não há nem mesmo um contato físico, também ensejaria responsabilização? Na traição puramente virtual não haverá o adultério em si, pois não há o contato físico, tratando-se de uma relação, normalmente, efêmera, acobertada pelo anonimato, em que pese a quebra a confiança⁴⁴⁵. Nesse caso, se a relação se restringisse ao plano virtual, como caracterizar a infidelidade para a

⁴⁴⁴ Sobre o tema ver ORLEANS. Helen Cristina Leite de Lima. Infidelidade e internet: breve análise acerca da responsabilidade civil nos casos de infidelidade virtual. *Revista dos Tribunais*, vol. 943. p. 19 – 57. maio/ jun. 2014.

⁴⁴⁵ Destaca-se, nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Em 1º grau, o dano moral havia se caracterizado, porque, nas mensagens, o marido fazia comentários jocosos sobre o desempenho sexual da mulher, afirmando que ela era “fria” na cama. Outro ponto interessante dessa decisão, foi que, em que pese haver a expectativa de privacidade entre os cônjuges, a mulher logrou em provar que “o computador era de uso comum do casal, compartilhado pela família, com livre acesso ao conteúdo de e-mails. Assim, afastada a privacidade, não há como se falar em “sigilo de comunicação”. CIVIL. NÃO CONHECIMENTO PARCIAL. INADEQUAÇÃO DA DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL EM APELAÇÃO. MÉRITO. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AOS DEVERES CONJUGAIS. INFIDELIDADE. PROVAS CONSTITUÍDAS POR CONVERSAS EM SISTEMA DE TROCA DE MENSAGENS EM TEMPO REAL. ILICITUDE DA PROVA AFASTADA. CONTRAPROVA NÃO DILIGENCIADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL. INFIDELIDADE COMO FATO GERADOR DO DEVER DE REPARAÇÃO. NECESSIDADE DE GRAVE HUMILHAÇÃO E EXPOSIÇÃO. CIÊNCIA DA INFIDELIDADE ANOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO. DECURSO TEMPORAL QUE MITIGA A SITUAÇÃO VEXATÓRIA. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO DANO MORAL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Tratando-se de pretensão de demonstração de repercussão geral em sede de apelação, nota-se a inadequação da eleição dessa matéria nessa via de impugnação recursal, ainda que sob o enfoque de regularidade formal. Não conhecimento da apelação nessa parte.

2. Não infirmada a versão da obtenção de dados em documento de edição de texto de modo frontal e inequívoco, prevalece a versão da idoneidade da prova, haja vista que a demonstração da ilicitude da prova é matéria de defesa, nos termos do art. 333, II, do Diploma Processual Pátrio.

3. A jurisprudência mais responsável com a natureza jurídica do dano moral caminha no sentido de que a imposição do dever de reparar tem espaço apenas em casos particulares, quando do rompimento da relação há mais que abalo sentimental, sendo necessária a repercussão grave nos atributos da personalidade. Ou seja, a infidelidade, por si só, não gera, via de regra, causa de indenizar, apenas configurando dano moral a situação adúltera que ocasiona grave humilhação e exposição do outro cônjuge. Interpretação de julgados do e. STJ e deste TJDF.

4. Quando a ciência da infidelidade ocorre anos após a separação de fato, aludida situação vexatória deve ser concebida em termos mais detidos. Assim, como a aferição do grau do abalo é inerente ao juízo de caracterização do dano moral, o decurso temporal fortalece a conclusão de que a caracterização do dano moral não se apraz com o abalo sentimental, o qual, remetendo-se a anos anteriores, não se projeta na atualidade com a intensidade exigida para a configuração de dano moral.

5. Apelação, na parte conhecida, a que se dá provimento.

(TJDF - APL: 1181708320058070001 DF 0118170-83.2005.807.0001, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 15/04/2009, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 06/05/2009, DJ-e Pág. 147

responsabilização, uma vez que a mesma nem mesmo fora definida no plano real? Quais seriam as provas aptas a comprovar que houve a infidelidade virtual?

Outra questão a suscitar dúvidas: e a infidelidade financeira, caracterizada pela ocultação dos bens do casal ou desvio de bens que seriam do casal, vinculada à violência patrimonial descrita na Lei Maria da Penha⁴⁴⁶? Estaria este tipo de infidelidade englobado neste artigo?

A verdade é que a infidelidade não apresenta conceito único, podendo variar de casal para casal: depende do código particular de cada um, do que cada um espera de si mesmo e do próprio parceiro. Porém, a infidelidade está muito mais ligada à falta de honestidade, à deslealdade com o outro, do que apenas ao sexo.

Verifica-se que o artigo não atende ao fim a que se propõe, atrapalhando mais do que ajudando, além de se mostrar como verdadeiro retrocesso a toda a evolução da família e da responsabilidade civil. É totalmente desnecessária sua inclusão no Código Civil, visto que as ferramentas atuais são suficientes para se resolver a questão da responsabilidade civil por infidelidade conjugal. Deve-se reafirmar a inconstitucionalidade do artigo, neste sendo tantos os princípios violados.

A título de comparação, não existe nenhum artigo, nem no Código de Defesa do Consumidor, nem no Código Civil, para a inserção indevida do nome no rol de maus pagadores. Tampouco existe um estudo comprovando que o isso gere qualquer espécie de dano psicológico⁴⁴⁷. Realmente, é muito constrangedor ter o CPF inscrito nos órgãos negativos de

⁴⁴⁶ A Lei Maria da Penha, de forma a proteger o patrimônio da mulher de sofrer turbações em seu patrimônio, prevê a violência patrimonial no seu artigo 5º e uma série de medidas protetivas no seu artigo 24.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficial ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

⁴⁴⁷ “É notório que hoje muitos arrepiam-se diante dos pedidos de indenização por dano moral, posto que vem ocorrendo uma banalização deste instituto, pois qualquer abalo psicológico tem sido motivo de pleitos na justiça, com pedidos de indenizações milionárias. Apesar de toda oposição doutrinária, atualmente os tribunais tem decidido no sentido de condenar ao pagamento de indenização por dano moral por simples negativação nos

crédito, ter seu crédito negado, não poder comprar um produto e até mesmo perder a chance de um emprego, pelo “erro” de um credor. Porém, da análise dos casos apresentados, na justiça brasileira, por meio de construção tanto jurisprudencial quanto doutrinária, verificou-se que há nítida ofensa à honra e à imagem da vítima, a abalar a sua credibilidade. Assim nossos tribunais têm entendido⁴⁴⁸, sendo desnecessário qualquer artigo para isso.

