



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

NICIA NOGUEIRA DIÓGENES SANTOS DE ABREU

DANOS MORAIS POR INFIDELIDADE VIRTUAL

NICIA NOGUEIRA DIÓGENES SANTOS DE ABREU

DANOS MORAIS POR INFIDELIDADE VIRTUAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea na Universidade Católica do Salvador, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani
Barbosa

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

A162 Abreu, Nícia Nogueira Diógenes Santos de
Danos morais por infidelidade virtual / Nícia Nogueira Diógenes
Santos de Abreu . __Salvador, 2020.
119 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família
na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa.

1. Infidelidade Virtual 2. Responsabilidade Civil 3. Casamento
4. Danos Morais I. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de
Pesquisa e Pós-Graduação II. Barbosa, Camilo de Lelis Colani –
Orientador III. Título.

CDU 316.356.2:681.324

TERMO DE APROVAÇÃO

Nícia Nogueira Diógenes Santos de Abreu

“DANOS MORAIS POR INFIDELIDADE VIRTUAL”

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 04 de setembro de 2020.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa

Orientador(a) - (UCSAL)



Prof. Dr. Jorge Amado Neto (FBB)



Prof. Dr. Deivid Carvalho Lorenzo (UCSAL)

DE ABREU, Nícia Nogueira Diógenes Santos. Danos morais por infidelidade virtual. Orientador: Camilo de Lelis Colani Barbosa. 2020. 109 fls. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) – Centro de Pós-Graduação, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2020.

RESUMO

O presente trabalho, feito através de pesquisa do tipo qualitativa, visa analisar o possível cabimento de indenização por danos morais decorrentes da violação ao dever de fidelidade conjugal no campo virtual. Foram utilizados os métodos de revisão de literatura e pesquisa documental, a partir da análise da legislação aplicável ao tema proposto – em especial, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil brasileiro de 2002 – além da jurisprudência disponível nos repositórios virtuais do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aplicado o recorte temporal de 2018 a 2020. O interesse em investigar a infidelidade virtual, sob a perspectiva da responsabilidade civil – particularmente no que concerne ao estudo dos danos morais decorrentes da quebra do dever de fidelidade conjugal no campo virtual – decorre da atualidade do tema, na medida em que os avanços tecnológicos passam a demandar uma análise reflexiva e adequada deste contexto, que influencia e interfere nas relações conjugais, levando os profissionais do Direito a ampliar a própria concepção da quebra do dever de fidelidade conjugal, para incluí-la no campo virtual. A análise da infidelidade sob o viés da responsabilidade civil, mais especificamente dos danos morais decorrentes da infidelidade virtual, se mostra altamente relevante, na medida em que pode fornecer subsídio para a composição de situações práticas. Os resultados obtidos indicam que a aplicação de princípios como a dignidade da pessoa humana, igualdade, afetividade e monogamia no âmbito das famílias e, conseqüentemente, do casamento, operaram profundas transformações, inclusive no que concerne à sua definição e regulamentação. Desta forma, os deveres matrimoniais – dentre os quais o dever de fidelidade conjugal – têm clara conotação de dever jurídico contratual, alcançando novas dimensões (inclusive éticas), donde resulta a admissibilidade da caracterização da infidelidade conjugal no campo virtual. E, particularmente, quanto ao cabimento de reparação por danos morais decorrentes da infidelidade virtual, a pesquisa revelou que, embora a doutrina e jurisprudência pátrias reconheçam a possibilidade da condenação do cônjuge infiel – ainda que virtualmente – pela reparação do dano moral, esta fica limitada às hipóteses em que resta demonstrada a gravidade da violação e exposição do cônjuge traído a situação vexatória e humilhante. Desta forma, apesar de, sob a perspectiva dogmática, não se encontrar óbice à responsabilidade do cônjuge infiel por danos morais sofridos pelo cônjuge traído, o tratamento dado à matéria em nível jurisprudencial impõe, de certa forma, um obstáculo de ordem prática, quando coloca como requisito para esta responsabilização a demonstração/comprovação da gravidade da violação ao dever jurídico de fidelidade conjugal.

