

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOSÉ RICARDO ALVES FERREIRA DA SILVA

**RESPONSABILIDADE AFETIVA NA RELAÇÃO CONJUGAL: A TRAIÇÃO COMO
VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO CASAMENTO.**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2015**

JOSÉ RICARDO ALVES FERREIRA DA SILVA

**RESPONSABILIDADE AFETIVA NA RELAÇÃO CONJUGAL: A TRAIÇÃO COMO
VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO CASAMENTO.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Privado, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Orientador: Professor Me. Danilo Porfírio de Castro Vieira

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2015.**

JOSÉ RICARDO ALVES FERREIRA DA SILVA

**RESPONSABILIDADE AFETIVA NA RELAÇÃO CONJUGAL: A TRAIÇÃO COMO
VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO CASAMENTO.**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Privado, no Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* de Advocacia Empresarial, Contratos,
Responsabilidade Civil e Família da Escola de
Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília-DF, 27 de fevereiro de 2015.

Professor Me. Danilo Porfírio de Castro Vieira
Professor Orientador

Professora Mestra Lara Morais
Membra da Banca Examinadora

Professora Mestra Janete Ricken Lopes de Barros
Membra da Banca Examinadora

RESUMO

O trabalho analisa a possibilidade de reparação do cônjuge adúltero fundada na violação da boa-fé objetiva, em especial a cláusula geral de fidelidade no casamento. Busca-se a partir da evolução das relações sociais e, conseqüentemente, familiares o estabelecimento do atual paradigma do direito de família, que revela que os casamentos são firmados com base em laços de afeto e amor, através de escolhas livres e despatrimonializadas. Parte-se do estudo da natureza jurídica do casamento à análise do dever de fidelidade como cláusula geral do matrimônio, passando pela posição doutrinária até a jurisprudencial sobre a reparação civil nos casos de traição, dando enfoque para a necessidade de observância da boa-fé objetiva pelos consortes a ponto de sua ruptura sujeitar o infiel à indenização correspondente.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Dever de fidelidade. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The paper analyzes the possibility of repairing the adulterous spouse alleging infringement of objective good faith, in particular the general principle of fidelity in marriage. Search up from the evolution of social relations and, consequently, the family property of the current paradigm of family law, which shows that marriages are entered into on the basis of affection and love ties through free choices and despatrimonializadas. This is on the study of the legal nature of marriage to the analysis of the duty of loyalty as a general clause of marriage, through doctrinal position to the case law on civil redress in cases of treason, focusing the need for compliance with objective good faith by consorts about to rupture the infidel subject to compensation.

Keywords: Civil responsibility. Duty of loyalty. Objective good faith.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. NOVO PARADIGMA DE DIREITO DE FAMÍLIA.....	9
1.1. Exposição geral sobre o modelo tradicional de direito de família em descompasso como modelo liberal de direito civil	9
1.2 Da afetividade e seus efeitos.....	17
1.3. Diferença entre fidelidade e lealdade e sua relação com a boa-fé.	23
2. O CASAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA	31
2.1 O que é o casamento?	31
2.2. Fidelidade como cláusula geral do casamento (boa-fé objetiva)	37
3. A INFIDELIDADE COMO FATO GERADOR DE RESPONSABILIDADE AFETIVA	42
3.1 Tendências atuais doutrinárias e jurisprudenciais sobre a infidelidade (a infidelidade como causa de responsabilidade).	42
3.2. A traição como causa de descumprimento contratual no casamento.	49
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Ao questionar o modelo político globalizado do que chama de pós-modernidade, Luc Ferry indaga que *se quisermos inscrever a política futura em um espaço de significação que não seja natimorto, precisamos inovar e parar de nos apegarmos afluente ou preguiçosamente às velhas certezas*. E vai ainda além questionando *de que forma os valores da vida privada poderiam abrir um outro horizonte*¹ Segundo o filósofo, a resposta a essas indagações perpassam pelos valores da família, uma vez que o único laço social que *nos últimos dois séculos se aprofundou, intensificou e enriqueceu foi o que une as gerações no seio da família*.

Essa percepção é determinante para se constatar que os avanços da globalização e as mudanças na estrutura da sociedade tem um nítido reflexo das transformações havidas nas relações familiares. Foram as famílias que no início da civilização ocidental serviram de base para a estruturação da sociedade e para a geração das riquezas. O mundo era exclusivamente matrimonialista e patriarcal. As decisões importantes de um núcleo se concentravam na figura do homem, enquanto encampava a atribuição de trazer o alimento e o sustento da família.

O avanço nas pesquisas científicas, o aprimoramento das técnicas de produção a que se veio denominar de revolução industrial, dentre outros fatores, alteraram a estrutura social e fizeram com que as mulheres também buscassem uma posição no mercado de trabalho, antes exclusividade masculina. As conquistas de direitos que daí advieram do ponto de vista social, político e civil não se concretizaram sem a penetração no seio familiar. O conflito de interesses, a não mais sujeição da esposa aos desmandos de seu marido, o fortalecimento da mulher e a confiança despertada em seus talentos, podem ser elencados como fatores que propiciaram que a mulher voltasse o olhar para a sua independência econômica antes de se vincular a um companheiro pela via do casamento.

O que antes era naturalmente suportado como um dever inerente à figura de esposa – a exemplo de agressões, humilhações, infidelidades, sua subjugação à figura masculina – hoje,

¹ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p. p.87-88.

com a plenitude das liberdades individuais e a manutenção dos direitos de 1ª e 2ª geração², não há espaço para tolerar semelhantes condutas masculinas. As mulheres estão independentes. Gerem e chefiam as famílias e seus orçamentos. Criou-se, no dizer de Luc Ferry, a emancipação dos indivíduos com relação aos comunitarismos tradicionais, confirmada pela história da família moderna com a invenção da vida privada, que ela ao mesmo tempo representa e consagra.

Nessa linha de ideias, percebe-se que os casamentos (e as uniões de companheirismo) passam a se estabelecer com base numa relação de igualdade entre os consortes, na qual ambos são parceiros para a construção da família e a administração do lar. A conjunção de esforços é recíproca e os relacionamentos se estruturam em laços de amor e afeto. As relações sociais desenvolvidas nos seios das famílias refletem a gama de conquistas civis experimentadas no último século.

A paternidade deixa de lado o critério unicamente biológico para se estabelecer também em laços afetivos. O afeto, portanto, passa a ser o elo entre os casais casados ou em união estável. Em vista disso, os deveres conjugais devem ser analisados sob o enfoque das transformações das relações experimentadas na sociedade.

O Código Civil de 2002 procurou acompanhar essas evoluções culturais e sociais e inovou ao estabelecer um sistema de cláusulas abertas, inspirado nos ensinamentos de Miguel Reale, em sua ontognoseologia jurídica, segundo a qual *se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias ou subciências: o culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do direito.*³ Nesse prisma, as relações civis devem ser vistas à luz da cultura, experiência e da história, sendo certo que ao lado do fato e da norma, Reale inseriu o terceiro elemento valorativo, que torna sua teoria tridimensional dinâmica e atual.

Assim, considerando que o afeto passou a ser o elo dos relacionamentos e, sobretudo, tendo em vista que a liberdade e a igualdade são estabelecidas na maioria dos relacionamentos conjugais, a afronta ao dever de fidelidade no casamento é capaz de gerar uma legítima

² Como ensinado por Paulo Bonavides, “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.” Ao passo que 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).

³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Lei de introdução e parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol.1. p.87.

quebra da confiança despertada no outro cônjuge, capaz de lhe causar objetivamente uma ofensa aos direitos da personalidade, mormente ao considerar que as partes são livres para permanecerem unidas e que, tanto no início, como no desenvolvimento do relacionamento conjugal – não se esquecendo da sua natureza contratualista –, a boa-fé deve nortear os padrões de conduta adotados pelos consortes.

Com base nessas premissas é que se pretende demonstrar a possibilidade jurídica de reparação do cônjuge adúltero fundado na violação da boa-fé objetiva, em especial a cláusula geral de fidelidade no casamento.

O objeto do presente estudo diz respeito à possibilidade de impor a um cônjuge a responsabilização afetiva pela traição, na medida em que esse fato implica na quebra de um dos deveres da relação conjugal. Diversos são os fatores jurídicos e sociais que alteraram as relações havidas no casamento e, conseqüentemente, nas famílias de um modo geral. Nas últimas décadas vimos surgir várias modalidades de formação familiar, desde as famílias monoparentais até as chamadas homoafetivas. Mas, em que medida as transformações da família moderna possibilita a imposição aos consortes de sanções pecuniárias pela quebra do afeto? O princípio monogâmico, por si só, seria suficiente para embasar tal responsabilização?

A questão que se pretende enfrentar diz respeito à possibilidade de o cônjuge vitimado pelo adultério pleitear indenização pela simples traição. A fundamentação poderia ser o descumprimento da cláusula geral de fidelidade no casamento e, conseqüentemente, a boa-fé objetiva. A doutrina é dividida nesse particular encontrando adeptos da indenização e outros radicalmente contrários. A jurisprudência, por seu turno, admite a indenização mais pelas conseqüências advindas que pela quebra do dever de fidelidade, propriamente dito.

Como afirmado por Luc Ferry⁴ as transformações sociais passam, mais do que do ponto de vista da coletividade, pelo prisma do indivíduo, do singular, inserido no seio da família, cujos valores foram se alterando de acordo com as mutações, avanços e progressos da sociedade. É a partir dessa ótica que se pretende analisar as questões propostas.

⁴ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p.

1. NOVO PARADIGMA DE DIREITO DE FAMÍLIA

1.1. Exposição geral sobre o modelo tradicional de direito de família em descompasso como modelo liberal de direito civil

O casamento por muitos anos foi usado para estabelecer as relações sociais nas respectivas castas e possibilitar a acumulação e transmissão das riquezas de uma determinada família. Já se estabeleceu a figura do *dote* como premiação pela contração de determinado matrimônio. A família que ofertasse melhor dote poderia escolher o “candidato” ao matrimônio que mais lhe satisfizesse. É verdade, a família... A vontade individual dos cônjuges era um mero detalhe, que deveria se enquadrar nas tradições e tratativas já realizadas pelos patriarcas de dois núcleos. Luc Ferry ao discorrer sobre estudos históricos sobre o casamento atesta: *em primeiro lugar e antes de tudo, que na Idade Média, na Europa, o casamento praticamente nunca se origina da paixão amorosa, do sentimento. Ele atende a finalidades e a imperativos muito diferentes*⁵. E conclui:

o objetivo do casamento é duplo: trata-se primeiramente de assegurar a linhagem, a transmissão do nome e do patrimônio ao mais velho, e de fabricar braços para manter a fazenda e nela trabalhar. Linhagem, biologia e economia aparecem assim como os três pilares da união familiar, e (...) se por acaso acontece de as pessoas se amarem, é um fato realmente excepcional, pois o amor, mesmo que teoricamente recomendado pela Igreja (...) não é absolutamente nem o princípio, nem o fim do jogo.⁶

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias descrevem o papel desenvolvido pelas famílias constituídas em séculos passados, cujo modelo apresentava as seguintes características:

“(...) patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916. naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra “*até que a morte nos separe*”, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento.

Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com visas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do

⁵ FERRY, Luc. **A revolução do amor:** por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.77.

⁶ FERRY, Luc. **A revolução do amor:** por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.78.

vínculo, pois a desagregação da família correspondia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial”⁷ (p.40)

Pontes de Miranda ensina que a família romana compreendia *o pater famílias, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher in manu, que se considerava em condição análoga à de uma filha: loco filiae*. Conforme aponta, o tipo patriarcal da família romana constitui o auge do despotismo do varão: *o marido tem o poder de vida e de morte, de mancipação e de repúdio. É fácil perceber-se como o despotismo romano cerceava os atos da mulher*.⁸

Embora afirmasse que o código civil de 1916 não empregava a palavra *família* para caracterizar um círculo social, Pontes de Miranda apontou que guardava multiplicidade de conceitos:

Ora significava o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra.⁹

Com efeito, o Código Civil Brasileiro de 1916 teve marcante influência do Código Francês – o chamado Código Napoleônico. Apontamentos históricos¹⁰ asseguram que o anteprojeto do código civil elaborado por Clóvis Bevilacqua, jurista e filósofo brasileiro, a pedido do Ministro da Justiça Epitácio Pessoa, *representava uma inteligente sedimentação de soluções brasileiras e estrangeiras num diploma simples, coerente e sistemático*. De acordo com Bevilacqua:

Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4.ed. Jus Podivm: Salvador, 2012. vol.6. 1066p. p.40

⁸ MIRANDA. Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1983. 510p. p.173.