O artigo não atenderia aos princípios constitucionais de proteção da pessoa humana em sua dignidade, protegendo mais a entidade familiar formada pelo casamento do que a pessoa humana em si, de forma totalmente contrária ao entendimento atual da função da família na contemporaneidade, calcada muito mais no afeto e em objetivos comuns e na função de promover o desenvolvimento e a dignidade dos seus membros. O artigo se mostra como total retrocesso.

Tendo o Direito o papel de assegurar a liberdade do indivíduo em suas escolhas pessoais, não discriminando essas escolhas⁴⁴⁹, é chegado o momento de conferir às pessoas mais poderes de pactuarem suas relações, imputando-lhes mais responsabilidades, de forma a permitir que os interessados tenham mais liberdades de reger o seu projeto familiar.

Não se pode dizer a infidelidade conjugal gera, sempre, danos morais. Tampouco se pode dizer que não gera nunca. Não está se defendendo uma (des)caracterização automática do dano moral, pelo descumprimento do dever conjugal da fidelidade. O cabimento do dano moral irá depender das circunstâncias fáticas, do caso concreto.

Afinal, o traído, sofre e se vê humilhado perante sua comunidade, vê sua honra e sua imagem sendo feridas. Não há como negar a ofensa aos direitos da personalidade, a violação a sua dignidade, o dano injusto, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade e à integridade

cadastros de inadimplentes, objetivando coibir essa prática, quando indevida. Com efeito é incontroverso que os prejuízos causados dentro do Direito de Família são muito mais danosos que àqueles, posto que o cometimento de atos ilícitos na seara familiar acarreta prejuízos morais na maioria das vezes irreversíveis, uma vez que afetam o direito da personalidade, dignidade das pessoas, motivo pelo qual não merecem ser apreciadas com o preconceito decorrente das inúmeras ações fundadas em mero abalos de crédito. ANDREKOWISK, Laune Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, n.25, jan./ mar. 2006. p.182.

⁴⁴⁸ O STJ sumulou o entendimento de que a inscrição indevida comandada pelo credor em cadastro de inadimplentes, quando preexistente legítima anotação, não enseja indenização por dano moral, ressalvado o direito ao cancelamento. Visto de outra forma, não existindo uma anotação preexistente, a inscrição indevida sempre causa dano moral, pois se trata de informação desabonadora, atingindo a honra subjetiva, devendo ser indenizado pela simples disponibilização de uma informação inverídica. “Súmula 385 - Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também já sumulou no sentido de que a inscrição indevida nos órgãos restritivos de crédito gera dano moral: “Súmula TJ/RJ nº 89 - a inscrição indevida de nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito configura dano moral, devendo a verba indenizatória ser fixada de acordo com as especificidades do caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

⁴⁴⁹ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 217.

psicofísica, componente da dignidade da pessoa humana, havendo consequências na dignidade da pessoa do traído.

Nas palavras de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: “Assim, não há como ter uma orientação única para os casos de infidelidade conjugal, eis que os valores existenciais em jogo, podem ser os mais diversos. O que se deve buscar é o efeito extrapatrimonial em concreto nos balizamentos e das viscitudes de cada caso em julgamento.”⁴⁵⁰.

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que a infidelidade representa violação aos deveres jurídicos de fidelidade e lealdade, entre os cônjuges e companheiros. Contudo, é preciso analisar cuidadosamente se, junto ao ato de traição, houve ou não a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nosso ordenamento jurídico.

Há muito tempo já alertava Carlos Drummond de Andrade: “*No adultério há pelo menos três pessoas que se enganam.*”⁴⁵¹.

O esforço deve ser no sentido de evitar a judicialização do afeto, do amor e do sentimento, bem como da enxurrada de demandas “vingativas”, repudiando-se as aventuras jurídicas, cujo único objetivo seja se vingar do outro, “lavando a roupa suja” nos tribunais.

A tutela jurisdicional apenas deve socorrer os casos em que o dano, transcendendo o abalo sentimental individual, repercute na dignidade da pessoa. A pulsão vingativa sempre existirá, porém, caberá ao Judiciário a sensibilidade de separar as demandas vingativas daquelas em que houve um real dano à pessoa.

Restará ao intérprete, à luz do caso concreto, verificar a incidência – ou não – dos danos morais nas hipóteses infidelidade conjugal. Os requisitos deverão ser observados sob caso concreto, de forma que funcionem como parâmetros para caracterização do dano. Isso porque cada caso no Direito, ainda mais no Direito de Família, é único e irrepetível.

Assim, deverá o julgador, diante de casos em que a infidelidade conjugal tenha sido o motivo do pedido de indenização dos danos morais, ponderar sobre os princípios constitucionais em jogo⁴⁵². Nos dizeres da Ministra Nancy Andriahi: “Ao analisar as lides que

⁴⁵⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O conceito de dano moral e as relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

⁴⁵¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. *O Avesso das Coisas. Aforismos*. São Paulo: Editora Record. 2.ed. 1990. p. 4.

⁴⁵² “Como o ordenamento é feito por cláusulas gerais, ocasionalmente, o interesse lesivo também estará justificado no ordenamento jurídico. Sendo assim, para casos nos quais o legislador não fez uma ponderação prévia, ou caso essa ponderação gere um resultado contrário aos fins constitucionais, a solução a ser adotada para identificar um dano ressarcível será utilizar o método da ponderação, sopesando os interesses envolvidos de acordo com o caso concreto” PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais Por Ato De Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, vol. 5/2014, p. 121 – 145. maio/ jun. 2014. p. 13.

apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.”⁴⁵³.

⁴⁵³ “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1348458 MG 2012/0070910-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014)

CONCLUSÃO

Com a sensibilidade que lhe é peculiar, a Ministra Fátima Nancy Andrichi sabiamente define como é difícil resolver conflitos em Direito de Família: “Difícil deparar-se no Direito de Família, com um processo que não machuque a alma dos envolvidos e de quem julga.”⁴⁵⁴. Cabe indagar: e quando essa alma já vem deveras machucada?

No passado, já se entendia que a infidelidade causava dores. Atualmente – comprovada por meio de consistentes estudos –, é considerada como trauma sério e de difícil superação, fulminando a autoestima do ofendido. Como dito no fim da reportagem consultada: “Mas os traídos concordam, não há dinheiro que pague tanta dor.”⁴⁵⁵.

Ao longo do estudo, verificou-se que, nos tempos contemporâneos, em que tudo se tornou relativo, a infidelidade é um tema intrinsecamente sujeito ao paradoxo: muitos praticam, mas poucos aceitam.