Palavras-chave: Infidelidade. Virtual. Responsabilidade civil. Danos morais. Casamento.

DE ABREU, Nicia Nogueira Diógenes Santos. Daños morales por infidelidad virtual. Asesor: Camilo de Lelis Colani Barbosa. 2020. 109 fls. Disertación (Maestría en Familia en Sociedad Contemporánea) - Centro de Postgrado, Universidad Católica de Salvador, Salvador, 2020.

RESUMEN

El presente trabajo, realizado a través de una investigación cualitativa, tiene como objetivo analizar el posible alcance de la indemnización por daño moral resultante de la violación del deber de fidelidad conyugal en el campo virtual. Se utilizaron métodos de revisión de la literatura e investigación documental, basados en el análisis de la legislación aplicable al tema propuesto - en particular la Constitución Federal de 1988 y el Código Civil brasileño de 2002 - además de la jurisprudencia disponible en los repositorios virtuales de la Corte Superior de Justicia, Tribunal de Justicia de São Paulo, Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul y Tribunal de Justicia de Minas Gerais, aplicando el marco temporal de 2018 a 2020. El interés por investigar la infidelidad virtual, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, particularmente en que se refiere al estudio del daño moral derivado del incumplimiento del deber de fidelidad conyugal en el campo virtual - surge de la naturaleza actual del tema, ya que los avances tecnológicos comienzan a exigir un análisis reflexivo y adecuado de este contexto, que influye e interfiere en las relaciones conyugales, llevando a los profesionales del derecho a ampliar su propia concepción del incumplimiento del deber de fidelidad conyugal, para incluirlo en el campo virtual. El análisis de la infidelidad bajo el sesgo de la responsabilidad civil, más concretamente del daño moral derivado de la infidelidad virtual, es de gran relevancia, ya que puede dar soporte a la composición de situaciones prácticas. Los resultados obtenidos indican que la aplicación de principios como la dignidad de la persona humana, la igualdad, la afectividad y la monogamia en el contexto de la familia y, en consecuencia, del matrimonio, han sufrido profundas transformaciones, incluso en lo que respecta a su definición y regulación. De esta forma, los deberes maritales -incluido el deber de fidelidad conyugal- tienen una clara connotación de deber jurídico contractual, alcanzando nuevas dimensiones (incluidas las éticas), resultando en la admisibilidad de la caracterización de la infidelidad conyugal en el campo virtual. Y, en particular, en cuanto a la adecuación de la reparación del daño moral resultante de la virtual infidelidad, la investigación reveló que si bien la doctrina y la jurisprudencia interna reconocen la posibilidad de condenar al cónyuge infiel, aunque sea de manera virtual, por la reparación del daño moral, esta se limita a Hipótesis en las que queda por demostrar la gravedad de la violación y exposición del cónyuge traicionado a la situación desconcertante y humillante. Así, si bien desde una perspectiva dogmática no existe obstáculo a la responsabilidad del cónyuge infiel por el daño moral sufrido por el cónyuge traicionado, el tratamiento que se le da al asunto a nivel jurisprudencial impone, en cierto modo, un obstáculo práctico, cuando se plantea como un requisito para esta responsabilidad, la demostración / prueba de la gravedad de la violación del deber legal de fidelidad conyugal.