⁹ MIRANDA. Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1983. 510p. p.174

¹⁰ Acessível em <<http://educacao.uol.com.br/biografias/clovis-bevilacqua.jhtm>>. Consulta realizada em 03 de junho de 2014.

associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem tôdas a consolidar a associação familiar.¹¹

O conceito desse instituto acaba por ser reproduzido, nas palavras de Bevilaqua, como *a associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo Direito.*¹²

Com o passar dos anos e o desenvolvimento das relações econômicas e sociais esse cenário familiar mudou sua concepção, como aponta Marcos Ehrhardt Júnior:

“(...) Inicialmente concebida como célula fundamental de qualquer agrupamento social, a família, que poderia ser descrita como um núcleo de proteção de interesses econômicos e de reprodução, fundada essencialmente no matrimônio e em rígidas hierarquizações para garantia da segurança jurídica e preservação do patrimônio familiar, revelou-se, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem”, onde podemos destacar, entre outros aspectos, a afetividade, como seu fundamento e finalidade, permitindo a desconsideração do móvel econômico para prestigiar a estabilidade e ostensibilidade de relacionamentos que se apresentem publicamente de modo comprometido com um projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre cônjuges e na igualdade entre filhos no domínio familiar.”¹³

Maria Berenice Dias afirma que *sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases*. Por isso, afirma que a

*família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito às críticas de toda sorte.*¹⁴

¹¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. 476p. p.17.

¹² BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. 476p. p.20.

¹³ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. **Da responsabilidade civil no direito de família**. in **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo**. Albuquerque, Fabíola Santos, Ehrhardt Júnior, Marcos, Oliveira, Catarina Almeida de (Coord.). Jus Podivm: Salvador, 2010. p. 353-372.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.29.

É o que Luc Ferry definiu como a desconstrução das tradições, que marcou o século passado, assim como a elevação potencial do individualismo.¹⁵ Nesse novo cenário, as relações individuais passaram a ter um matiz mais relevante. Segundo aponta:

No passado, princípios bem diferentes ditaram a ética de nossos ancestrais: o *Cosmos* dos gregos, o Deus dos judeus e dos cristãos, a Razão e os direitos do humanismo moderno e republicano, com seus prolongamentos políticos, o patriotismo, o colonialismo ou a ideia revolucionária. Eles foram, em sua época, motivo de sacrifícios coletivos bem mais notáveis e carregados de sentido do que as exigências da vida sentimental. Somente mais tarde, no Ocidente moderno, em consequência de uma história muito singular, a da família moderna, da natalidade, da difusão do casamento livremente escolhido, o amor substituiu pouco a pouco todos os princípios fornecedores de sentido, todas as outras fontes de legitimação de nossos mais profundos ideais.¹⁶

A mudança dessa perspectiva, assim como outros avanços sociais, permitiram a evolução da relação conjugal: antes completamente patriarcal e com notória submissão da mulher aos desmandos do marido; desenvolvendo-se ao ponto de se estabelecer um relacionamento pautado na cooperação mútua, marcada pela divisão de tarefas econômicas e domésticas, de sorte que hoje a esposa não mais tolera maltrato e infidelidades na relação conjugal. A consequência dessa evolução é que os casamentos foram gradativamente se lastreando e fundamentando em laços de afeto e amor. Claro que a globalização, a expansão cultural e econômica, a facilitação do acesso à informação, a inserção da mulher no mercado de trabalho e suas constantes conquistas de direitos civis e políticos contribuíram para que as escolhas matrimoniais se desprendessem de amarras ideológicas e exclusivamente patrimonialistas.

Nesse sentido, Luc Ferry expressou que novas figuras da transcendência¹⁷ e do sentido estão em vias de se reconstruir no terreno da intimidade. E apontou: *não estamos vivendo*

¹⁵ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês:** política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p. p.16.

¹⁶ FERRY, Luc. **A revolução do amor:** por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.15.

¹⁷ Para Luc Ferry, o desabrochar da globalização somente se efetivaria com a destruição das tradições. Segundo o autor, “para chegar à vitória final, o liberalismo globalizado precisa obter, por todos os meios, a *liquidação* das antigas e tolhidas figuras do ‘sentido transcendente’ para que tudo se torne *fluido, imanente* às exigências do consumo. (...) Enfim livres das diversas ‘inchações metafísicas’, morais e religiosas que serviam, até há bem pouco tempo, para dar alguma significação às nossas vidas, nós consumimos de tudo (...). Nada mais parece transcender uma lógica de mercado que tende a tornar os valores mais altos radicalmente imanentes a seu próprio funcionamento.” (FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p. p.31-32).

*apenas o advento da globalização liberal, mas também o da família moderna, fundada no amor e na consagração da pessoa.*¹⁸ E é justamente sob essa ótica que o afeto passa a ter uma conotação diferenciada nas relações familiares na atual sociedade. De acordo com Ferry a consequência do fortalecimento dessa lógica do sentimento, da afetividade e do amor como princípio de sentido fez nascer o que chama de *nova representação do sagrado*, este entendido como *aquilo pelo qual podemos nos sacrificar*. Em outras palavras a evolução do mundo globalizado fez do amor, da amizade, da fraternidade o novo pedestal de nossos valores e o coloca no centro de nossas preocupações.

Na construção dessa ideia Luc Ferry defende que a globalização marcou grandes transformações espirituais e morais no século XX, que deixou três traços característicos do tempo presente. O primeiro deles, pode-se por assim dizer, é que *a globalização liberal foi o motor de uma história de desconstrução das tradições*. Para o autor, *era necessário simplesmente que os valores tradicionais fossem desconstruídos (...) para que pudéssemos entrar na era do consumo de massa sem o qual a economia mundial não poderia “girar”*.¹⁹ A ideia é a de que o sucesso da globalização mercadológica dependia do enfraquecimento de valores culturais, morais e espirituais, pois quanto *mais temos uma “rica vida interior”, menos nos submetemos à lógica da crise de abstinência do vício que nos impele sempre e irresistivelmente ao consumo desenfreado*. Como destaca, *o fortalecimento de uma sociedade individualista, hedonista e lúdica favorece necessariamente a economia capitalista*.

Noutro revés, o segundo traço da globalização, mais marcante no final do século XX, foi o fenômeno da *desapropriação democrática e impotência pública crescente diante dos avanços da globalização que suporiam, para serem controlados e canalizados, a emergência de uma impossível “governança mundial”*²⁰. O terceiro traço trouxe duas consequências no plano intelectual e moral:

A primeira, que acabo de citar, é a desconstrução dos valores e das autoridades tradicionais. Mas a segunda caminha quase na direção contrária, ou seja, ela leva à “reconstrução”, até mesmo ao reencantamento, do mundo. Em consequência da história do assalariado, que implicava (...) a emancipação dos indivíduos em relação às estruturas comunitárias tradicionais das aldeias da Idade Média, surgiu uma nova forma de vida

¹⁸ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês:** política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p. p.32.

¹⁹ FERRY, Luc. **A revolução do amor:** por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.20

²⁰ FERRY, Luc. **A revolução do amor:** por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.22. Sobre a desapropriação democrática o autor a conceitua como a perda de controle sobre o curso dos acontecimentos.

amorosa e familiar, fundada não mais no casamento por conveniência, mas na invenção do casamento por amor e na união livremente escolhida.²¹

Em vista disso, Luc Ferry conclui que *o amor (...) é a coisa mais compartilhada no mundo hoje em dia. O que todos buscam mais que tudo*. Por isso afirma que a história do casamento por amor aliada à história da boemia²² são, no plano “societário”, as duas consequências paradoxais de uma globalização liberal.

Nesse cenário de constantes mutações globalizadas as relações sociais vão se conformando com o espectro de um momento de alterações políticas, econômicas e até mesmo existenciais. Daí que autores como Flávio Tartuce, defendem que o direito privado não mais pode ser concebido como algo estagnado, individualista e conservador.²³ Não haveria de ser diferente na seara das relações familiares. De fato, vários elementos se alteraram no século XX e influenciaram as mudanças das relações interpessoais:

Além da emancipação das mulheres e dos homossexuais, esse século de inovação e desgastes também liberou, em muitos outros aspectos e ao mesmo tempo, mil coisas preciosas do ser humano, dimensões da existência que os séculos passados não viam ou se recusavam fortemente a levar em consideração. O sexo, o irracional, o corpo, o inconsciente, a criança que ainda vive no adulto, algumas formas inéditas ou inconfessáveis da afetividade e do amor, o lado feminino do homem, ou o viril das mulheres, a pluralidade dos pontos de vista, nossas incoerências e fraquezas íntimas...²⁴

Nessa linha, a doutrina moderna do direito de família tem consolidado o entendimento de que *o merecimento de tutela das famílias não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de*

²¹ FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.22.

²² Luc Ferry afirma que o boêmio é um ser revolucionário: *O boêmio, convencido de que a “verdadeira vida está em outro lugar”, quer ser um gênio. Ele deseja engendrar um mundo novo, criar obras absolutamente extraordinárias, originais, inéditas, e para isso é necessário que antes ele se desfaça de todas as heranças tradicionais*. (FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.37) Mas o paradoxo dos boêmios revelou-se no fato de que, longe de *destruir o universo dos filisteus, longe de inventar uma ordem nova no plano cultural, econômico e político, de fato serviram como ninguém mais ao impulso, à expansão e à prosperidade daqueles que tentavam contestar*. (p.43).

²³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol.1. p.86.

²⁴ FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.48

vida.²⁵ Nessa linha, Pablo Stolze Gagliano afirma que *todo moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade*²⁶ e destaca:

“descortina-se, hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, podendo, inclusive, gerar a consequente obrigação alimentar (...).”²⁷

Conforme Maria Berenice Dias, a manutenção do afeto no seio familiar é peça primordial para a compreensão da evolução do direito de família. Segundo a Autora:

“compreender a evolução do direito das famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação.”²⁸

No direito pátrio percebe-se que a Constituição Federal de 1988 incorporou essa evolução principiológica e global de dar proteção ao indivíduo e às famílias, como espaço de formação e desenvolvimento humano. Maria Berenice Dias assegura que o Código Civil de 1916 *perdeu o papel de lei fundamental do direito de família*, mormente ao se constatar que a Constituição de 1988 assegurou a igualdade entre homem e mulher, estendeu a proteção à união estável e à família formada por um dos pais e seus descendentes, assim como trouxe a igualdade entre os filhos.²⁹

De acordo com Danilo Porfírio, quando se estuda o direito de família hodiernamente depara-se com uma série de ideias, utopias sobre uma família fundada no afeto e

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.973. *apud* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. **Da responsabilidade civil no direito de família**. in **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo**. Albuquerque, Fabíola Santos, Ehrhardt Júnior, Marcos, Oliveira, Catarina Almeida de (Coord.). Jus Podivm: Salvador, 2010. p. 361.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6. p.89.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6. p.92.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.29-30.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.30.

despatrimonializada, superadora de um modelo liberal-burguês³⁰. Por isso, pode-se dizer que a penetração de valores modernos na família foi possível graças à emancipação do homem de amarras culturais, tradicionais, ideológicas, afirmando sua identidade individual, suprimindo da relação social tudo o que cerceia a sua vontade.

Todo esse movimento social que foi se desencadeando ao longo do tempo, como vimos tratando até aqui, proporcionou que os novos valores sociais, sobretudo na seara das relações familiares, se imbricassem com princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, além da autonomia da vontade, sobretudo ao se deparar com o deslocamento do casamento por imposição ao enlace matrimonial derivado da livre escolha pessoal dos consortes, por meio da afetividade. Danilo Porfírio afirma que

O advento do neoconstitucionalismo, no século XX, a dignidade da pessoa humana, individual e autonomamente, mas como um bem difuso (bem da humanidade e não do indivíduo em si), toma ares de supremacia definitiva, mas sempre acompanhada pela importância da função social das relações.³¹

Assim sendo, o moderno direito de família incorpora essa série de conquistas e alterações sociais e permite a mudança de várias características. Para Maria Berenice Dias

o novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do **eudemonismo**, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.³²

Sob esse prisma novas formas de expressão familiar vão se afirmando na sociedade atual a partir de um pluralismo marcado pela ruptura do matrimônio como fonte de família.

³⁰ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Revista Crítica do Direito. Número 04, volume 63, disponível em <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>>, acesso realizado em 25/02/2015.

³¹ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Responsabilidade do cônjuge pelo adultério no casamento e a boa-fé objetiva**. III agendas do direito civil constitucional, disponível em <<http://www.uniceub.br/eventos-academicos/eventos-por-curso/1o-semester-2014/iii-agendas-de-direito-civil-constitucional.aspx>>, acesso realizado em 25/02/2015.