A separação, seja ou não pelo divórcio, lamentavelmente, acaba, por vezes, premiando o infiel, tal qual a perda do poder familiar representa prêmio ao pai que abandona afetivamente o filho. O traidor, com muita frequência, tampouco tem a coragem de romper o relacionamento em que se encontra, muitas vezes e por motivos questionáveis, transferindo ao outro – justamente à vítima – a responsabilidade pelo término. Vítima, a propósito que, tantas outras vezes, sofre graves abalos de ordem psicofísica, conforme amplamente demonstrado neste estudo.

Reconhecer efeitos jurídicos nas relações à margem do casamento e da união estável não significa mitigar o princípio da monogamia. Isso porque não se pode proteger uma instituição, tampouco uma pessoa, em detrimento de outra. Há que se separar as finalidades. Ao se reconhecer direitos ao concubino(a), advindos da falta de cumprimento do dever de fidelidade de um dos cônjuges, não se pode negar os direitos daquele que nada fez para provocar a situação. Isso, sobretudo, porque o ofendido se sustenta na boa-fé e na confiança, princípios gerais de direito, com especial proeminência no Direito de Família, nas relações afetivas entre iguais.

⁴⁵⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica: uma reflexão. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Editora Almedina, 2012. p. 215.

⁴⁵⁵ Programa Fantástico: *Mulher descobre traição na noite do casamento e recebe indenização*. Exibido na Rede Globo, em 24 de junho de 2012. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/2009795/>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

É especialmente negativa a preponderância do estritamente pecuniário sobre o afetivo. A título de exemplo, na maior parte das vezes, a demanda para o reconhecimento da família paralela só começa após da morte daquele que infringia o dever de fidelidade, com o julgamento incidindo em questões exclusivamente patrimoniais, como o reconhecimento da união estável para divisão do patrimônio e o pedido de pensão.

Embora a teoria jurídica tenha-se tornado mais existencial, teriam as pessoas caminhado na mesma direção, ou estariam apenas preocupadas apenas com as questões patrimoniais?

Ao menos, vislumbra-se uma luz no fim do túnel. Em recentíssimo julgado, o STJ determinou que, para a divisão do patrimônio, seja comprovada contribuição para a formação patrimonial, em retorno à aplicação do entendimento da Súmula 380 do STF. Em outro julgado, em sentido estritamente processual, indeferiram-se tanto o pedido de reconhecimento da união estável quanto a divisão do patrimônio do ofensor, visto que não houve citação da esposa⁴⁵⁶. A união estável tampouco foi reconhecida por falta do dever de fidelidade⁴⁵⁷.

Não se trata de uma tentativa de normatizar a atividade sexual, porque, além de impossível, é inútil⁴⁵⁸. Enquanto houver desejo sobre a terra, a questão da infidelidade estará sempre presente. Porém, nada impede que sejam feitas campanhas promocionais no sentido de se valorizar o sexo seguro, o respeito pelo parceiro, e, eventualmente, a responsabilidade pelos atos com o outro. Assim como já existem por uma paternidade mais responsável e por fornecedores mais conscientes com seus consumidores, é salutar pensarmos em relacionamentos afetivos mais responsáveis: relacionamentos em que, além da solidariedade e da igualdade, seja também enfatizada a responsabilidade de não violar a integridade psicofísica do parceiro. Qualquer relacionamento afetivo será sempre permeado por alegria e por tristeza, por saúde e por doença, mas podemos tentar evitar algumas dores.

Nos dizeres do Poetinha, Vinícius de Moraes, enquanto durar a infinitude do amor, devemos ser fiéis àquele que escolhemos compartilhar um projeto de vida juntos, dando-lhe

⁴⁵⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares. STJ rechaça, mais uma vez, as uniões paralelas. *ADFAS*, 14 dez. 2017. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2017/12/13/stj-rechaca-mais-uma-vez-as-unioes-paralelas/>> e <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6527/Em+caso+de+reconhecimento+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+com+pessoa+ainda+casada%2C+se+faz+necess%C3%A1ria+a+cita%C3%A7%C3%A3o+do+c%C3%B4njuge>> Acesso em: 10 dez. 2017.

⁴⁵⁷ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-22/stj-nega-reconhecimento-uniao-estavel-falta-fidelidade>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

⁴⁵⁸ Caio Mário já alertava sobre a impossibilidade do Estado em controlar as relações sexuais.: “Foram vãs as tentativas do Estado em controlar as relações sexuais ao estabelecer que elas só poderiam existir dentro do casamento”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL*. VOL. V. / Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 107.

zelo e atenção, cuidando, já que só quem é fiel ao seu amor, sabe o valor da liberdade, pois são dois livres que estão juntos por amor. Liberdade esta que permite que, por não ser imortal, quando a chama se apagar, se vá.

Se cada casal debater e combinar o que aceita ou não, o que é permitido entre eles, dentro da relação, a igualdade estará, indubitavelmente, presente: haverá, sim, uma relação em que a liberdade de cada um foi respeitada, muito mais baseada na solidariedade, com cuidado à integridade psicofísica de cada um, em uma forma muito mais responsável de conduzir a relação, respeitando-se a individualidade de cada um.

“É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar”⁴⁵⁹. Ao exigir apenas o que cada um pode dar, teremos relações mais verdadeiras, nas quais as escolhas serão baseadas nas possibilidades, respeitando os próprios limites e os limites alheios. Ter-se-ia a liberdade, uma escolha consciente do parceiro sobre o que se quer e sobre o que se pode realizar como casal, sem surpresas desagradáveis e, sobretudo, evitáveis. Isso é abandonar o falso pudor e a falsa moralidade, sem abrir mão da responsabilidade e do cuidado, tornando a conjugalidade menos hipócrita.

Talvez seja uma utopia a proposta. Ainda mais em uma sociedade na qual o EU está acima do TU, e o NÓS, há muito esquecido, passou a ser apenas um pronome pessoal dos livros de gramática. Porém, nunca é demais lembrar – em tempos de relacionamentos tão fugazes quanto um clique, com diálogos sendo bloqueados, com relações terminando com um simples delete –, as breves e importantíssimas lições de Antoine de Saint-Exupéry que, no Pequeno Príncipe, nos ensina: “A gente corre o risco de chorar um pouco quando se deixa cativar”⁴⁶⁰, mas que “tu se tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ SAINT-EXUPERY, ANTOINE. O pequeno príncipe. Com aquarelas do autor. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 23. ed. Rio de Janeiro: Agir.1981. p. 40.