Palabras-clave: Infidelidad. Virtual. Responsabilidad civil. Daño moral. Matrimonio.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|-----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 05 |
| 2 | VISÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA | 09 |
| 2.1 | Princípio da dignidade da pessoa humana e a família | 13 |
| 2.2 | Princípio da isonomia | 16 |
| 2.3 | Princípio da afetividade: um sentimento no contexto conjugal | 18 |
| 2.4 | Princípio da monogamia | 23 |
| 3 | FAMÍLIA, CASAMENTO E DEVERES CONJUGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO | 27 |
| 3.1 | A família na sociedade contemporânea | 27 |
| 3.1.2 | Conceito de família no século XXI: uma análise sociojurídica da família | 31 |
| 3.2 | O casamento no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo | 35 |
| 3.2.1 | Conceito | 35 |
| 3.2.2 | Natureza jurídica | 39 |
| 3.2.3 | Deveres dos cônjuges como efeitos pessoais do casamento na pós-modernidade | 42 |
| 4 | A INFIDELIDADE VIRTUAL: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL | 50 |
| 4.1 | Conceito e delimitação do dever de fidelidade conjugal após a vigência do Código Civil de 2002 | 50 |
| 4.2 | O dever de fidelidade Conjugal e o paradigma da Eticidade | 59 |
| 4.3 | Infidelidade virtual | 64 |
| 5 | A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CÔNJUGES ENTRE SI POR DANOS MORAIS DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL VIRTUAL NA PÓS-MODERNIDADE | 74 |
| 5.1 | A Responsabilidade Civil dos cônjuges um para com o outro | 74 |
| 5.2 | Infidelidade virtual e a responsabilidade civil do cônjuge infiel | 77 |
| 5.3 | O dano moral decorrente da infidelidade virtual como instrumento de tutela jurídica da dignidade da pessoa humana em relação ao cônjuge traído | 88 |
| 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 94 |
| | REFERÊNCIAS | 102 |

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como tema a “infidelidade virtual e responsabilidade civil: análise da indenização por danos morais decorrentes da violação ao dever de fidelidade conjugal no campo virtual”.

Inicialmente, cumpre notar que a família tem uma noção mutável no tempo e no espaço, de modo que a sua concepção na contemporaneidade reflete, naturalmente, a dinâmica e complexidade na sociedade do século XXI. Deste modo, a concepção de família na pós-modernidade não é a mesma do século passado e, por certo, não será a mesma no século subsequente, talvez até mesmo na próxima década.

Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988, a noção de família (e o próprio Direito de Família) sofreu profundas modificações e passou a ser pautado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade e da monogamia, dentre outros.

Neste diapasão, a própria noção de casamento ganhou uma nova significação e passou a designar uma forma de constituição formal da família, por meio da qual os cônjuges estabelecem uma comunhão de vidas e afetos.

E, este casamento, cuja natureza jurídica é contratual – e, portanto, não deixa de ser norteado pelo paradigma da eticidade -, estabelece entre os cônjuges direitos e deveres recíprocos, dentre os quais, o dever de fidelidade conjugal.

E este dever de fidelidade conjugal, que tem efetiva natureza de dever jurídico contratual, apenas pode ser adequadamente compreendido à luz dos novos princípios encartados na Carta Magna e norteadores do ordenamento jurídico brasileiro (acima referidos), bem como da eticidade aplicada ao contexto do matrimônio, donde resulta clara a incidência da boa-fé objetiva e seus desdobramentos, em especial, a confiança que espera que seja observada e preservada entre os cônjuges.

Entrementes, a definição de fidelidade, na sociedade pós-moderna, não pode se vincular, exclusivamente, à noção de adultério (assim compreendido como a conjunção carnal mantida com pessoa diversa do seu cônjuge, conduta esta que reflete um aspecto material da infidelidade), devendo abarcar, ainda, qualquer relacionamento afetivo de conotação sexual mantido com pessoa diversa do cônjuge (o que reflete um aspecto moral da infidelidade, cuja concretização, portanto, prescinde do contato físico).

Com efeito, o desenvolvimento da tecnologia e da rede mundial de computadores operou profundas mudanças na sociedade e, conseqüentemente, na forma como as pessoas

passaram a se relacionar. Decerto, as relações intersubjetivas passaram a ser incrementadas pelos “usos modernos”, refletindo-se em novas projeções e relacionamentos estabelecidos no campo virtual, por meio de programas como Messenger, Skype, E-mails, WhatsApp, dentre outros. Tais ferramentas permitem ampla interação entre os sujeitos conectados à rede, propiciando o estabelecimento real de relacionamentos afetivos, inclusive de conotação sexual e desenvolvidos na busca da satisfação sexual.