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.43

Nesse cenário observa-se que as relações familiares passam a ser mais democráticas, a socioafetividade ganha destaque e torna-se marca dos relacionamentos familiares, a ideia do poder familiar exercido em parceria entre homens e mulheres substitui a figura do pátrio-poder e a formação heteroparental convive com as famílias homoparentais. Tudo isso graças ao rompimento dos padrões clássicos de família para o estabelecimento de um modelo fundado no amor e no afeto. Para a professora gaúcha:

é o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição de família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador.³³

É como Luc Ferry aponta: *a passagem do casamento arranjado para a união amorosa livremente escolhida, a sacralização que ele implica da infância e da pessoa humana em geral mudam radicalmente a conjuntura, inclusive na esfera pública e no plano político.*³⁴

1.2 Da afetividade e seus efeitos

Na linha do que se disse acima, o Direito de Família passou a ser regulado por um novo vetor, nascido dos valores expressos na sociedade moderna e cuja proteção, inspirada na Constituição Federal de 1988, alcançou disciplina pelo princípio da afetividade. Nas palavras de Paulo Lobo este *é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.*³⁵ O autor expressa que *a afetividade, enquanto princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico,*³⁶ e esclarece:

na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na

³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.58.

³⁴ FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.92.

³⁵ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437p. p.70.

³⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437p. p. 71.

filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e rejeição).³⁷

Rodrigo da Cunha Pereira assegura que o afeto é um *elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental*.³⁸ Todo o moderno Direito de Família, afirmou Pablo Stolze, gira em torno do princípio da afetividade³⁹. Seguindo o marco teórico proposto por Luc Ferry, essa afirmação não tem nada de anormal ou de incoerente, já que para a imensa maioria das pessoas a verdadeira meta da existência, que lhe dá sentido, sabor e valor, situa-se basicamente na vida privada. Para o autor, os aspectos privados, íntimos, da vida dos indivíduos é o referencial mais importante que a política ou a coisa pública. Para ele

a vida amorosa ou afetiva sob todas as suas formas, os laços que se criam com os filhos no decorrer da educação, a escolha de uma atividade profissional enriquecedora também no plano pessoal, a relação com a felicidade, mas também com a doença, o sofrimento e a morte, ocupam um lugar infinitamente mais eminente que a consideração de utopias políticas, aliás, inabordáveis.⁴⁰

Nesse cenário, o princípio da afetividade passa a ter uma importante influência no direito de família. Desde o reconhecimento de uma família monoparental, da união estável, homoafetiva, da paternidade sócio-afetiva até a proteção do menor, na medida em que o afeto passa a ser o vetor de orientação comportamental de pais ou representantes. Gagliano e Pamplona Filho consideram como incontestável o fato de que *toda investigação científica do Direito de Família submete-se à força do princípio da afetividade, delineador dos standards legais típicos (e atípicos) de todos os institutos familiaristas*.⁴¹

Rodrigo da Cunha Pereira, na linha do que defende Luc Ferry, considera que a família

³⁷ LOBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437p. 71.

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.180.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p.89.

⁴⁰ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p. p.28.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p.93.

é o lugar privilegiado de realização da pessoa,

pois é o lócus onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará (...) para os laços sociais.

Para Rodrigo da Cunha, a partir da despatrimonialização do Direito Civil, a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, passando a ordem jurídica a se focar na pessoa. Sem dúvida, é no ambiente familiar que as pessoas se desenvolvem e estabelecem suas relações com a sociedade. A partir do momento em que a família deixa de ser tida como instituição e seus membros são valorizados enquanto pessoas, as construções das relações deixam de ser uma imposição social para se tornar cada vez mais satisfativas dos anseios afetivos de cada um.

Isso não significa que os as relações afetivas se tornaram mais fortes e duradouras. Ao contrário, as pessoas não precisam mais viverem juntos até que a morte os separem e, conseqüentemente, o número de divórcios também cresceu na era da desconstrução das tradições. Por isso, é possível afirmar que *a vida em comum apenas se justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não justificando sua manutenção se a vida em comum deteriorou-se*⁴².

A afetividade foi consagrada como princípio que norteia o direito das famílias. Estas não se sustentam mais em laços de conveniência e imposição social no mundo ocidental. A partir daí as pessoas buscam cada vez mais encontrar a felicidade realizando seus anseios e buscando a satisfação pessoal sem desfarces e livre das molduras sociais. Assim sendo, novos contornos de família vão ganhando espaço no cenário social para, legitimamente, se afirmarem como família. A família formada pelo casamento de um homem e uma mulher passa a conviver com outras formas de arranjo social nas quais os conviventes buscam uma proteção para seus relacionamentos que supere a seara dos direitos obrigacionais. As uniões homoafetivas se fortalecem nesse cenário, assim como o poliamorismo de maneira incipiente busca se afirmar como família à luz do direito civil e constitucional pátrios.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.183.

As relações parentais passam a receber um novo contorno. Os filhos deixam de ser mão de obra para a produção e ser o objetivo de vida de muitas famílias, que não olvidam esforços em transmitir não só as lições morais, culturais e educacionais como também deixam claro a marca do afeto. Assim, passa-se a afirmar que uma das relevantes consequências do Princípio da Afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, ou seja, *o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos*⁴³. Rodrigo da Cunha Pereira afirma, ainda, que

A paternidade socioafetiva está alicerçada na posse de estado de filho, que nos remete à clássica tríade *nomen, tractus e fama*. Assim, para que haja a posse de estado, neste diapasão, é necessário que o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente. É este tripé que garante a experiência da família e nele o pressuposto do afeto. (...) É claro que a consequência direta do desejo, neste caso é a construção do afeto⁴⁴.

Maria Berenice Dias assegura que o afeto não é fruto da biologia e que os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. O afeto não fica limitado às relações parentais, os filhos desejam unir-se a outros pares para poderem expressar e serem conduzidos pelos mesmos laços afetivos, desejando uma união conjugal que satisfaça seus desejos e afinidades pessoais. Nessa medida, a autora destaca a transformação da família na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: *valorizam-se as funções afetivas da família*⁴⁵.

A afetividade ganha relevo enquanto princípio na medida em que as relações axiológicas da sociedade vão se conectando ao ordenamento jurídico. Nessa seara, Maria Berenice Dias destaca que a *atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo de abertura do sistema jurídico*⁴⁶. Nas palavras de Luc Ferry

o fortalecimento do amor-paixão na passagem do casamento arranjado para a

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.184.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.185.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.73.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.62.

união amorosa livremente escolhida, a sacralização que ele implica da infância e da pessoa humana em geral mudam radicalmente a conjuntura, inclusive na esfera pública e no plano político⁴⁷.

Com base nessas premissas, é possível afirmar, como fez Maria Berenice Dias, que

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, como diz Paulo Lôbo, que identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227, §6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 §4º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).⁴⁸

Como bem expressa Rodrigo da Cunha Pereira, não se trata de uma imposição jurídica de amar, *mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seriam inerentes*⁴⁹.

A consequência dessa mudança valorativa, na medida em que as funções afetivas da família são aquilatadas, despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, menos sujeitas à regra e mais ao desejo⁵⁰:

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. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares

⁴⁷ FERRY, Luc. **A revolução do amor**: por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.92.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.73.

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.188.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.73-74.

contemporâneas.⁵¹

A conclusão a que Rodrigo da Cunha Pereira chega é que

a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isso porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valoriza a linhagem masculina (...). A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade⁵².

Como se viu nas linhas acima a afetividade serve de norte às relações parentais e para a preservação dos interesses dos filhos menores e adolescentes. Mas nas relações conjugais esse valor jurídico pode ser imposto como um dever a ser prestado pelo consorte? Em outras palavras, se um dos cônjuges deixa de nortear sua atuação pela afetividade e se envolve em outro relacionamento permanente ou esporádico estará gerando dano à honra do consorte pela ofensa a esse valor jurídico?

Pode-se arriscar a dizer que o direito erigiu a afetividade à condição de princípio vetor das relações familiares, mas sem que isso corresponda à assunção de um dever à prestação do afeto. A falta deste representa, sem dúvida, a falência senão uma significativa crise no relacionamento conjugal, que poderá ser resgatada pela interferência de vários fatores, como o respeito, a compreensão, paciência, amor e até pela fé. Do contrário, o direito oferece as medidas para tutelar o rompimento da relação conjugal (para efeito deste trabalho, o casamento), em relação aos filhos, ao patrimônio e até mesmo à pessoa, como no caso de medidas protetivas.

A afetividade é um importante princípio do direito de família com enraizados laços em outros princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e o respeito à diferença, solidariedade familiar entre outros. Contudo, pode a afetividade ser um princípio jurídico e, conseqüentemente, ser tutelada pelo direito? Vale dizer, é possível exigir do cônjuge o afeto a ponto da sua não prestação dar ensejo a alguma

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.74.

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.190.

forma de indenização?

A resposta a esse questionamento não pode deixar de lado outros princípios constitucionais e civis como a liberdade e a autonomia da vontade. O afeto desponta-se como um valor jurídico de suma importância para o direito de família. Mas não se pode perder de vista o contraponto trazido por Rodrigo da Cunha Pereira, segundo o qual,

a liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade⁵³.

Assim, no princípio da afetividade nas relações matrimoniais deve ser conjugado com o elemento volitivo. O amor-paixão destacado por Luc Ferry parte de uma escolha exercida livremente pelos indivíduos. Se o elo afetivo que une um casal deixa de existir o direito não tem como regular o restabelecimento desse vínculo, limitando-se a tutelar os efeitos do rompimento desses laços conjugais.

1.3. Diferença entre fidelidade e lealdade e sua relação com a boa-fé.

O Código Civil de 2002 estatui a fidelidade como um dos deveres matrimoniais a serem guarnecidos pelos consortes. É o que estabelece o dispositivo do artigo 1.566, I, do Código Civil⁵⁴.

Regina Beatriz Tavares da Silva entende o dever de fidelidade como

a lealdade, sob o aspecto físico e moral, de um dos cônjuges para com o outro, quanto à manutenção de relações que visem à satisfação do instinto sexual dentro da sociedade conjugal. Desse modo seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal.

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.182.

⁵⁴ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I – fidelidade recíproca;”

Nem todos assim se posicionam. Para Caio Mário da Silva Pereira, *a quebra do dever de fidelidade é o adultério (infidelidade material), que somente se caracteriza pela prática de relações sexuais com outra pessoa.*⁵⁵ Carlos Roberto Gonçalves o exprime como uma decorrência do caráter monogâmico do casamento, cuja infração imposta a ambos os cônjuges configura o adultério, *indicando a falência moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge*⁵⁶.

Não obstante, Rodrigo da Cunha Pereira defende que *traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico*⁵⁷. Segundo o autor, para o rompimento do princípio monogâmico não basta haver relações extraconjugais, mas a existência de *relação extraconjugal, em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja ela paralela ao casamento, união estável ou a qualquer outro tipo de família conjugal.*⁵⁸

A despeito disso, considera que a fidelidade é um instrumento de manutenção do regime monogâmico, que se faz à custa de uma renúncia pulsional. Discorrendo sobre a influência da psicanálise nas relações pessoais, Rodrigo da Cunha Pereira enfim conclui:

a fidelidade, com certeza, só tornou-se lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o “impulso” da infidelidade existe. Para determinadas pessoas a fidelidade é intrínseca à sua personalidade e funciona como um pressuposto natural de respeito e para elas não haveria a menor necessidade de colocá-la como um dever, já que ele é inerente a essas pessoas. Para outros, ela torna-se necessária como um dever legal, pois são naturalmente fieis ao parceiro, ou têm uma propensão natural à infidelidade e, portanto, precisam sofrer um interdito proibitório, que tem também a função de barrar ou conter os excessos daquilo que extrapola o convencionado no campo social.⁵⁹

Pamplona Filho e Gagliano trazem uma distinção entre lealdade e fidelidade segundo a qual

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.108

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das famílias.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.190.

⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.108.

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.108.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.112.

A lealdade, qualidade de caráter, implica um comprometimento mais profundo, não apenas físico, mas também moral e espiritual entre os parceiros, na busca da preservação da verdade intersubjetiva; ao passo que a fidelidade, por sua vez, possui dimensão restrita à exclusividade da relação afetiva e sexual.⁶⁰

Não obstante a classificação, os citados autores reconhecem que *na maior parte das situações, a fidelidade está umbilicalmente conectada ao conceito de lealdade, de maneira que a fidelidade exigida normalmente obriga à lealdade, e vice-versa*⁶¹.

A infração ao dever de fidelidade, diferentemente do que concebido pelos autores clássicos do século passado, não se expressa pela só relação sexual extramatrimonial. A *invasão à esfera de exclusividade de afeto dos consortes poderá caracterizar a infidelidade*⁶², como aponta Pablo Gagliano. Nessa linha, Arnoldo Wald a define no sentido físico e moral: *ou seja, como manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge e dever de lealdade de cada membro do casal em relação ao outro*⁶³.