⁴⁶⁰ SAINT-EXUPERY, ANTOINE. O pequeno príncipe. Com aquarelas do autor. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 23. ed. Rio de Janeiro: Agir.1981. p. 84.

⁴⁶¹ SAINT-EXUPERY, ANTOINE. O pequeno príncipe. Com aquarelas do autor. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 23. ed. Rio de Janeiro: Agir.1981. p. 74.

REFERÊNCIAS

ABDO, Carmita. *Descobrimento Sexual do Brasil*. São Paulo: Summus Editorial, 2004.

ABUNDANCIA, Rita. Por que as mulheres são cada vez mais infiéis aos parceiros. *El País*, 25 de out. de 2017, Estilo. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/25/estilo/1508946075_416040.html>. Acesso em: 10 nov. 2017.

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. O Dano Moral pela Infidelidade. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.235-247.

ALLEN, E.S.; Balderrama-Durbin, C.M.; Rhoades, G.K. (2012). Demand and withdraw behaviors in couples with a history of infidelity. *Journal of family psychology: JFP: journal of the Division of Family Psychology of the American Psychological Association*, 26 1, 11-7. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/51925533_Demand_and_Withdraw_Behaviors_in_Couples_With_a_History_of_Infidelity.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

ALMEIDA, Andréia Fernandes. O papel da affectio maritalis na configuração da união estável - Comentários ao Resp 1.454.643, *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro, a.4, n.2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Almeida-civilistica.com-a.4.n.2.2015.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A influência do Direito Canônico no Direito de Família Brasileiro: Casamento. In: NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 172-196.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES DA SILVA, Marcos. Entrevista sobre a superação da monogamia como princípio jurídico. Entrevista concedida ao portal do IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 04 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4742/Entrevista+sobre+a+supera%C3%A7%C3%A3o+da+monogamia+como+prin>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.*

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.24, p. 143-175, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf 2003>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação dos deveres pessoais entre cônjuges. *Revista dos Tribunais*, v.91, n. 802, p. 11-26, ago. 2002.

ANDREKOWISK, Laune Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, n. 25, p. 181-195, jan./mar. 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica: uma reflexão. In: PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Editora Almedina, 2012. p. 215 – 218.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas*. 2008. 327f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino de. Entrevista ao Jornal da USP, falando sobre a sua tese de doutorado. PACHECO, Denis. Roma antiga tratava com rigor infidelidade, mas só da mulher. *Jornal da USP*, São Paulo, 04 ago.2017. Editoriais: Ciências Humanas, p. 1. Disponível em: <<http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/roma-antiga-tratava-com-rigor-infidelidade-mas-so-da-mulher/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BALLONE, GJ - Depressão pós-traição. In: *PsiquWeb, Psiquiatria Geral*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=344> >. Acesso em: 17 nov. 2017.

BARBOSA, Águida Arruda. Conceito Pós-moderno de Família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 21-30.

BARBOSA, Renan. Indenização por traição: o que a Justiça diz sobre isso? *Gazeta do Povo*, 11 maio 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/indenizacao-por-traicao-o-que-a-justica-diz-sobre-isso-dlg7trqnuaoe0xehud685t3fg>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 175-192.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103-117.

_____. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: Pereira, Tania; Oliveira, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

BAUCRH, Chris T.; MCELREATH, Richard. Disease dynamics and costly punishment can foster socially imposed monogamy. *Nature Communications*, n.7, 12 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/ncomms11219>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BERNARDES, Sara Maria Alves Gouveia. *A responsabilidade do Estado em regular a crise dos institutos jurídicos: Casamento e família*. Minas Gerais: Edições Superiores, 2014.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Dano Moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 475-500.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil do Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol II. 9. ed. Atual. por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1952.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Os Direitos da Personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade: Revista do departamento de direito da PUC-Rio*, Rio de Janeiro, n. 1., p. 59-73, jul./dez. 1991.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade: Revista do departamento de direito da PUC-Rio*, Rio de Janeiro, v.9, n. 29., p. 233-258, jul./dez. 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18 n. 2, p.587-628, mai/ago. 2013.

_____. A responsabilidade civil e a reparação civil em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 829-855.

_____. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista trimestral de Direito Civil*, v.1, p.89-112, jan./ mar. 2000.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.171-189.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005.

_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

_____. O princípio da dignidade humana. In: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-60.

_____. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.157-176.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 854, p. 1-37, dezembro de 2006.

_____; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao art. 226. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2114-2125.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONILHA, Helena Cristina; WITZKE, Camila Duarte. Parentalidade responsável (coparenting). *Migalhas*, 18 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263899,31047-Parentalidade+responsavel+coparenting>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRITO, Raquel Santos; CAVALCANTI, Pacífica Pinheiro. Infidelidade masculina e violência sexual: sentimentos das mulheres que as vivenciaram. *Ciência et Praxis*, v. 7, n. 14, p. 13 – 18, 2014.

BURNS, Edward McNall, História da Civilização Ocidental, traduzido por Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallando. Porto Alegre: Editora Globo, 1974. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Poliandria>>. Acesso em 10 nov. 2017.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. *Afetividade Como Fundamento Na Parentalidade Responsável*. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/10_afetividade.como.fundament.o.na.parentalidade.responsavel.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANO, Annmarie et al. Antecedents and consequences of negative marital stressors. *Journal of Marital and Family Therapy*, v. 28, n. 2, p. 145-151, abr. 2002.

_____; O'LEARY, K. Daniel. Infidelity and separations precipitate major depressive episodes and symptoms of nonspecific depression and anxiety. *Journal of consulting and clinical psychology*, v. 68, n. 5, p. 774-781, out. 2000.

CARASCO, Daniela. Meu Marido me traiu e hoje vivo um poliamor com ele e a amante. *UOL*, São Paulo, 04 de out. de 2017, Estilo e comportamento. Disponível em: <<https://estilo.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2017/10/04/meu-marido-me-traiu-e-hoje-vivo-um-poliamor-com-ele-e-a-amante.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 273-313.

CARDOSO, Ana Paula. O discreto charme da traição à francesa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 22 jul. 2015, Caderno Ela. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/paris/post/o-discreto-charme-da-traicao-francesa-569586.html>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CARVALHO NETO. Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 4. ed. rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO NETO, Inácio de. Reparação civil na separação litigiosa culposa. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 229-276.