Neste contexto, surgem os debates acerca da admissibilidade da infidelidade concretizada no campo virtual e, por conseguinte, acerca da possibilidade de responsabilização civil do cônjuge infiel pela ruptura do dever de fidelidade conjugal. E, diante do enfrentamento do tema proposto, foi possível responder à seguinte pergunta norteadora: é possível caracterizar dano moral pela infidelidade conjugal virtual?

O interesse em investigar a infidelidade virtual, sob a perspectiva da responsabilidade civil – particularmente no que concerne ao estudo dos danos morais decorrentes da quebra do dever de fidelidade conjugal no campo virtual –, decorre da atualidade do tema, devido ao aparecimento desta situação inserida no contexto dos avanços tecnológicos.

Diante de toda evidência, esta realidade demanda uma análise reflexiva e adequada deste contexto tecnológico, que influencia e interfere nas relações conjugais, levando os profissionais do Direito a ampliar a própria concepção da quebra do dever de fidelidade conjugal, para incluí-la quando concretizada no campo virtual.

Neste sentido, a análise da infidelidade sob o viés da responsabilidade civil, mais especificamente dos danos morais decorrentes da infidelidade virtual, se mostra altamente relevante, na medida em que poderá fornecer subsídio – construído com base teórica e análise de dados oriundos da pesquisa documental realizada nos tribunais pátrios – para a composição de situações práticas.

Diante disto, resulta claro que a pesquisa desenvolvida no presente trabalho teve como objetivo geral analisar como se caracteriza a responsabilidade civil do cônjuge infiel por dano moral, na infidelidade conjugal no campo virtual. Foram estabelecidos como objetivos específicos: analisar o dever de fidelidade conjugal previsto no inciso I, do artigo 1.566 do Código Civil de 2002, numa perspectiva contemporânea; definir os meios pelos quais se configura a quebra do dever de fidelidade conjugal no campo virtual, a partir de conceitos socioantropológicos; e, por fim, analisar a responsabilidade civil do cônjuge, em face da quebra do dever de fidelidade conjugal no campo virtual.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram estruturados quatro capítulos, nos seguintes moldes: visão civil-constitucional da família (no qual serão analisados os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família e que estão diretamente relacionados à temática proposta); família, casamento e deveres conjugais no ordenamento jurídico contemporâneo (em que será investigada a noção de família e casamento na contemporaneidade, estabelecendo, ainda, a noção de deveres conjugais no século XXI); a infidelidade virtual: uma análise contemporânea do dever de fidelidade conjugal (será analisada a definição do dever de fidelidade conjugal na sociedade pós-moderna – à luz, inclusive, do paradigma da eticidade – estabelecendo, por fim, a delimitação da infidelidade virtual); e, concluindo, a responsabilidade civil dos cônjuges entre si por danos morais diante da infidelidade conjugal virtual na pós-modernidade (em que será analisado como, diante do ordenamento jurídico pátrio, se caracteriza a responsabilidade civil do cônjuge infiel diante da infidelidade virtual).

O pressuposto teórico da pesquisa foi o de que, diante da caracterização do dano moral sofrido pelo cônjuge traído na infidelidade virtual, é admissível a responsabilização civil do cônjuge infiel por danos morais porventura ensejados ao cônjuge traído.

A metodologia escolhida para o desenvolvimento do estudo acerca do tema proposto foi a pesquisa qualitativa. Foi realizada uma pesquisa de campo, por meio da utilização dos métodos de pesquisa “revisão de literatura” e “pesquisa documental” – pela análise da legislação aplicável ao tema e de decisões proferidas no âmbito dos Tribunais pátrios, mais especificamente, o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema proposto.

Vale destacar, ainda, que o emprego dos métodos de pesquisa documental e revisão de literatura demandaram da pesquisadora, além de um sólido suporte teórico epistemológico, flexibilidade e/ou abertura para proceder a ajustes epistemológicos decorrentes da aplicação metodológica prática, especialmente diante da dificuldade de acesso aos precedentes envolvendo matéria de família, que, via de regra, se encontram submetidos ao segredo de Justiça. Disto resultou a própria disponibilidade, inclusive, para aceitar o novo e inesperado, devido ao aprofundamento que este tipo de método propicia ao pesquisador.