Conforme os apontamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, a fidelidade pressupõe um interdito para a prática de determinadas atitudes que extrapolem o convencional no campo social. Nesse sentido, se em determinada relação matrimonial for permitida a prática de relações extraconjugais esporádicas, não haveria ofensa ao dever de fidelidade. Mas esta situação hipotética, apesar de existente na sociedade contemporânea, não expressa o delineamento atual de suas balizas. Daí que a linha entre a fidelidade e a lealdade é bastante tênue. Seguindo a lógica do que Luc Ferry desenvolve em sua obra, as relações afetivas tendem a crescer e se fortalecer entre as pessoas de sorte a tornar o fundamento de suas uniões.

Assim, o dever de fidelidade deixa de lado a acepção original de evitar uma promiscuidade em razão de indiscriminadas trocas de parceiros e passa a regular as uniões

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6 p.288.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6 p.288

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6 p.290.

⁶³ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.119.

afetivas contraídas com base em laços de amor e livre escolha.⁶⁴

Nesse sentido, é importante ter em vista que os casamentos por amor, que marcam o final do século XX e o presente milênio, são frutos de escolhas livres e despatrimonializadas, mas que nem por isso estão isentos das observâncias dos deveres conjugais estabelecidos na Lei Civil. É como afirma Washington de Barros Monteiro:

O elemento constitutivo do casamento principal do casamento é o consentimento dos nubentes, do qual, por força de lei, derivam os efeitos do ato matrimonial, e, embora se trate de um contrato de feição especial, ao qual não se aplicam todas as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito à capacidade dos contratantes, aos vícios de consentimento e a seus efeitos, são aplicáveis à relação de casamento as regras de interpretação dos contratos de direito privado.⁶⁵

Portanto, há questões contratuais na relação matrimonial que não podem deixar de ser observadas, ou seja, das quais os consortes não podem se afastar sob pena de frustrar as expectativas não só do casamento, mas do estabelecimento de uma boa relação conjugal. Pamplona Filho e Gagliano consideram que a *ruptura ao dever de fidelidade poderá se dar de diversas maneiras, desde que se constate a convergência de um terceiro elemento não autorizado na esfera do casal, em espúria relação afetiva ou sexual com um dos cônjuges*⁶⁶.

Daí que não é incoerente afirmar ser necessário valer-se da boa-fé e seus desdobramentos interpretativos para a regulação da relação matrimonial. É neste ponto que o descumprimento da cláusula geral do dever de fidelidade representa a frustração de legítima expectativa do outro consorte e a quebra da confiança a ensejar a indenização civil pela ruptura dessa obrigação matrimonial.

Não se pode deixar despercebida a crítica entabulada por Anderson Schreiber, segundo

⁶⁴ A esse respeito Caio Mário da Silva Pereira afirmava: *não é de todo imune às críticas a ocorrência de uma pretensa promiscuidade originária (...) em que todas as mulheres pertenceriam a todos os homens. Tal condição é incompatível com a ideia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie. Na mesma linha de promiscuidade, inscreve-se o tipo familiar poliândrico, em que ressalta a presença de vários homens para uma só mulher, ou ainda o do matrimônio por grupos, caracterizado pela união coletiva de algumas mulheres com alguns homens. Para o autor, mais racional seria aceitar como originária a ideia da família monogâmica.* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.23).

⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** 38.ed. rev. e atual. Por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p.24.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6 p.290.

a qual a *boa-fé objetiva acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que cientificamente lhe são próprios.*⁶⁷ Com efeito, destaca o autor, sua aplicação inicial se limitou às relações de consumo e acabou adquirindo um *caráter reequilibrador, protetivo, pró-consumidor, que não era inerente ao seu conteúdo dogmático, mas que compunha a finalidade normativa do próprio Código de Defesa do Consumidor.* Noutro norte, Cláudia Lima Marques, assegura que o princípio da Boa-fé objetiva é *um dos princípios gerais do direito natural consistente num novo mandamento obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só às relações de consumo.*⁶⁸ A conclusão a que chega a doutrinadora é de que

boa-fé objetiva significa, portanto, 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 partes.⁶⁹

A despeito desse surgimento ou ressurgimento do princípio da boa-fé objetiva na seara das relações consumeiristas esse axioma valorativo do direito possui desdobramentos que permitem a sua aplicação não apenas aos contratos vistos no campo obrigacional e empresarial, mas também às relações de direito de família, como se pode observar a partir da definição transcrita acima. Ao traçar os desdobramentos desse princípio, a doutrinadora gaúcha trabalha com conceitos que se amoldam perfeitamente ao que até aqui se tratou. Partindo da doutrina europeia, ensina:

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

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 592p.p.442-443.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.

concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).⁷⁰

Sob esse prisma, é bastante coerente e pertinente, diga-se, a análise da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva às relações de direito de família desenvolvidas por Flávio Tartuce. De acordo com o autor, por três premissas ou justificativas é possível afirmar que o artigo 422 do Código Civil pode ser aplicável aos institutos familiares:

Primeiro, porque (...) 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 Família.⁷¹

A partir dessa leitura não há como negar que o princípio da boa-fé pode muito bem ser aplicado às relações de direito de família. Até porque, no sistema de cláusulas gerais inserido no código civil de 2002, a interpretação dos deveres matrimoniais deve passar pelo crivo da boa-fé, como forma de se apurar o grau de comprometimento dos consortes e a extensão do rompimento dos ditos deveres à luz da fidelidade, cooperação e da confiança despertada no parceiro. Com efeito, na seara das relações familiares estabelecidas no século XXI, arrimadas em laços de afeto, com vistas a alcançar a felicidade a partir de escolhas livres e conscientes dos indivíduos, os vetores da cooperação, comprometimento, lealdade, companheirismo e afeto se sobrepõem. Por isso, essa atuação refletida, pensando no outro, proposta por Cláudia Lima Marques se amolda às atuais expectativas dos parceiros da relação matrimonial.

Em encontro a essa prospecção não se pode perder de vista que o Código Civil de

⁷⁰ 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.

⁷¹ TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano 8, n.35, p.10, abr.-maio. 2006.

2002 buscou uma repersonalização do direito civil de sorte que a relação matrimonial é concebida horizontalmente. Ou seja, marido e mulher são os responsáveis pela direção e condução da família numa relação de cooperação mútua e de maneira isonômica. Sob esse prisma, a frustração afetiva e o rompimento com o dever de fidelidade se afastam ao cumprimento de deveres assumidos no casamento.

A jurisprudência teve papel preponderante para introduzir na seara das relações familiares a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva. Anderson Schreiber destaca que há três situações distintas de aplicação deste princípio nas relações de família. A primeira diz respeito ao seu indiscriminado emprego a circunstâncias que, na verdade, referem-se à boa-fé subjetiva, ou, como diz, psicológica. A segunda aplicação é feita para resolver conflitos envolvendo o direito patrimonial de uma dissolução de sociedade conjugal. Nesses casos, embora haja uma relação de família a boa-fé é usada como princípio próprio das relações obrigacionais e, portanto, não na seara familiar. Finalmente, a terceira espécie de situação de aplicação da boa-fé, segundo Schreiber é a que efetivamente corresponde à aplicação da boa-fé objetiva às relações de família, *e diz respeito às relações existenciais do direito de família*. Neste campo, destaca:

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 valoração do aspecto existencial – vez por outra, dito “afetivo” – das relações constituídas no seu âmbito⁷².

De fato, o desafio que o aplicador do direito encontra para a resolução de questões existenciais do direito de família é a sua solução sem a adoção de princípios que choquem com direitos tutelados no plano constitucional e mesmo civil do indivíduo. Vale dizer, a boa-fé objetiva pode ser utilizada como cláusula geral a auxiliar o jurista a encontrar a proteção a um direito violado⁷³. Todavia, sua aplicação não deve ser indiscriminada como se fosse o

⁷² SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 592p.p.453.

⁷³ “Em outras palavras, a boa-fé objetiva e suas especificações, como a proibição de comportamento contraditório, na qualidade de conceitos forjados e desenvolvidos em âmbito negocial, dirigem-se a tutelar a expectativa das partes envolvidas, pressupondo, porque isto é o normal em relações contratuais, a plena correspondência entre expectativa e melhor interesse. Entretanto, no campo das relações existenciais, e,

único critério interpretativo válido para a pacificação de conflitos da seara das relações familiares. É com este cuidado que se pretende analisar as questões propostas.

sobretudo, das relações existenciais envolvendo menores, expectativa e melhor interesse não raro divergem”. (SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 592p.p.455.

2. O CASAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA

2.1 O que é o casamento?

Bevilaqua ao dissertar sobre a história do casamento trouxe à memória a figura dos esponsais, de origem romana, e que podem ser definidos como *o contrato pelo qual duas pessoas de sexo diferente se prometem, uma à outra, em casamento*. Registra ainda:

Devemos considerar este pacto a transformação da compra das mulheres para o casamento. A princípio, realizou-se entre o grupo familiar do noivo e da noiva, ou entre os chefes das respectivas famílias e, só mais tarde, apresentou-se como forma de contrato entre os futuros consortes, para reduzir-se, em alguns sistemas jurídicos, a um simples ajuste de casamento, que não transpõe, senão indiretamente, as raias das relações extrajudiciais.⁷⁴

Para Bevilaqua, *o casamento é a regulamentação social do instinto de reprodução, trabalhada de um modo lento, através de muitas e diversíssimas vicissitudes, até à acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos*. (p.33) Porém, traz outra definição mais completa:

o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por êle suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

A defesa da natureza contratual pelo codificador de 1916 é evidente e merece ser reproduzida nas linhas abaixo a fim de se extrair o sentido que o próprio Bevilaqua conferiu a este contrato:

Tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado êste ato à categoria de sacramento, ainda hoje há juristas que se arreceiam de declará-lo um contrato. Como era impossível manter, hoje, no Direito definitivamente secularizado, êsse exotismo de sacramento, dizem que é um ato. Mas o contrato é também um ato jurídico, diferenciado, especificamente, dos outros por se constituir mediante acordo de interesses, coincidência de vontades. E, justamente, êsse consentimento recíproco é, atualmente, o ponto central da celebração do casamento.

⁷⁴ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. 476p. p.31-32.

Será um contrato mais solene do que qualquer outro, pois que envolve (...) a mais importante de tôdas as transações humanas, e é a base de tôda a constituição da sociedade civilizada; terá efeitos mais extensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres; mas, em todo o caso, é um contrato. Não tenhamos os escrúpulos de Savigny, e coloquemos o matrimônio “ao lado da venda como um contrato consensual”, pois não é a posição dada a um rebento jurídico que lhe empresta importância e elevação; êsses atributos são-lhe algo de mais íntimo.⁷⁵

Nem todos concordam com Bevilacqua. No conceito traçado por Lafayette Rodrigues Pereira, *o casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida*⁷⁶. A concepção contratualista é afastada pelo autor que defende que o matrimônio é um ato solene.

Na concepção de Pontes de Miranda, partindo da distinção feita por Tomás de Aquino, o casamento possui elemento natural, religioso e civil, cujos conceitos cada época reenforma à sua feição, mantendo-se inalterada a sua essência. Destaca:

Os próprios antropologistas e sociólogos, quando pretendem destruir a noção tríplice, traem-se, mostrando como é rigorosa a distinção. Há o fato biológico, o fato psicológico-social (religioso) e o fato jurídico. Por certo, onde se tira qualquer elemento de ordem religiosa ao casamento (...), perde o caráter sacramental, sem que perca (o que é mais difícil) o caráter ético. Fato natural, não se discute a sua natureza de contactuação sexual, a sua função de lei universal, cuja finalidade é a perpetuação da espécie: *duo in carne una*. Fato religioso, social, solene, conserva a unção da sua gravidade, embora se tornasse secular. Fato jurídico, sujeita-se às regras gerais de direito e toma a feição de acordo legal entre partes esses três caracteres constituem a sua expressão através dos tempos.⁷⁷

Na visão de Pontes de Miranda o elemento contratual do casamento é evidente. *Contrato, entendamos, em boa taxinomia contemporânea, de direito de família*. E registra: *a própria Igreja, a despeito das polêmicas e das atitudes anti-contratualistas, na Itália (...) e na*

⁷⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. 476p. p.34-35.

⁷⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *apud* GLANZ, Semy. **A família mutante**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 716p. p.443.

⁷⁷ MIRANDA. Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1983. 510p. p. 204.

*França reafirma a contratualidade no cânon 1.102 do Codex Iuris Canonici.*⁷⁸ Finalmente, conceitua o casamento como o *contrato de direito de família que regula a vida em comum (não só a união sexual) entre o varão e a mulher*⁷⁹.

Silvio Rodrigues também perfilha essa corrente doutrinária ao conceituar que o casamento *é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.*⁸⁰ Portanto, a natureza de contrato de direito de família é a defendida pelo autor. Citando a lição de Espínola:

casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que (...) dá origem às relações de família reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.⁸¹

Em suma, para Sílvio Rodrigues o casamento assume feição de *ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre de vontade dos nubentes, mas que se completa pela celebração, a qual é ato privativo de representante do Estado.* Por isso que o conceitua como contrato de direito de família.