CASTRO, Maria Guilhermina. *Fidelidade e Infidelidade nas Relações Amorosas*. 2007. 409f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação. Universidade do Porto, Porto. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/315834954_Fidelidade_e_Infidelidade_nas_Relacoes_Amorosas>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____.; POESCHL, Gabrielle; COIMBRA, Joaquim Luís. *Fidelidade e infidelidade nas relações amorosas: padrões discursivos*. Actas do VII simpósio nacional de investigação em psicologia, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3. ed. rev. e atual. 4. tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

_____. *Programa de Sociologia Jurídica*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. Vol III. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

COJEAN, Annick. La promotion de l'adultère par Gleeden combattue au tribunal. *Le Monde*, 25 nov. 2016. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/famille-vie-privee/article/2016/11/25/la-promotion-de-l-adultere-combattue-au-tribunal_5037776_1654468.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

COSTA, Crístofer Batista da; CENCI, Cláudia Mara Bosetto. A relação conjugal diante da infidelidade: a perspectiva do homem infiel. *Pensando famílias*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 19-34, jun. 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2014000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra, Almedina, 2001.

DA SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DE CUPIS, Adriano. *El Dano – Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Tradução de Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual. e aumentada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_563\)19__a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuidado.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_563)19__a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuidado.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. _____. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. _____. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. _____. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. _____. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 5: Direito de família, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. _____. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DRUCKER, Pamela. *Na ponta da Língua: As linguagens do adultério do Japão aos EUA*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. Da responsabilidade civil no novo código, 2010. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/13478>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Org.), *Diálogos sobre o direito civil – Vol. III*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 25-44.

FARIA, A. L.; ARAÚJO, C. A. A.; BAPTISTA, V. H. Assistência à vítima de violência sexual: a experiência da Universidade de Taubaté. *Revista Eletrônica de Enfermagem*, v. 10, n. 4, p. 1138-1143. Goiânia, 2008 apud BRITO, Raquel Santos; CAVALCANTI, Pacífica Pinheiro. Infidelidade masculina e violência sexual: sentimentos das mulheres que as vivenciaram. *Ciência et Praxis*, v. 7, n. 14, p. 13 – 18, 2014. p. 14.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de não permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais do novo Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006. p. 469 -489.

_____. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; _____. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; _____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

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

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. *Revista Lua Nova*, n. 70, p. 101-138, 2007. (Artigo originalmente publicado na revista *Theory, Culture & Society*, trad. Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis)

_____. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, participation. In: ____; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003. p.7-88.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 4: contratos: teoria geral*. t.1. 12. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; _____. *Novo curso de direito civil, vol. 6: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; ORLEANS, Helen Cristina Leite da Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. (org.). *Temas de responsabilidade civil*, 2012, v. 1, p. 383-440.

GAMBETTA, D. Can we trust trust? In: GAMBETTA, D. (Ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. New York: Blackwell, 1988 apud LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017.

GARCIA, Filipe Rodrigues. O direito à reparação do dano moral nas relações pré-conjugais, conjugais e paterno-filiais. *Revista de Direito*, v. 7, n. 1, p. 137-180, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/232>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GIKOVATE, Flavio. As relações, no futuro, serão mesmo do tipo “poliamor”? Disponível em: <<http://flaviogikovate.com.br/as-relacoes-no-futuro-serao-mesmo-do-tipo-poliamor>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. *Para ser feliz no amor: os vínculos afetivos hoje*. São Paulo: MG Editores, 2016.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: Francesco, José Roberto Pacheco Di (org.). *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 280-302.

GORDON, K. C.; BAUCOM, D. H.; SNYDER, D. K. (2004). An integrative intervention for promoting recovery from extramarital affairs. *Journal of Marital and Family Therapy*, 30, p. 213–231, apud SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. Infidelity’s aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner’s infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM – Famílias e sucessões*. v.1, jan./fev. 2014. p. 55-69.

_____; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009.

HOLANDA, Caroline Sátiro. Uma análise feiminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no direito brasileiro. In: 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero - REDOR, 2012, João Pessoa. *Anais Digital*. João Pessoa: UFPB, 2012, p66-85.

Disponível em:

<<http://www.ufpb.br/evento/liti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/29/185>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IWAMOTO, H. H. et al. A. A violência sexual infanto-juvenil sob a ótica dos informantes-chave. *Revista Eletrônica de Enfermagem*. v. 12, n. 4, p. 647-654, Goiânia, 2010 apud BRITO, Raquel Santos; CAVALCANTI, Pacífica Pinheiro. Infidelidade masculina e violência sexual: sentimentos das mulheres que as vivenciaram. *Ciência et Praxis*, v. 7, n. 14, p. 13 – 18, 2014.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KHANDELWAL, Swati. Ashley Madison to Pay \$11.2 Million to Data Breach Victims. *The Hacker New*, jul. 16 2017. Disponível em: <<https://thehackernews.com/2017/07/ashley-madison-data-breach.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, p. 217-236, abr./jun. 2012.

LEONARDI, Felipe Raminelli. Ensaio sobre possíveis opções dogmáticas para viabilidade de pretensão indenizatória do cônjuge ou convivente traído em face de amante: breves comentários ao REsp 1.122.547/MG. *Revista de Direito Privado*, n. 42, p. 355-378, abr./jun. 2010.

LEWIS, J. D.; WEIGERT, A. Trust as a social reality. *Social Forces*, v.63, 1985, p. 967-985 apud LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017.

LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017.

LINS, Regina Navarro. *A cama na varada: arejando nossas idéias a respeito de amor e sexo: novas tendências*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

_____. *Novas formas de amar: nada vai ser como antes, grandes transformações nos relacionamentos amorosos*. São Paulo: Planeta Brasil, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 79-97, abr./jun. 2001.

_____. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito de família e colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 920, p. 99-114, jun. 2012.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-18.

_____. Igualdade Conjugal-Direitos e Deveres. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, PR, v. 31, 1999. p. 135-146. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1868/1563>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. *Princípio da solidariedade familiar*. 11 p. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*. v. 15, n. 57, p. 287-302, jan./ mar. 2014.

LOW, Bobby. Ecological and social complexities in human monogamy. In: U. Reichard & C. Boesch (Ed.). *Monogamy: Mating Strategies and Partnerships in Birds, Humans and Other Mammals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 161-176

LUCENA, Marcela Zamboni. *Quem acreditou no amor, no sorriso, na flor: a confiança nas relações amorosas*. 2009. 256f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia. Universidade Federal de Pernambuco, CFCH, Pernambuco. Disponível em: <http://www.bdtd.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/9380/arquivo4211_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 de dez. 2017.

LUHMANN, N. Familiarity, Confidence, Trust: problems and alternatives. In: GAMBETTA, D. (Ed.). *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*. New York: Blackwell, 1988. 1988 apud LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017.

MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, n. 11, p. 148-160, out./dez. 2001.