A pesquisa documental estará delimitada à investigação do tema objeto de estudo no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça de São Paulo, no período compreendido entre os anos de 2018 a 2020, tendo em vista que, nestes últimos anos, se intensificou o aparecimento de relações de natureza íntima no campo virtual.

A complexidade e profundidade da pesquisa não ficaram condicionadas somente ao objeto de estudo definido, mas também ao suporte teórico e epistemológico da pesquisadora.

Diante do estudo realizado, foi possível observar que a responsabilidade civil do cônjuge infiel por danos morais decorrentes da quebra do dever de fidelidade no campo virtual se afigura juridicamente viável, desde que demonstrados os requisitos ensejadores da responsabilidade subjetiva e contratual, marcadamente a conduta culposa (caracterizada pela grave violação ao dever de fidelidade conjugal), o nexo causal e o dano moral (reconhecido diante da violação à dignidade da pessoa humana em relação ao cônjuge traído).

Com o estudo ora desenvolvido, se pretende contribuir para a adequada compreensão do tema proposto, fomentando novas reflexões sob a perspectiva da garantia da dignidade da pessoa humana como fundamento privilegiado no reconhecimento do direito à reparação por danos morais decorrentes da caracterização da infidelidade virtual.

2 VISÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

Inicialmente, e antes de adentrar ao estudo dos direitos fundamentais relacionados ao casamento e aos deveres conjugais propriamente ditos, é preciso tecer alguns breves comentários sobre o Direito de Família no Brasil e seu perfil constitucional.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 reconhecia e deferia uma especial tutela jurídica à família matrimonializada, ou seja, aquela constituída pelos laços do matrimônio. Neste contexto, era possível observar, pelas disposições do Código Civil revogado, que havia um alto grau de abstração das relações familiares. O modelo de família tutelado pelo Estado era, então, unitário, indissolúvel, transpessoal (não centrado na pessoa de seus membros), matrimonializado, patriarcal e hierarquizado (FACHIN, 2003), sendo excluídas outras formas de constituição familiar.

Neste diapasão, se observa que o centro da tutela jurídica, no Código de 1916 e antes da Constituição Federal de 1988, era a família (e, dentro desta, o casamento), e não a pessoa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, todavia, este contexto sofreu sensível alteração. Isto porque o texto constitucional deslocou o centro da tutela jurídica do Estado, operando a instrumentalização da família, predominando, portanto, no contexto familiar, os interesses dos seus membros e a tutela explícita dos direitos da personalidade e dignidade de cada membro da entidade familiar (FACHIN, 2003, p. 194).

Esta noção instrumentalizada da família desemboca, portanto, numa compreensão funcionalizada desta, de modo que se vislumbra na entidade familiar uma função serviente, segundo a qual a família passa a servir de instrumento de afirmação e concretização da dignidade da pessoa humana. Vale dizer: a família passa a ter papel funcional e a servir como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, de modo que a tutela constitucional deferida à família decorre do fato de ser esta reconhecida como um lugar em que a pessoa se desenvolve, em função das exigências humanas.

Para Pereira S. (2007, p.94), a função serviente da família implica a ideia de formação social com função instrumental a serviço da realização da personalidade de seus membros e a noção de que a tutela constitucional da família se dirige à proteção dos membros do grupo familiar.

Sob esta perspectiva, então, Fachin (2003, p.194) reconhece, nesta centralidade do ordenamento jurídico no indivíduo, o fundamento da concepção eudemonista da família, de modo que esta passa a ser compreendida como núcleo essencial para o desenvolvimento do indivíduo e exortação da busca pelo ideal de felicidade, e não o contrário. Ou seja, entende o

referido autor que se encontra superada a lógica segundo a qual o indivíduo existe para a família.

Sobre a família eudemonista, Farias e Rosenvald (2019) pontuam que:

A família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana. É o que se convencionou chamar de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros. Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade. (FARIAS, ROSENVALD, 2019, p. 41-42).