A concepção institucionalista do casamento, como afirma Maria Helena Diniz, o posiciona como *uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei.*⁸² De acordo com a citada doutrinadora, para esta concepção as partes são livres, podendo cada um escolher o seu parceiro e decidir se vai casar ou não. Contudo, após realizado o ato matrimonial, não lhes é mais permitido a discussão do conteúdo de direitos e deveres uma vez que o *estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo*

⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1983. 510p. p.206. O Catecismo da Igreja Católica firmado a partir do Concílio Vaticano II, afirma, no *cânon* 1.603: o casamento não é uma instituição simplesmente humana, apesar das inúmeras variações que sofreu no curso dos séculos, nas diferentes culturas, estruturas sociais e atitudes espirituais (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **Catecismo da Igreja Católica**. 9.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003. p.439).

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1983. 510p. p.210.

⁸⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1984. Vol.6. 440p. p.15.

⁸¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1984. Vol.6. 440p. p.18.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 21.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.45.

*preestabelecido, ao qual os nubentes aderem.*⁸³

A evolução da sociedade e o processo de repersonalização do Direito Civil trazido ao ordenamento pátrio pelo Código Civil de 2002 revelam que a rigidez de normas que envolvem a relação matrimonial não é o vetor que predomina na seara das relações de família. Com efeito, os novos arranjos familiares nascidos no final do século passado e que ainda estão sendo delineados neste milênio demonstram que as cláusulas contratuais da relação matrimonial podem ser livremente estabelecidas entre os nubentes, desde que não se contrarie nenhuma norma cogente e, portanto, de ordem pública. No entanto, Maria Helena Diniz prefere considerar que o casamento não é um contrato, vez que este tem na vontade o seu principal elemento ao passo que o matrimônio depende da intervenção de uma autoridade eclesiástica ou civil para sancionar e homologar tal acordo.

Na mesma linha se posiciona Arnoldo Wald, segundo o qual *quando um ato jurídico cria deveres sem conteúdo patrimonial não é mais um contrato*⁸⁴. Segundo o autor, o fato de o casamento criar deveres jurídicos sem efeitos econômicos, apesar de reconhecer a existência de fins econômicos, retira-lhe a natureza contratual.

Todavia, não nos parece que a intervenção estatal ou eclesial seja suficiente para desconstituir a natureza contratual do casamento. Até porque, se o elemento volitivo não pudesse imperar nessa relação os pactos antenupciais acabariam por se esvaziar, já que as normas matrimoniais seriam inalteradas. Ademais, a existência de deveres não patrimoniais na relação conjugal não o afasta da seara contratual. Silvio de Salvo Venosa afirma que o casamento *amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca os efeitos jurídicos*⁸⁵. Nesse sentido, faz coro com Sílvio Rodrigues para afirmá-lo contrato de direito de família. Para Venosa a visão do casamento como um todo extrínseco ressalta seu aspecto institucional que é muito mais sociológico que jurídico.

Com efeito, a celebração matrimonial não pode ser tida como uma relação jurídica contratual ligada simplesmente ao direito obrigacional. O vínculo, o elo, que une as partes dessa relação não é simplesmente jurídico, mas, sobretudo, de afeto, companheirismo e amor.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 21.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.45.

⁸⁴ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.88

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. vol.6. p.26.

Evidente que os nubentes celebram o matrimônio enchendo-se de esperança no estabelecimento de uma união duradoura, podendo ser inserida num contexto espiritual, na qual os consortes, diante das testemunhas por eles escolhidas, se comprometem a manter uma relação de fidelidade, respeito e amor.

Não se pode deixar de perceber que o casamento Católico, de tal maneira influente na sociedade ocidental, sobretudo no século XIX, o classifica como um sacramento⁸⁶. Seus valores e finalidades estão descritos no Catecismo da Igreja Católica, aprovado pela Carta Apostólica *Laetamur Magnopere*, do Papa João Paulo II. De acordo com a doutrina Eclesial, cânone 2.364:

O casal de cônjuges forma “uma íntima comunhão de vida e de amor que o Criador fundou e dotou com suas leis. Ela é instaurada pelo pacto conjugal, ou seja, o consentimento pessoal irrevogável”. Os dois se doam definitiva e totalmente um ao outro. Não são mais dois, mas formam doravante uma só carne. A aliança contraída livremente pelos esposos lhes impõe a obrigação de a manter una e indissolúvel. “O que Deus uniu, o homem não separe” (Mc 10,9).⁸⁷

Tais proposições da Igreja estiveram presentes não apenas em seus dogmas, mas avançaram a seara civil e permearam a legislação e a doutrina civilista, como se observa da obra de Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira entre outros que marcaram suas épocas como exponenciais da interpretação do direito. Não obstante, o movimento de laicização do Estado desenvolvido a partir da segunda metade do século XX⁸⁸, retira esse elemento religioso do casamento para tratá-lo como um instituto social e com reflexos apenas no âmbito do direito civil. Para Luc Ferry, *o século passado dedicou-se à “desconstrução” das tradições, assim como à elevação potencial do individualismo*. De fato, o código de 2002 afirma, no artigo 1.512, que o casamento é civil. E como tal será tratado, mesmo permitindo a sua celebração religiosa em conformidade com o regimento estabelecido pela lei civil (art. 1.516).

⁸⁶ O sacramento, na definição da Igreja Católica, é o sinal ou instrumento pelo qual o Espírito Santo difunde a graça de Cristo na Igreja (Cânone 774). (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **Catecismo da Igreja Católica**. 9.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003. p.223.)

⁸⁷ Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **Catecismo da Igreja Católica**. 9.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003. p.612.

⁸⁸FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p.p.16.

A inserção do amor nas relações matrimoniais, como já demonstrado nas linhas acima pelas palavras de Luc Ferry, traduz-se na alteração da concepção de casamento como um ato necessário à manutenção de uma casta ou condição social e de transmissão de bens para se erigir num relacionamento no qual marido e mulher no pleno exercício da autonomia da vontade decidem compartilhar o mesmo teto, formar uma família, unir esforços para construir uma vida em comum, adquirir bens, gerar filhos e transmitir-lhes valores morais, éticos e sobretudo o afeto.

Não se está, portanto, diante da rigidez da concepção institucionalista, mas mostra-se de maneira bastante contundente, o estabelecimento de uma relação fundada na confiança do estabelecimento de um vínculo de fidelidade e companheirismo, ou seja, a parceria firmada entre os cônjuges para alcançar os objetivos matrimoniais.

É de se destacar as alterações havidas na legislação civil que permitiram o desfazimento do vínculo conjugal independente da demonstração da culpa de um dos cônjuges pelo rompimento do laço matrimonial. Aliás, a vontade dos consortes ficou de modo tão privilegiado tanto para a formação quanto para o desfazimento do vínculo, que pode se dar diante da autoridade cartorária, dispensada a presença de um Juiz, mostrando que o Estado está deixando de se imiscuir na vontade dos casados para ocupar-se da proteção de outros interesses que, verdadeiramente, demandam a sua assistência, como a proteção dos menores.

Portanto, a uma relação formada a partir da livre escolha dos contraentes e que também pode ser dissolvida quando bem entenderem, independente de justificativa social, não se pode negar seu caráter contratualista, mesmo que haja normas cogentes que devem ser seguidas, como se destacam as inseridas no artigo 1.566 do Código Civil. O mesmo em outros contratos de natureza estritamente patrimonial. Apesar da vontade das partes para dispor de seus bens da forma como bem entenderem há questões que não podem ser transacionadas, renunciadas ou mesmo alteradas sem que haja manifesta ofensa à lei a ponto de ensejar a intervenção judicial para a sua adequação.

A lição de Eduardo Espínola transcrita por Sílvio Rodrigues parece adequada para bem definir o casamento como

Contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o

estado civil das pessoas, dá origem às relações de família reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.⁸⁹

Com base nessas premissas, não se pode negar que há deveres da relação matrimonial que impõem aos cônjuges a observância de determinados padrões de conduta para preservar a continuidade da relação conjugal, assim como o equilíbrio social. Nessa seara, Maria Helena Diniz afirma que o *dever moral e jurídico da 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.*⁹⁰

É possível dizer, então, que o dever jurídico da fidelidade impõe a adoção de um padrão comportamental que preserva a confiança que um cônjuge tem no outro, agindo com o cuidado necessário para não ferir as suas legítimas expectativas de que há uma cumplicidade e respeito ao vínculo formado entre ambos, de sorte a não permitir que os esforços despendidos tanto na formação patrimonial quanto na mútua assistência afetiva sejam desperdiçados ou desequilibrados pela atuação desigual dos parceiros.

2.2. Fidelidade como cláusula geral do casamento (boa-fé objetiva)

Maria Berenice Dias expressa que a família encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os seus membros, que devem ser considerados tanto na constância do vínculo familiar, como nos momentos mais difíceis da relação.⁹¹ No campo do dever de fidelidade a autora o exprime como *norma social, estrutural e moral, mas apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil nem na criminal.*⁹² Isso considerando que a infidelidade deixou de ser fundamento para a separação judicial, após a EC 66/10, e a extinção do tipo penal do adultério.

No entanto, a limitação do seu conteúdo seria um passo na contramão de tantas

⁸⁹ ESPÍNOLA, Eduardo, *apud* RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p.05.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 21.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.132.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.267.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.262.

construções doutrinárias e mesmo das alterações havidas na sociedade. Mas será que a inserção desse dever na letra da Lei se resumiria apenas a um mandamento de estabilização das relações sociais com origem na legislação pretérita? Para Pablo Stolze Gagliano *a violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias.*⁹³

Na França, o Código Civil prevê a *indenização por um cônjuge ao outro, com vistas à 'reparação das consequências de uma particular gravidade' sofrida em razão da dissolução do matrimônio,*⁹⁴ como afirma Silvano Andrade do Bonfim.

Com efeito, a inserção do dever de fidelidade no código de 2002 não pretende ser composição sem sentido. Esse mandamento comportamental deve ser visto sob a ótica dos novos valores trazidos por Miguel Reale, a exemplo das cláusulas gerais. É sob esse enfoque que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald desenvolvem raciocínio a respeito da aplicação do princípio da confiança às relações familiares. Segundo os autores, *a atividade jurídica protege a confiança depositada na conduta esperada entre os indivíduos, no âmbito negocial ou não*⁹⁵. E apontam:

trata-se, em verdade, da efetivação da solidariedade social abraçada constitucionalmente, que 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. (...)

Pois bem, o amplo espectro de compreensão da confiança como mola propulsora das relações privadas impõe, assim, a sua incidência também nas relações de Direito das Famílias, sejam de índole patrimonial (...), sejam de caráter pessoal (...).

Desse modo, aplicada imperativamente no âmbito do Direito das Famílias, a confiança determina novos contornos para os institutos familiaristas, impondo-lhes um conteúdo voltado à proteção efetiva dos valores constitucionais, na medida em que se confere maior realce à dignidade da pessoa humana e à solidariedade exigidas entre as pessoas.⁹⁶

A partir desse *iter* concluem que a confiança se apresenta sob as lentes da boa-fé

⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6. p. 289.

⁹⁴ BOMFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. p.409-410.

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4.ed. Jus Podivm: Salvador, 2012. vol.6. 1066p. p.140.

⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4.ed. Jus Podivm: Salvador, 2012. vol.6. 1066p. p.141-142.

objetiva, que determina no direito de família a proteção efetiva a valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a proteção à intimidade, à honra entre outros. Sob essa perspectiva, o rompimento do dever de fidelidade matrimonial representa a frustração de uma legítima expectativa depositada por um cônjuge ao outro, sobretudo ao se observar que o parceiro infiel deixa de prestar o afeto esperado pelo seu consorte. José de Aguiar Dias, isolado em sua época, defendia, como afirma Silvano Andrade do Bonfim, que o *adultério, constituindo 'clara violação dos deveres conjugais', dá ensejo à reparação civil, pois acarreta incontestavelmente dano moral*⁹⁷.

A importância do princípio da confiança nessas relações familiares ainda será tratada nas linhas que seguem, mas é importante chamar a atenção para o contraponto traçado por Anderson Schreiber, segundo o qual no campo das relações existenciais expectativa e melhor interesse não raro divergem, razão pela qual é mais facilmente identificável a correspondência entre a expectativa despertada e o melhor interesse da parte nas relações contratuais negociais.⁹⁸

De acordo com Marcos Catalan, havia uma aura de impenetrabilidade das normas jurídicas que regulavam as demais expressões do comportamento humano e que impediam que fossem aplicadas ao direito de família. Hoje, segundo autor, essa proteção imaginária:

“desabou diante da construção de novas premissas, mormente diante da imposição da leitura constitucional do direito privado e das diretrizes daí derivadas, entre elas: a valorização do afeto e a responsabilidade oriunda do poder/dever que envolve inúmeras situações jurídicas nesse ramo do direito privado.”⁹⁹

Nessa linha, Sílvio de Salvo Venosa afirma que o dever de fidelidade recíproca é norma de caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo¹⁰⁰. Sob essa ótica, aproxima-se dos deveres anexos do princípio da boa-fé objetiva. A partir dessa premissa

⁹⁷ BONFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. p.418.