_____. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; BARBOSA, Eduardo (org.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MAIA, Angelus Emilio Medeiros de Azevedo. Responsabilidade civil no âmbito conjugal: da violação do dever de fidelidade e de sua indenizabilidade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 03 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58407>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima (et al.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor* (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A Reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120-148.

_____; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista CEJ*. Brasília, v. 9, n. 28, p.15-32, março 2004.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Zigiotti de. Responsabilidade Civil e Relacionamento Extraconjugal. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-14.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MISZTAL, Barbara A. *Trust in Modern Societies*. The search for the Base of Social Order. Cambridge: Polity Press, 1996 apud ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da*

Proteção da Confiança - Em Busca da Tutela de Expectativas Legítimas. 2008. 206f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

_____. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O conceito de dano moral e as relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 29 jun. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MULTEDO, Renata Vilela. Liberdade e família: *Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Carlos Silveira (Coord.). *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar 1999.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVA, Milena Donato. Dano Moral e inadimplemento Contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 13-28, maio/ jun. 2014.

OLIVEIRA, Euclides de. *Impedimentos Matrimoniais na União Estável*. 21 p. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/197.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. *União estável, do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

_____. União Estável na Jurisprudência do STJ e do STF. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 215-236.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Maria Engel. *ORKUT: o impacto da realidade da infidelidade virtual*. 2007. 103 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9888/9888_3.PDF>. Acesso em: 10 dez. 2017.

OLTRAMARI, Victor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Infidelidade e internet: breve análise acerca da responsabilidade civil nos casos de infidelidade virtual. *Revista dos Tribunais*, vol. 943/2014, p. 19 – 57. maio/ jun. 2014.

PACHECO, Denis. Roma antiga tratava com rigor infidelidade, mas só da mulher. *Jornal da USP*, São Paulo, 04 ago.2017. Editoriais: Ciências Humanas, p. 1. Disponível em: <<http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/roma-antiga-tratava-com-rigor-infidelidade-mas-so-da-mulher/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

PASINI, Willy. *Amores infieis: psicologia da traição*; Tradução Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

PEREIRA JÚNIOR. Antonio Jorge, GOZZO. Débora e LIGEIRA. Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Editora Almedina, 2012.

_____. A Co-regulação da família pelos círculos sociais (sociedade civil e estado): Um diálogo com a Constituição Federal do Brasil. In: SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Marcos Alves da; CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Direito de Família*. Curitiba: CONPEDI, 2013, p. 8-38.

PEREIRA, Aurea Pimentel. *União estável: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. -25. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. _____. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Concubinato e União Estável*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Direito de Família uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

_____. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

_____; CUNHA PEREIRA, RODRIGO. da (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Vinícius Martins. Danos Morais Por Ato De Infidelidade: uma análise à luz da identificação dos danos ressarcíveis. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, vol. 5/2014, p. 121 – 145. maio/ jun. 2014.

PEREL, Esther. Repensando a infidelidade... uma palestra para quem já amou. *TED2015*, mar. 2015. Vídeo de 21min32seg. legendado. Tradução de Viviane Ferraz Matos Disponível em: <https://www.ted.com/talks/esther_perel_rethinking_infidelity_a_talk_for_anyone_who_has_ever_loved?language=pt-br#t-318128>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETERMANN, Fraz. *Psychologie des Vertrauens*. Sailzburg: Otto Müller, 1985.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Solidariedade e responsabilidade no Direito de Família. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. Volume 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 113-147.

PONDÉ, Luiz Felipe. *Amor para corajosos*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017.

PORFÍRIO, Fernando. HERANÇA INDESEJADA- Homem deve indenizar mulher por ter passado sífilis para ela. *CONJUR- Consultor Jurídico*, 27 out. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-out-27/homem_indeniza_mulher_passado_sifilis_ela>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PROGRAMA FANTÁSTICO. *Mulher descobre traição na noite do casamento e recebe indenização*. Exibido na Rede Globo, em 24 de junho de 2012. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/2009795/>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Editora Forense, 2002.

RESENDE, Nara Rubia Alves. Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 5, n. 21, p. 5-32, dez./ jan. 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei 10.406 de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 31-46.

_____. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004.

_____; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital Da. (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa* – São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família, volume 6*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Breve Histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - RFDUSP*, v. 88, p. 239-254, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67221/69831>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

ROSEVALD, Nelson. Entrevista: especialista vai abordar a responsabilidade civil no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Entrevista concedida ao portal do IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de família. 04 set. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5134/+ENTREVISTA%3A+especialista+vai+abordar+a+responsabilidade+civil+no+IX+Congresso+Brasileiro+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

ROSSI, Luiz Fernando Salles. O Abuso de Direito nas relações de família. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. v 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 87-111.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Grecco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAINT-EXUPERY, Antoine. *O pequeno Príncipe*. Com aquarelas do autor. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 23. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1981.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Marcos Alves da; CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Direito de Família*. Curitiba: CONPEDI, 2013.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano Moral Indenizável*. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit Français*. Paris: LDGJ, 1951. Tomo II. n. 525.

SCABELLO, Edilaine Helena. *Desvelando a dor amorosa da infidelidade conjugal: discursos de homens e mulheres*. 2006. 356 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade De São Paulo, São Paulo.

SCHEINKMAN, M. Para além do trauma da traição: reconsiderando a infidelidade na terapia de casais. Original de. *Family Process*, n. 44, p. 227-244, 2005. Tradução de Clarissa Peixoto, Nova Perspectiva Sistêmica, 30, p. 44-66, abr. 2008, no prelo. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5633f67de4b05ce588075c8c/t/563e6192e4b0d49f2177984c/1446928786568/ScheinkmanPortuguese2008.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

SCHINE, Cathleen. *She is me*. Boston, Little Brown, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Direito Civil e constituição*. São Paulo: editora atlas, 2013

_____. *Direitos da personalidade*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Famílias simultâneas e rede familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 237-254.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital Da. (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa* – São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 717 -730.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Família e Dignidade Humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/6.pdf>. Acesso em 22 nov. 2017.

_____. Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.32-49.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM v. 8, n. 35, p. 53-77, abril/maio 2006.

SHROUT, M. Rosie; WEIGEL, Daniel J. .Infidelity's aftermath: Appraisals, mental health, and health-compromising behaviors following a partner's infidelity. *JSPR – Journal of Social Personal Relationship*, p. 1-25, April 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0265407517704091>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

SILVA, C. G. M. O significado de fidelidade e as estratégias para prevenção da AIDS entre homens casados. *Revista de Saúde Pública*. v. 36, suplemento 4, p. 40- 49, São Paulo, 2002.

SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: O direito de família entre a constituição e o Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) *A Reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 451-476.

SILVA, Marcos Alves da. *Conjugalidade Sem Casamento: A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um lugar de não-direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a322852ce0df73e2>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da (org). Sexualidade, família e religião na colonização do Brasil. Lisboa: Horizonte, 2001, p. 113-124 apud SILVA, Marcos Alves da. *Conjugalidade Sem Casamento: A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um lugar de não-direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a322852ce0df73e2>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de casamento e de união estável. *Revista do Advogado*, v. 28, n. 98, p. 186-201, jul. 2008.

_____; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____; _____. *Grandes temas de Direito de Família e das sucessões volume 2*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Divórcio e separação após a EC n. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O estatuto destruidor das famílias - Projeto de Lei que tramita no Senado, chamado Estatuto das Famílias, pode abrir as portas para a legalização da poligamia e do incesto e trazer danos para crianças e adolescentes. *Gazeta do Povo*, 27 set. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/artigos/o-estatuto-destruidor-das-familias-9buuozo0waq95i1ctpi8n096x>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Responsabilidade Civil no rompimento do casamento III: Infidelidade*. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/responsabilidade-civil-no-rompimento-do-casamento-iii-infidelidade/>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. STJ rechaça, mais uma vez, as uniões paralelas. *ADFAS*, 14 dez. 2017. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2017/12/13/stj-rechaca-mais-uma-vez-as-unioes-paralelas/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SILVA, Roberto de Abreu. *A falta contra a legalidade constitucional: hermenêutica da responsabilidade civil proveniente de danos injustos, em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o novo Código Civil/2002* – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. A conduta da vítima na responsabilidade Civil Decorrente do Casamento e da União Estável. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.423-433.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

STEFFENS, Barbara A. e RENNIE, Robyn L. (2006). The Traumatic Nature of Disclosure for Wives of Sexual Addicts. *Sexual Addiction & Compulsivity - The Journal of Treatment & Prevention*, v. 13, fev. 2006. p. 247-267. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10720160600870802?journalCode=usac20>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. V.5: direito de família. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. V.5: direito de família. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, ano 8, n.35, p. 05-32, abr./ maio, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Renovar, 2005.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Org.), *Diálogos sobre o direito civil – Vol. III*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.3-24.

_____. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 32, p. 138-158, out./ nov., 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – Vol. IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. *Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil – Vol. III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____; _____ (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 499-525.

THOMPSON, Anthony P. Extramarital Sex: A Review of the Research Literature. *The Journal of Sex Research*. v. 19, n. 1, p. 1-22, fev.1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3812416>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

THUEGAZ, Aurélie. Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux? *Village de La Justice-justice.com*, 28 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.village-justice.com/articles/Que-reste-devoir-fidelite-entre-epoux,25366.html>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

THURLER, Ana Liési. *Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil*. Florianópolis: Mulheres, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direito de família*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

VIEGAS, T.; MOREIRA, J. M. Julgamentos de infidelidade: Um estudo exploratório dos seus determinantes. *Estudos de Psicologia*. v. 18, n. 3, p. 411-418. jul./set., 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Lael, 2009.

ZAMPIERI, A. M. F. *Erotismo, sexualidade, casamento e infidelidade: sexualidade conjugal e prevenção do HIV e da AIDS*. São Paulo: Agora, 2004.

ZEGER, Ivone. Confie – mas peça recibo. *Ivone Zeger – Família e Herança*, 10 out 2014. Disponível em: <<http://ivonezeger.com.br/2014/10/10/confie-mas-peca-recibo/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

ZUCKER, L. G. Production of Trust: institutional sources of economic structure 1840-1920. *Research in Organizational Behavior*, v.8, 1986, p. 53-111 apud LIMA, Suzana Maria Valle; MACHADO, Magali dos Santos; CASTRO, Antônio Maria Gomes de. *Confiança: modos de produção e principais determinantes no relacionamento entre equipes de pesquisa parceiras*. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 93-115, jun. 2002. p. 96. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572002000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2017.

DOCUMENTOS JURÍDICOS**JURISPRUDÊNCIA**

BRASÍLIA (Distrito Federal). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0118170-83.2005.807.0001, da 2.a Turma Cível. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Rel. J.J. Costa Carvalho. Brasília, 15/04/2009.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Tribunal de Justiça. Apelação Cível Juizado n.º 2011.07.1.035889-7, da 3.a Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Rel. Juiz Hector Valverde Santanna. Brasília, 04/09/2012.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Tribunal de Justiça. Apelação Cível Juizado n.º 2013.02.1.004435-2, da 2.a Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Rel. Juiz Antônio Fernandes Da Luz. Brasília, 14/01/2014.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º0017519-38.2013.8.07.0009, da 5.a Turma Cível. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Rela. Maria de Loures Abreu. Brasília, 19/08/2015.

GOIÁS(Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º141772-6/188, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Rel. Des. João Ubaldo Ferreira. Goiânia, 28/07/2009.

PIAUI(Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º201400010051031, da 3ª Câmara Especializada Cível. Rel. Des. Ricardo Gentil Eulálio Dantas. Teresina, 17/12/2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0011989-14.2011.8.19.0066, da 7.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Ricardo Couto de Castro. Rio de Janeiro, 30/01/2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0007742-78.2008.8.19.0006, da 2.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara. Rio de Janeiro, 26/02/2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0009414-10.2011.8.19.0203, da 20.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Mauro Pereira Martins. Rio de Janeiro, 05/08/2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0372328-32.2009.8.19.0001, da 11.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas. Rio de Janeiro, 07/06/2017.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70026482075, da 7.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 22/07/2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º0083902-77.2012.8.26.0114, 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des^a.:Ana Lucia Romanhole Martucci São Paulo, 09/04/2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º1016384-54.2014.8.26.0576, da 9.a Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Des. Galdino Toledo Júnior. São Paulo, 02/08/2016.

STJ, REsp n° 742.137/RJ, Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 16/08/2007.

STJ, REsp n° 112.2547/MG, Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 10/11/2009.

STJ, REsp n° 922.462/SP, Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, 04/04/2013.

STJ, REsp n° 1348458 MG, Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08/05/2014.

STJ, AREsp n° 641.396/RS, Terceira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 30/06/2015.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Lei no 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 5716/2016. Altera o Código Civil, para dispor sobre reparação civil de dano em virtude de descumprimento de dever de fidelidade recíproca no casamento. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090162>>. Acesso em: 22 jan. de 2018.