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 592p.p.455.

⁹⁹ CATALAN, Marcos. **Primeiras reflexões sobre o abuso de direito nas relações familiares**. In HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SIMÃO, José Fernando. **Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. vol.2. 483p. p.269-270.

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. Vol.6. p.147.

pode-se afirmar que a fidelidade é uma cláusula geral do casamento, posto que impõe aos cônjuges não apenas uma orientação, mas determina-lhes a adoção de condutas que sejam absolutamente coerentes não apenas com os demais deveres matrimoniais, mas que visem à preservação da família e, sobretudo, ao respeito ao seu consorte.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves *o dever em apreço inspira-se na ideia de comunhão plena de vida entre os cônjuges, que resume todo o conteúdo da relação patrimonial*¹⁰¹. Esse caminho da comunhão plena de vida não é exclusivo das relações sexuais, mas permite que outros deveres ou padrões comportamentais percorram suas veredas. Já dissemos acima que a sociedade atual é marcada pela desconstrução das tradições e pelo fortalecimento da afetividade e do amor como expressão daquilo *pelo qual podemos nos sacrificar*, na concepção desenvolvida por Luc Ferry¹⁰². De acordo com o autor, entramos na era da família, *uma união na qual o homem e a mulher, não importando se oficialmente casados ou não, se escolhem, fundamentalmente, para não dizer exclusivamente, por amor*¹⁰³.

Nessa seara, a infidelidade abarca não apenas o rompimento da exclusividade sexual, mas também dos deveres de proteção da relação familiar e de cuidado com a pessoa do outro cônjuge, para que as atitudes do parceiro não resulte em ofensa às legítimas expectativas depositadas naquele relacionamento, nos esforços despendidos para a construção de um patrimônio comum (sobretudo ao se constatar a existência de uma família paralela), além da indelicada exposição da outra pessoa no meio social no qual está inserida, assim como perante os próprios filhos e parentes.

É importante destacar, ainda, que o contraponto feito ao surgimento do casamento por amor é que o número de divórcios também cresceu em relação ao período imperado pelo casamento por interesses e, muitas vezes, imposto aos cônjuges pela família. Ora, se o elo de união de um casal se desfaz ou se enfraquece o direito lhe concede a faculdade de desfazer aquele vínculo conjugal de maneira bem mais simples. Ademais, a sociedade deixou de estigmatizar o finitude dos laços matrimoniais. Assim, não se justifica a permanência numa relação sem amor em detrimento da manutenção de uma família paralela ou de concatenados atos de infidelidade (real ou virtual), já que a sociedade não martiriza o desfazimento dos

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das famílias. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.190.

¹⁰² FERRY, Luc. **A revolução do amor:** por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.16.

¹⁰³ FERRY, Luc. **A revolução do amor:** por uma espiritualidade laica. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 359p. p.95.

laços matrimoniais. Em razão de toda essa alteração na estrutura sociológica vivida pela sociedade ocidental desde o final do século passado, a prática de atos de infidelidade resulta no desrespeito à cláusula geral da fidelidade conjugal.

3. A INFIDELIDADE COMO FATO GERADOR DE RESPONSABILIDADE AFETIVA

3.1 Tendências atuais doutrinárias e jurisprudenciais sobre a infidelidade (a infidelidade como causa de responsabilidade).

As relações no direito de família são marcadas pelo afeto, como já desenvolvido ao longo desse trabalho. Nos últimos tempos, há destacada celebração de casamentos com base em critérios de afinidade, respeito, mútua cooperação, que se concretizam pela livre escolha dos consortes tendo com fundamento vínculos de amor. Com base nessa premissa, defendida por Luc Ferry, a infidelidade deixa de ser vista única e simplesmente pela realização de conjunção carnal fora do casamento, como os autores clássicos costumavam definir. Esse dever jurídico assume natureza de cláusula geral do casamento, na medida em que seu conteúdo também se volta para o lado moral.

Na doutrina, Carlos Alberto Bittar também admite a existência de reparação moral no âmbito das relações familiares, segundo o qual *a deteriorização de relações familiares, ditada por problemas vários, que a convivência inadequada pode trazer, é outra fonte de geração de danos de cunho moral e que, aliás, mais profundamente, marcam a vítima.*¹⁰⁴

Carlos Roberto Gonçalves é partidário de mesmo posicionamento, segundo o qual a infidelidade agrava a honra do outro cônjuge *indicando a falência moral familiar.*¹⁰⁵

Noutro norte, 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.*¹⁰⁶

Paulo Lôbo também se filia a essa corrente ao afirmar que *o dever de fidelidade, no atual estágio do direito brasileiro, confinou-se ao plano da consciência moral, uma vez que*

¹⁰⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 352p. p.192.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das famílias**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.190

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.125.

*destituído de consequências jurídicas.*¹⁰⁷ Não nos parece, contudo, que seja o espelho da doutrina majoritária sobre o tema. Com efeito, Pablo Stolze, assegura que *a fidelidade é (e jamais deixará de ser) um valor juridicamente tutelado, e, tanto o é, que fora erigido como dever legal decorrente do casamento.* E arremata declarando que *a violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias.*¹⁰⁸

Essa posição também é defendida por Rodrigo da Cunha Pereira ao destacar que *a fidelidade é uma regra jurídica, e constitui-se como um dos deveres do casamento.*¹⁰⁹ No entanto, a despeito dessa consideração, o autor não se posiciona em relação às consequências da quebra desse dever, limitando-se a indagar a respeito da possibilidade de constranger o consorte a cumpri-lo.

Sílvio de Salvo Venosa apesar de admitir o dever de indenizar em razão da transgressão dos deveres conjugais, assevera que tal prerrogativa deve ser vista *cum granus salis*, já que a indenização deve decorrer da regra geral do artigo 186, o que implica exame do caso concreto:

não é toda situação de infidelidade ou de abandono do lar conjugal, por exemplo, que ocasiona o dever de indenizar por danos morais. Essa nossa posição, porém, cada vez mais é criticada por vasta porção da doutrina que entende que a simples transgressão dos deveres conjugais faz presumir a existência de dano moral e portanto acarreta a indenização.¹¹⁰

Na jurisprudência, as decisões judiciais estão começando a ganhar força no sentido da indenização do consorte pela traição ou quebra de outros deveres conjugais, como os casos de maltrato, injúrias e mesmo agressões físicas. É o que demonstrou Yussef Said Cahali fazendo um panorama do tema no direito comparado. Como aponta, o direito francês é o que se coloca

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 397p. p.127.

¹⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, vol.6. p.289.

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.114.

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. Vol.6. p. 149-150. O autor destaca ainda que *o projeto do Estatuto das Famílias abandona esse rol exclusivo e obsoleto dedicado aos cônjuges, para estabelecer disposições comuns a todas as entidades familiares com ou sem casamento, herero ou homoafetivas, realçando os deveres recíprocos de assistência, amparo material e moral e todas as formas possíveis de proteção à dignidade humana, mormente das crianças.*

mais à frente quando o tema é a responsabilidade civil.¹¹¹ Mas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a 3ª Turma já se manifestou no sentido de que

*o sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.*¹¹²

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem formado jurisprudência admitindo a responsabilização pela prática da traição, como se infere das ementas transcritas abaixo:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE - INOBSERVÂNCIA - FILHO CONCEBIDO FORA DO CASAMENTO - PATERNIDADE BIOLÓGICA - VERDADE OMITIDA - DANOS MORAIS - PEDIDO PROCEDENTE - DECISÃO MANTIDA.

- A infração ao dever conjugal de fidelidade e a omissão, ao marido, quanto a verdadeira paternidade biológica do filho gerado em consequência de relação extraconjugal, implicam na prática de ato ilícito, gerando o dever da ré de indenizar os danos morais acarretados ao autor, vítima de traição, devidamente comprovados nos autos, cabendo seja mantida a sentença que acolheu o pedido inicial. (Apelação Cível 1.0024.05.890290-9/002, Relator(a): Des.(a) Batista de Abreu, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/07/2013, publicação da súmula em 26/07/2013)¹¹³ (grifos acrescidos)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TRAIÇÃO CONJUGAL - COMENTÁRIOS OFENSIVOS À HONRA DO CÔNJUGE TRAÍDO - DANO MORAL CARACTERIZADO - VALOR DA INDENIZAÇÃO - EXTENSÃO DO DANO - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. **São indenizáveis danos morais causados pela companheira em virtude de traição conjugal e comentários negativos e depreciativos sobre o cônjuge traído em seu ambiente de trabalho.** A indenização deve ser suficiente exclusivamente para reparar o dano, pois se mede pela extensão do dano, nos termos do art. 944, caput, do Código Civil, não podendo ensejar enriquecimento indevido do ofendido. Primeiro recurso provido em parte. Segundo recurso não provido. (Apelação Cível 1.0443.10.002824-2/001, Relator(a): Des.(a) Gutemberg da Mota e Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em

¹¹¹ Yussef Said Cahali transcreve voto proferido pelo Des. Athos Carneiro, na 1ª Câmara do TJRS, no qual afirmou: “a regra da atual legislação francesa é o art. 301 do CC, alínea 2ª, introduzida por Lei de 02.04.1941, reafirmada por *Ordonnance* de 12.04.1945, e dispõe: ‘independentemente de todas as outras reparações devidas pelo esposo contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juízes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio perdas e danos pelo prejuízo material ou moral a ele causado pela dissolução do casamento.’” (in CAHALI, Yusef Said. **Dano moral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 656p. p.587.)

¹¹² CAHALI, Yusef Said. **Dano moral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 656p. p.592.

¹¹³ MINAS GERAIS. Tribunal de justiça. **Apelação Cível** nº1.0024.05.890290-9/002, Relator Des. Batista de Abreu, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/07/2013.

15/05/2012, publicação da súmula em 22/05/2012)¹¹⁴ (grifos acrescentados).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a questão já ganhou abrigo pela Terceira Turma Cível, como mencionado acima, na forma do que restou decidido no julgamento do REsp 922.462/SP, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, cuja ementa é transcrita abaixo:

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 corré provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios.

(REsp 922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013)¹¹⁵

Na lide em referência, a ex-esposa do autor da ação escondera-lhe que o filho nascido na constância do seu relacionamento conjugal era de outro homem, fato que, posteriormente,

¹¹⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** n° 1.0443.10.002824-2/001, Relator Des. Gutemberg da Mota e Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 15/05/2012.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n°922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013.

veio a público. O Ministro Relator observou que

com o fim do instituto da separação judicial impõe-se reconhecer a perda da importância da identificação do culpado pelo fim da relação afetiva. Isso porque deixar de amar o cônjuge ou companheiro é circunstância de cunho estritamente pessoal, não configurando o desamor, por si só, um ato ilícito (arts 186 e 927 do Código Civil de 2002), apto a ensejar indenização.

(...)

De fato, a violação dos deveres impostos por lei tanto no casamento (art. 1.566 do CC) como na união estável (art. 1.724 do CC) não constituem, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte, aptas a ensejar a obrigação de indenizar. Não há como se impor o dever de amar, verdadeiro obstáculo à liberdade de escolha pessoal, pois a ninguém é lícito impor a permanência em relacionamento sob a alegação de inobservância à moral ou à regras de cunho social.

Todavia, não é possível ignorar que a vida em comum impõe restrições que devem ser observadas destacando-se o dever de fidelidade nas relações conjugais, o qual pode, efetivamente, acarretar danos morais, como no caso concreto, em que de fato demonstrado o abalo emocional pela traição da então esposa, com a constatação de não ser o genitor de criança gerada durante a relação matrimonial, dano efetivo que justifica a reparação civil.

Percebe-se, assim, que a base para a indenização pelo dano moral ao qual a ex-esposa foi condenada diz respeito à dor, humilhação e vergonha pelo reconhecimento da esposa frente a família e a sociedade, ou seja, publicamente, que o filho do casal era fruto de uma relação extraconjugal, e, portanto, decorrente de uma traição e expressa ofensa ao dever de fidelidade. Por conseguinte, há 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 extrapolção das suas consequências à esfera da intimidade. Confira-se outro trecho do voto proferido pelo Ministro Relator:

É incontroverso nos autos que o autor teve tal dever violado, tanto no seu aspecto físico (relações sexuais adulterinas) quanto no moral (deslealdade), experimentando profundo abalo psicológico e sofrimento moral, porque após "considerável período de imersão no erro, descobriu não ser carne de sua carne e sangue de seu sangue a criança nascida de sua mulher, na constância do casamento" (acórdão e-STJ fl. 993), tendo sido ludibriado com a quebra do dever de confiança.

Configurado, portanto, o dano moral, que exorbitou a emoção interna sofrida pelo ofendido em virtude dos reflexos da conduta leviana da ex-mulher na vida social e familiar do ofendido, atingido de forma ampla, porquanto identificado como pai pela sociedade, tendo que conviver com a vergonha e o peso da verdade, já que, infere-se dos autos, a mulher o traiu com um de seus amigos.

Questão similar foi debatida no julgamento da Apelação Cível nº 2007.01.1.032260-0, pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O voto proferido pelo Desembargador Lécio Resende, relator do acórdão, assegurou a responsabilidade civil da requerida pelos danos morais suportados pelo autor tendo em vista a ofensa à sua honra subjetiva decorrente da violação dos deveres matrimoniais, bem como da omissão deliberada da paternidade biológica da menor. A ementa do acórdão foi assim redigida:

CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - VIOLAÇÃO AOS DEVERES MATRIMONIAIS - OMISSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - VIOLAÇÃO DA HONRA SUBJETIVA - DANOS MATERIAIS - INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não somente a inobservância do dever de fidelidade, mas também o período em que o autor permaneceu acreditando ser o pai biológico da menor, em razão da omissão sobre a verdadeira paternidade biológica, justificam o dano moral passível de reparação.

Os danos materiais exigem a demonstração efetiva dos prejuízos suportados em decorrência de uma conduta ilícita praticada com dolo ou culpa.

(Acórdão n.400403, 20070110322600APC, Relator: LÉCIO RESENDE, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/12/2009, Publicado no DJE: 25/01/2010. Pág.: 42)¹¹⁶

O Desembargador Relator expressou ainda:

o dano moral pleiteado pelo autor já está suficientemente configurado com a mencionada decisão judicial que retirou a paternidade da menor até então atribuída ao autor, pois a partir dela é possível inferir que houve violação dos deveres conjugais por parte da requerida, que resultou até com a concepção de uma criança.

Ora, não somente a inobservância do dever de fidelidade, mas também o período em que o autor permaneceu acreditando ser o pai biológico da menor, em razão da omissão sobre a verdadeira paternidade biológica, justificam o dano moral passível de reparação.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal em idêntico posicionamento adotado pelo STJ garantiu a reparação civil pela quebra do dever de fidelidade na relação conjugal em situação em que houve ofensa à honra subjetiva, mas que teve nítido contorno público.

¹¹⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** nº 20070110322600APC, Relator Lécio Resende, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/12/2009, Publicado no DJE: 25/01/2010. Pág.: 42

Contrariando as posições vanguardistas de seus julgados, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS – revela-se bastante conservador no ponto em tela. Ao julgar a Apelação cível nº 70026482075, a 7ª Câmara Cível afastou o direito do cônjuge traído à indenização ao fundamento de que *a traição e a geração de um filho fora do casamento, por si só, não acarretam o dever de indenização por dano moral*. O Tribunal Rio Grandense reservou a indenização apenas para a hipótese de ilícitos penais praticados pelo consorte, como revela a ementa a seguir transcrita:

EMENTA: 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 fora 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)¹¹⁷

Essa posição é a defendida na doutrina por Maria Berenice Dias, segundo a qual, após o fim da separação judicial a tentativa de morte, as sevícias e os abalos psíquicos gerados desses fatos geram a *obrigação indenizatória decorrente da prática de ato ilícito (CC 186) consumado ou tentado. E não da existência de vínculo familiar. A origem da obrigação é o delito penal, e não o descumprimento dos deveres conjugais*.¹¹⁸

Em decisão mais recente, o TJRS apesar de não condicionar a indenização por dano moral aos ilícitos penais negou o direito à reparação à cônjuge virago ao fundamento de que o sofrimento gerado por uma separação é típico do momento delicado das partes que o vivenciaram. É o que expressa a ementa reproduzida abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. ALIMENTOS DESTINADOS A CONJUGE. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE TRAIÇÃO. A aplicação do binômio necessidade-possibilidade na fixação dos alimentos - por casamento desfeito depois de 39 (trinta e nove anos) - autoriza pequeno ajuste, pois a alimentada conta com idade avançada e patologia incapacitante

¹¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** Nº 70026482075, Relator Ricardo Raupp Ruschel, Sétima Câmara Cível, Julgado em 22/07/2009.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p. p.128.

para o trabalho, enquanto que o alimentante tem capacidade de alcançar valor equivalente a 20% (vinte por cento) dos proventos de aposentadoria. Mesmo que se admita a alegada traição, não se encontra nos autos situação extraordinária que justifique a fixação de indenização em favor da virago, pois o sofrimento gerado pela separação do casal é típico do momento delicado que as partes vivenciaram. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO (Apelação Cível Nº 70055386312, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 14/11/2013)¹¹⁹

A partir dessa leitura, pode-se constatar que o dever de indenizar em virtude da traição tem encontrado adeptos e opositores tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Mas, mesmo entre os seus defensores, a indenização pela quebra do dever jurídico de fidelidade no relacionamento matrimonial esbarra em limites bem delineados, como a publicidade da ofensa, ou seja a extensão do dano além da esfera da intimidade do casal. Corrobora esse posicionamento a doutrina de Silvano Andrade do Bomfim, para quem a é plenamente possível a indenização por danos morais pela quebra dos deveres do casamento, quando graves a ponto de causar abalo psíquico e moral no consorte.¹²⁰

3.2. A traição como causa de descumprimento contratual no casamento.

O atual código civil estabeleceu que a fidelidade é um dos deveres da relação marital. Quanto a isso não há dissenso nem na doutrina, tampouco na jurisprudência. A discussão que se trata nesse meio é saber qual o sentido do disposto no artigo 1.566, inciso I, do Código Civil após a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que dispôs sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Sepultou a separação judicial, permitindo aos consortes celebrarem o divórcio independente da culpa de qualquer das partes.

O texto está assim redigido:

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. **Apelação Cível** Nº 70055386312, Relator Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível, Julgado em 14/11/2013.

¹²⁰ BOMFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. p.437.

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226. (...)

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

O primeiro ponto que deve ficar consolidado é que o ordenamento jurídico tem suas bases na Constituição Federal e a partir dela se desenvolve, de sorte que uma lei que esteja em desacordo com o disposto na Carta Republicana perde sua eficácia em razão de sua inconstitucionalidade.

O disposto na redação do §6º do artigo 226 da Constituição, à primeira vista, não revela nenhuma incongruência com a norma do artigo 1.566, I, do Código Civil. Em artigo publicado a respeito da EC 66/2010 e sua relação com o divórcio, Gilberto Schäfer afirmou que

A palavra divórcio — um instituto de Direito Civil — aparece pela primeira vez em um texto constitucional em 1988, no § 6º do artigo 226, com as duas formas possível de chegar até ele (direto e por conversão): “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.¹²¹

Ao analisar os reflexos da EC 66/2010 na esfera civil o autor destacou:

A EC n. 66, que reformou § 6º, objeto desta análise, está assim redigida: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Este texto alberga (1) o princípio de que o casamento é dissolúvel e (2) uma regra, a saber, de que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio. O princípio (1) não está aqui em questão, porque desde 1977, adotado entre nós. A regra (2), contudo, comporta discussões sobre o seu alcance. Podemos, resumir, a partir do painel realizado pela ESM/AJURIS, do qual participei, as posições a respeito da matéria⁵: (a) O texto contém uma norma com eficácia constitucional mediata e apenas desconstitucionalizou a matéria⁶; (b) O texto contém uma norma com eficácia constitucional imediata, direta e revogou o direito infraconstitucional, incompatível com o divórcio a qualquer tempo, revogando, inclusive, a separação judicial⁷; (c) Formou-se ainda uma corrente mista ou eclética que sustenta que continuam em vigor as regras da separação, que seguem o Código Civil. Quanto ao divórcio há incidência

¹²¹ SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil**. Artigo disponível em <<http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=23>>, acesso realizado em 21/02/2015.

imediatamente, podendo ser requerido de forma direta a qualquer tempo. Tal posição (c) apresenta uma variante, que podemos expressar em (c1): a separação continua existindo, mas sem qualquer limite temporal.¹²²

A conclusão do Gilberto Schäfer é a de que o texto contém uma norma com eficácia constitucional mediata e apenas desconstitucionalizou a matéria. Portanto, as disposições traçadas no código civil a respeito do divórcio continuam plenamente válidas. No entanto, muitos civilistas afirmam que com o fim da separação judicial a discussão a respeito da culpa da dissolução do vínculo conjugal deixa de ter relevância jurídica para a obtenção do divórcio. Com isso, os consortes não precisam mais aguardar a sentença declaratória da separação judicial para se desobrigarem do dever de fidelidade. O adultério deixou de ser considerado motivo para a dissolução do vínculo atraindo sobre o cônjuge adúltero a culpa pela separação. No entanto, os reflexos jurídicos da culpa são sentidos em relação ao nome dos ex-cônjuges¹²³ e quanto à prestação dos alimentos¹²⁴.

O que muitos doutrinadores têm expressado é que o fim da separação marcou o esvaziamento da culpa do cônjuge em relação à infidelidade. Ou seja, esta apenas passa a ser causa de dissolução do vínculo matrimonial como consequência da quebra da vontade de permanecer casado. É o contraponto feito por Maria Berenice Dias, citada por Rodrigo da Cunha Pereira ao expressar que não é possível a um cônjuge exigir do outro a obrigação de ser fiel.¹²⁵

A questão, contudo, deve ser levada um pouco mais adiante. No tópico anterior, afirmamos que boa parte da doutrina considera que o dever de fidelidade continua sendo norma de referência para as relações matrimoniais e que tem conteúdo jurídico capaz de assegurar a indenização do consorte em casos de descumprimento. Com efeito, Silvano Andrade do Bomfim destaca que a violação dos deveres do casamento certamente causa

¹²² SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil**. Artigo disponível em <<http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=23>>, acesso realizado em 21/02/2015.

¹²³ Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

¹²⁴ Artigo 1.694, § 2º, do Código Civil: § 2º *Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.*

¹²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.115.

desequilíbrio, quer seja de ordem material, quer seja de ordem moral, capaz de gerar ao cônjuge lesante o dever de indenizar.¹²⁶ Assegura, ainda, valendo-se da lição de José de Aguiar Dias, que o *adultério, constituindo 'clara violação dos deveres conjugais', dá ensejo à reparação civil, pois acarreta incontestavelmente dano moral.*¹²⁷

Nesse cenário, é de se observar que a traição fere uma cláusula geral de conduta do casamento, que diz respeito à exclusividade do afeto, dos compromissos matrimoniais, da lealdade entre os cônjuges, da exclusividade sexual e da partilha de tantos outros sentimentos que dizem respeito à relação afetiva. A escolha livre e despatrimonializada dos cônjuges possibilita que haja uma verdadeira sintonia entre os contraentes de sorte que o motivo da união se arrima em características pessoais, em afinidades eletivas e, sem dúvida, em laços de afeto e amor.

Ora, sob esse prisma, as uniões tem cada vez mais evidente a marca da exclusividade em suas relações. Portanto, se não é possível obrigar um dos consortes a ser fiel, como ponderou Maria Berenice Dias, é possível cobrar dele uma indenização quando se constata a prática de atos de infidelidade. Não se pode deixar de observar que, como em qualquer caso de responsabilidade civil, a traição deve ter como consequência um dano à honra e à dignidade do outro cônjuge. Se, aliado à traição, outros deveres matrimoniais deixam de ser prestados, como a mútua assistência, o abandono afetivo do cônjuge ou de seu filho menor, o dano se mostra mais evidente e facilita a tarefa de apurar sua extensão e quantificar a lesão imaterial do consorte.

Admitir o contrário seria aceitar que o legislador inseriu o dever de fidelidade recíproca como uma cláusula geral de opção facultativa dos consortes. O que não parece ser o caso. A partir do momento em que se reconhece no casamento um contrato de direito de família, que possui regras cogentes que devem ser observadas pelos contraentes, a traição revela-se como um ato contrário aos deveres inerentes à relação matrimonial e violador de cláusula geral da fidelidade conjugal. Por conseguinte, a consequência desse ato não pode ficar exclusivamente vinculada à questão afeta ao nome e aos alimentos no momento do divórcio.

¹²⁶ BOMFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. p.418.

¹²⁷ BOMFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. p.418.