ANEXO A

Table 2
Percentage of Study Participants Diagnosed With a Major Depressive Episode (MDE)

Diagnosis of MDE	Group	
	HME	Control
Present^a		
%	72	12
<i>n</i>	18	3
Absent		
%	28	88
<i>n</i>	7	22

Note. For each group, $n = 25$. HME = humiliating marital event.

^a $F(1, 47) = 25.43, p < .0001$.

ANEXO B**PROJETO DE LEI Nº 5716/2016****(Do Sr. Rômulo Gouveia)****Acresce dispositivo à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.****O Congresso Nacional decreta:**

Art. 1º Esta Lei acresce dispositivo à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre reparação civil de dano em virtude de descumprimento de dever de fidelidade recíproca no casamento.

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 927-A:

“Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A infidelidade conjugal constitui afronta ao disposto no art. 1.566, *caput* e inciso I, do Código Civil (2002), que impõe a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges no casamento, e deve ser motivo suficiente, uma vez que produz não apenas a culpa conjugal, mas também a culpa civil, para embasar a condenação do cônjuge infrator a indenizar o dano moral provocado ao outro cônjuge.

No intuito de explicitar no âmbito do Código Civil a responsabilidade civil por dano moral decorrente do descumprimento por qualquer dos cônjuges do dever de fidelidade recíproca no casamento, propõe-se nesta oportunidade o presente projeto de lei, que cuida de acrescentar um dispositivo com este teor normativo ao referido diploma legal.

Certo de que a importância deste projeto de lei e os benefícios que dele deverão resultar serão percebidos pelos meus ilustres Pares, esperamos contar com o apoio necessário para a sua aprovação.

Sala das Sessões, em de de 2016

Deputado **RÔMULO GOUVEIA**
PSD/PB

TEORIAS QUE CONCEITUAM O DANO MORAL			
TEORIAS OBJETIVAS => conforme o bem tutelado atingido. Desvinculam da existência do dano, sentimentos humanos. Basta a prova de violação do bem jurídico tutelado para caracterizar a lesão.			
TEORIAS SUBJETIVAS	Lesão do direito da personalidade	Lesão ao patrimônio ideal	Lesão à dignidade humana
<p>DANO MORAL POR EXCLUSÃO</p> <ul style="list-style-type: none"> - O que não é dano material é dano moral. - Simples e ampla - Simples e didática <p>CRÍTICA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pouco colabora para o debate de identificação das hipóteses que caracterizam tecnicamente o dano moral. - Esvazia a potencialidade do instituto, ao se enquadrar uma infinidade de situações jurídicas passíveis de serem enquadradas como 	<p>Efeitos da lesão na pessoa ofendida. Nada importa a natureza do bem jurídico ofendido e sim as consequências produzidas na vítima, objetos da reparação são os efeitos patrimoniais ou extrapatrimoniais e não a lesão.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Defensor: Aguiar Dias. Definição: "Dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais. Dano moral é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que homem experimenta em face da lesão. <p>CRÍTICA:</p> <p>Todas as objeções às doutrinas subjetivas estão neste ponto. Equiparar dano moral a dor, além de suscitar as contradições em tema deamentais e pessoa jurídica, na prática configura óbice intrínseco no que tangente a comprovação do dano.</p> <p>Basicamente a teoria subjetiva no EFEITO DA LESÃO</p>	<p>Defensor: Wilson Melo da Silva.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lesão ao patrimônio ideal. - Dano moral são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ídela, que é, em contraposição ao não direito violado. "Dano moral remete à ideia a devolução ao dever de abstenção a direito absoluto (oponível a todos, no âmbito do direito civil) não patrimonial". <p>CRÍTICA:</p> <p>Para um alargamento das hipóteses de reparação do dano moral, para além dos direitos da personalidade (direito a honra, imagem, nome, privacidade, integridade psico-física, etc) "Os direitos da personalidade não encerram todas as possibilidades de reparação do dano moral. Nem sempre decorre da violação dos direitos da personalidade outros existem, como lesão ao bem patrimonial de distinto valor da feição e perda de ente querido.</p>	<p>Maria Celina Bodin Moraes</p> <ul style="list-style-type: none"> - Defensor: Maria Celina Bodin Moraes - Dano moral é a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana, que se encontra fundado em quatro substratos, e, portanto, corporificada nos conjuntos dos princípios da: Igualdade, Liberdade, Solidariedade e Integridade psico-física. Assim, danos injustos são os únicos que merecem tutela; A injustiça do dano não está vinculada a sentimentos negativos da vítima. - Danos injustos -> São danos a situações merecedoras de tutela jurídica, bem jurídico tutelado, interesse ou direito da pessoa humana, merecedora de tutela por parte do ordenamento jurídico. Consequências geradas ao se qualificar o dano como lesão a dignidade humana: 1) Toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade como pessoa será, automaticamente, considerada violadora de sua personalidade, e se concretizada, causadora de dano no moral a ser reparado. 2) Apenas as situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais => Liberdade, igualdade, solidariedade (social ou familiar) e integridade psico-física, no plano extrapatrimonial em sentido estrito => verificação das circunstâncias no caso concreto.
	<p>Defensor: Paulo Luiz Netto Lôbo</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ligação umbilical (forte, estreita, íntima) entre direito da personalidade e dano moral. - Somente violações ao direito da personalidade. - Dor é consequência e não direito violado. "Dano moral remete à ideia a devolução ao dever de abstenção a direito absoluto (oponível a todos, no âmbito do direito civil) não patrimonial". <p>CRÍTICA:</p> <p>Para um alargamento das hipóteses de reparação do dano moral, para além dos direitos da personalidade (direito a honra, imagem, nome, privacidade, integridade psico-física, etc) "Os direitos da personalidade não encerram todas as possibilidades de reparação do dano moral. Nem sempre decorre da violação dos direitos da personalidade outros existem, como lesão ao bem patrimonial de distinto valor da feição e perda de ente querido.</p>	<p>Defensor: Sérgio Cavalieri Filho</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lesão a direito subjetivo constitucionais à dignidade => Sintetiza todos os direitos da personalidade - CRFB => reparabilidade plena do dano moral, correlacionado aos direitos e X - Direito a dignidade -> fundamento, essência, sentido sistemático, de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. - Substancial efeito ampliativo; - Retira a verificação da dor e qualquer sentimento negativo - Dano imaterial ou não patrimonial - A dor é consequência do dano moral. <p>CRÍTICA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Violação a qualquer situação jurídica subjetiva extra-patrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela jurídica será insuficiente para gerar reparação. A diferença entre o que e o que não é dano moral, está na injustiça do dano. 	