A liberdade de escolha que uniu os contraentes também deve ser considerada quando um deles percebe que já não há mais o mesmo interesse e ligação afetiva que o mantinha vinculado àquele companheiro ou companheira. Neste momento é que a separação do casal, apesar de dolorosa, ganharia lugar para solucionar a perda da *affectio maritalis*. Essa atitude guardaria perfeita consonância com outra cláusula geral do casamento, que é o respeito e consideração mútuos. 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*.¹²⁸

Sem dúvida alguma, todos esses direitos personalíssimos afetos à fidelidade estão imbricados à confiança que um cônjuge tem no outro. Não fosse isso, a união não se sustentaria. Por conseguinte, a ruptura com o primado da fidelidade gera a quebra desse postulado. Para Felipe Peixoto Braga Netto a responsabilidade pela confiança tomará vulto em casos de violação positiva do contrato, responsabilidade pré e pós contratual e da tutela externa e transubjetiva do contrato, e assegura

em todos estes casos perceberemos com relativa nitidez que havia uma lacuna no sistema dicotômico de responsabilidade, o que perigosamente abria caminho para especiais interferências danosas na esfera jurídica alheia. A função da responsabilidade pela confiança é a de colmatar esta lacunas, afastando as situações de perigo a que pessoas estão expostas. A introdução da confiança amplia a segurança jurídica, pois orienta condutas socialmente desejáveis, estabilizando expectativas de comportamento.¹²⁹

Nesse cenário, a responsabilidade pela confiança se edifica em torno da expectativa de cumprimento de determinados deveres de comportamento. Ora, o dever de fidelidade no âmbito matrimonial é mais que um desejo vinculado ao campo afetivo. Situa-se na seara objetiva de um padrão comportamental normativo e, portanto, cogente. Assim sendo, a traição não pode ser vista apenas como um mero aborrecimento, mas se posiciona claramente como quebra de um dever legal capaz de ensejar atribuição de responsabilidade.

Em vista disso, a infidelidade não deve ser tomada apenas como causa de reparação

¹²⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 2321p. p.1692.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil – responsabilidade civil em espécie**. Salvador: Jus Podivm, 2014. vol.03, 1.069p. p.103.

(compensação do dano), mas a ela deve se agregar o viés de desestímulo à sua prática mesmo que a relação conjugal se desfça. Essa atitude tem um efeito multiplicador nas relações sociais de evitar a reincidência, a exemplo das *punitive damages* do direito norte americano, entre nós chamada de teoria do valor do desestímulo. A esse respeito, Mayana Barros Jorge João destaca a lição de André Gustavo Corrêa de Andrade, de que:

a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos de personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.¹³⁰

Para Mayana João a aplicabilidade das indenizações punitivas conferiria grande proteção aos direitos de personalidade, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, estar-se-ia conferindo ao dever de fidelidade a proteção que lhe é devida, sem esvaziar da norma o conteúdo de proteção, cuidado e da confiança despertada pelo cônjuge de que estão assumindo um relacionamento no qual o afeto se afigura na seara da exclusividade do casal.

Portanto, a traição não só ofende o dever de fidelidade como choca-se com outras cláusulas gerais do casamento gerando inevitáveis efeitos na honra, na psique, auto-estima e outros atributos da personalidade da pessoa ofendida. Nesse contexto, pode-se afirmar que a traição é, sim, causa de descumprimento contratual no casamento, rompendo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, consubstanciada no dever de fidelidade.

¹³⁰ JOÃO, Mayana Barros Jorge. Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550>, acesso em fevereiro de 2015.

CONCLUSÃO

A evolução das relações sociais influenciou as famílias desde a sua origem. Da fase mais primitiva e remota até os dias atuais muitas transformações ocorreram na dinâmica familiar. Antes a formação familiar se dava para gerir os bens familiares e manter uma determinada estratificação social, com o ingresso dos filhos na força produtiva e sendo a esposa apenas a gestora do lar e das necessidades do marido. A revolução industrial rompeu com esse paradigma e possibilitou à sociedade a produção em escala, permitiu à mulher o ingresso no mercado de trabalho e a buscar condições de gerar riquezas independentemente de sua subordinação ao seu marido. Na verdade, a mulher não dependia mais do casamento para sair de casa, muito menos para manter a fortuna ou dividir a miséria de uma vida sofrida e explorada do início da industrialização.

A crescente urbanização gerada pela industrialização alterou a dinâmica de produção e fez concentrar nas cidades a força produtiva. Aliado a isso, a gradativa conquista de direitos sociais e civis, sobretudo pelas mulheres, fizeram com que os arranjos familiares para manter suas riquezas não mais se sustentasse. A mudança dessa perspectiva, assim como outros avanços sociais, permitiram a evolução da relação conjugal. Se antes a marca dos casamentos era o estabelecimento de uma sociedade completamente patriarcal e com notória submissão da mulher aos desmandos do marido; hoje, a dinâmica conjugal é completamente diferente. Desenvolvendo-se ao ponto de se estabelecer um relacionamento pautado na cooperação mútua, marcado pela divisão de tarefas econômicas e domésticas, ao compartilhamento do poder familiar para gerir as finanças da família e direcionar a educação dos filhos. Assim, a esposa não é mais obrigada a tolerar maltratos e infidelidades na relação conjugal, sob pena de ser alijada e necessitar mendigar assistência.

A consequência dessa evolução é que os casamentos foram gradativamente se lastreando e fundamentando em laços de afeto e amor. Claro que a globalização, a expansão cultural e econômica, a facilitação do acesso à informação, a inserção da mulher no mercado de trabalho e suas constantes conquistas de direitos civis e políticos contribuíram para que as escolhas matrimoniais se desprendessem de amarras ideológicas e exclusivamente

patrimonialistas. Mas os ideais que impulsionaram grandes mudanças sociais não se reproduzem mais na vida contemporânea. Na análise desenvolvida por Luc Ferry com a globalização presente houve a dessacralização da Pátria, da Política e da Religião (ao que chama de Deus), para dizer que outrora tais valores impulsionavam a sociedade e os indivíduos lutavam e davam suas vidas para defender tais ideais (isso considerando a sociedade ocidental). A partir do final do século XIX o que se percebe é um movimento de repersonificação das relações.

As pessoas passaram a se unir em matrimônio movidas por escolhas livres e despatrimonializadas. Ou seja, os arranjos familiares não têm mais sustentação. Ao contrário, os laços afetivos e de amor é que impulsionam e fundamentam o matrimônio. Assim sendo, a formação familiar originada da livre escolha e fundada em laços de afeto, portanto, despatrimonializada, exige dos consortes a adoção de determinados padrões comportamentais que se amoldem àquele relacionamento. Dito de outra forma, a partir da confiança gerada em cada um dos atores do relacionamento de que o elo que os une é de afeto, amor, respeito e fidelidade que se decidem pela consolidação do vínculo através da contratação do matrimônio. Este, apesar de conter normas de natureza cogente e que devem ser seguidas sob pena de não ser considerado válido, daí não se desconsiderar sua característica institucional, trata-se da celebração de um negócio jurídico, com objeto lícito, partes capazes e firmado na forma da lei. Portanto, não se pode deixar de considera-lo como um contrato.

Assim sendo, as partes desse contrato (os noivos e, posteriormente, os cônjuges) se sujeitam aos ditames da lei civil e devem guardar no relacionamento entabulado, tanto no início, assim como durante o casamento, os ditames da boa-fé objetiva. Uma vez que o código civil estabeleceu que a fidelidade recíproca é um dos deveres dos cônjuges, não se pode negar que o disposto no artigo 1.566, I, do código civil afigura-se como uma verdadeira cláusula geral do casamento. Em outras palavras, o dever de fidelidade deve ser seguido pelo casal não apenas por uma questão romântica, mas, sobretudo, em obediência à boa-fé objetiva que garante a relação matrimonial, com vistas à proteção da pessoa do cônjuge e em atenção à confiança depositada de que as relações afetivas, sexuais, patrimoniais etc., atinentes àquela relação não serão compartilhadas com terceiros, resguardando-se a intimidade, a honra e demais direitos da personalidade do consorte.

Em vista disso, a traição consubstancia violação da boa-fé objetiva, em especial, a cláusula geral de fidelidade, sujeitando, por conseguinte, o cônjuge traidor à indenização

reparatória. Nesse campo, todavia, há bastante controvérsia tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O que se tem admitido nos tribunais pátrios é a indenização por dano moral ao cônjuge traído nas hipóteses que envolvem uma acentuada publicidade do dano, sobretudo nos casos em que se descobre, posteriormente, que o filho nascido na constância do relacionamento conjugal é de outra pessoa. Muitos dos que não admitem a indenização em casos de traição o fazem considerando que esse fato se descortina em mero aborrecimento. Na verdade, a repercussão da traição para fora da intimidade conjugal gera um incontestável aborrecimento, constrangimento e dor ao cônjuge traído. Mas, ainda que a traição não fosse pública os efeitos da infidelidade não se atenuam no cônjuge traído pela inexistência de publicidade. Esta servirá como um fator de fixação da indenização pela extensão do dano, sendo certo que o fundamento da reparação será o rompimento do dever de fidelidade, como violação da boa-fé objetiva.

Sem dúvida alguma, essa questão não está formatada no cenário jurídico nacional. Porém, a análise da infidelidade não pode ser vista apenas com relação aos desdobramentos do nome e dos alimentos ao cônjuge que ensejou a ruptura da relação conjugal. A evolução dos paradigmas do direito de família e a construção de relacionamentos fundados em afeto e amor com vistas à preservação da pessoa humana indicam que não se pode resolver litígios que envolvem a traição com a mesma ótica da codificação de 1916. Daí que se sustenta a possibilidade de indenizar o cônjuge traído pela quebra do dever de fidelidade independente da publicidade do ilícito cometido.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos e OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 397-428.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. 476p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 352p.

BOMFIM, Silvano de Andrade do. A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. p.409-410.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.563-564.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013.

CAHALI, Yusef Said. **Dano moral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 656p.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Código Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: SÍNTESE, IDBFAM, v.8, n.36, jun/jul, 2006, ISSN 1519, 1869.

CATALAN, Marcos. **Primeiras reflexões sobre o abuso de direito nas relações familiares**.

In HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SIMÃO, José Fernando. Ensaaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade. Porto Alegre: Magister, 2009. vol.2. 483p. p.269-270.

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **Catecismo da Igreja Católica**. 9.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003. p.612.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 21.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.45.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível** n° 20070110322600APC, Relator Lécio Resende, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/12/2009, Publicado no DJE: 25/01/2010. Pág.: 42

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. **Da responsabilidade civil no direito de família. in Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo**. Albuquerque, Fabíola Santos, Ehrhardt Júnior, Marcos, Oliveira, Catarina Almeida de (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 353-372.

_____. **Responsabilidade civil no direito das famílias: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto**. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no direito contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4.ed. Jus Podivm: Salvador, 2012. vol.6. 1066p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil – responsabilidade civil em espécie**. Salvador: Jus Podivm, 2014. vol.03, 1069p. p.103.

FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica**. Rio de Janeiro: Objetiva,

2012. 359p.

_____. **Famílias, amo vocês:** política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 174p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2011. vol.6.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das famílias.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.190.

HAMADA Thatiane Miyuki Santos. **O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/872>. Acesso em 04/03/2013

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JOÃO, Mayana Barros Jorge. **Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550>, acesso em fevereiro de 2015.

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 Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, p. 100-120, ago./set. 2010.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437p.

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.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.05.890290-9/002**, Relator(a): Des.(a) Batista de Abreu , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/07/2013, publicação da súmula em 26/07/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1.0443.10.002824-2/001**, Relator Des. Gutemberg da Mota e Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 15/05/2012.

MIRANDA. Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1983. 510p. p.173.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 38.ed. rev. e atual. Por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p.24.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.23.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *apud* GLANZ, Semy. **A família mutante**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 716p. p.443.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo código civil** (coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias), Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-227.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.180.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.973. *apud* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. **Da responsabilidade civil no direito de família**. *in* **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo**. Albuquerque, Fabíola Santos; Ehrhardt Júnior, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). Jus Podivm: Salvador, 2010. p. 361.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70026482075**, Relator Ricardo Raupp Ruschel, Sétima Câmara Cível, Julgado em 22/07/2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. **Apelação Cível Nº 70055386312**, Relator Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível, Julgado em 14/11/2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p.05.

_____. **Direito civil**: direito de família. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1984. Vol.6. 440p. p.15.

SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil**. Artigo disponível em <<http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=23>>, acesso realizado em 21/02/2015.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 592p.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 2321p. p.1692.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família: São Paulo: Método, 2012, vol. 5

_____. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol.1. p.87.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. vol.6. p.26.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Revista Crítica do Direito. Número 04, volume 63, disponível em <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>>, acesso realizado em 25/02/2015.

_____. **Responsabilidade do cônjuge pelo adultério no casamento e a boa-fé objetiva**. Trabalho apresentado na III Agendas do Direito Civil Constitucional, disponível em <<http://www.uniceub.br/eventos-academicos/eventos-por-curso/1o-semester-2014/iii-agendas-de-direito-civil-constitucional.aspx>>, acesso realizado em 25/02/2015.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.119.