Ainda segundo Fachin (1999, p. 291), a concepção eudemonista da família significa que “[...] não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.

Sobre esta noção de família eudemonista, é preciso pontuar, contudo, não obstante a posição refletida acima, que a lógica do predomínio do indivíduo sobre a família não é unânime. Em verdade, é necessário ponderar sobre os riscos desta afirmação, que pode conduzir, de forma subliminar, a um ideal ético vocacionado ao egoísmo e individualismo no contexto familiar.

Destarte, não se pode olvidar a relação de dádiva que permeia, também, o ambiente familiar e que, não raro, rege as condutas dos indivíduos no contexto familiar. Deste modo, parece mais acertada a posição que busca, em verdade, o equilíbrio e a conciliação entre a valorização da dignidade da pessoa humana – dirigida aos indivíduos que integram a entidade familiar – e a tutela da família – como entidade coletiva.

Verifica-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, operou profundas mudanças de valores relacionados à família, dentre as quais importa destacar, como visto acima, a alteração do papel atribuído às entidades familiares (embora não necessariamente se deva afirmar que a família passou a ter um caráter estritamente eudemonista) e a perspectiva instrumental e funcionalizada da família.

Outrossim, a própria noção de entidade familiar assume uma nova dimensão, que, abandonando o formalismo, adota um conceito mais flexível para reconhecer, nas múltiplas formas de construção afetiva, a entidade familiar. Assim, o afeto passa a ser o ponto focal das constituições familiares, não prescindindo, com isto, da observância da sua função social. Esta noção resulta do claro reconhecimento de princípios implícitos à família, a exemplo do princípio da afetividade (CALDERÓN, 2017).

Neste contexto, resulta evidente que houve um deslocamento na tutela jurídica deferida à família. Vale dizer, a família já não tem a exclusividade da proteção autônoma, pois esta proteção também se dirige aos seus membros como instrumento da dignidade humana. Desta forma, é possível observar que, com o advento da Carta Magna de 1988, a base do novo perfil de família deslocou-se do Código Civil para a Constituição e, desta forma, os códigos foram interpenetrados pelo governo dos princípios constitucionais.

Entrementes, vale destacar que esta perspectiva nos induz à compreensão de que os direitos fundamentais têm eficácia imediata. Segundo Pereira S. (2007, p. 70), quanto à admissibilidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, “[...] o que se quer afirmar é a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, reforçados pela garantia constitucional, frente às violações provenientes de sujeitos privados”.

Sobre a questão da eficácia imediata dos direitos fundamentais, Madaleno (2020) esclarece que:

A eficácia dos direitos fundamentais é o seu ponto culminante, como quer, por sinal, a Carta Política brasileira com expressa determinação em seu artigo 5º, § 1º, ao conferir incidência instantânea e, portanto, imediata exigência perante o Poder Público, não dependendo de futura legislação regulamentadora. E, no Direito de Família, é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus membros, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar. Consequência natural de concretização da nova diretriz constitucional que personaliza as relações surgidas do contexto familiar está em assegurar não apenas a imediata eficácia da norma constitucional, mas, sobretudo, a sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos. É a chamada eficácia social da norma, que deixa de ser uma mera formulação abstrata, ou no significado que lhe confere Luís Roberto Barroso, de a efetividade ‘representar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizar a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ‘dever-ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social’. (MADALENO, 2020, p. 48).

Particularmente, no que concerne aos direitos fundamentais, as questões relativas à sua aplicação concreta e à sua força vinculativa se tornaram tão ou mais complexas, considerando o reconhecimento de sua natureza como princípios de altíssimo grau de abstração, cuja aplicação, exatamente em razão de sua imprecisão, exige argumentação racional, sob pena de cair nos perigos da discricionariedade (PEREIRA, S., 2007, p. 106).

Sob este aspecto, é possível destacar uma, dentre tantas peculiaridades das relações familiares, considerando o papel dos direitos fundamentais no Direito de Família constitucionalizado: a família tem relações regidas pela autonomia privada e, ao mesmo

tempo, convive com a realidade de que todos os sujeitos envolvidos no contexto familiar são titulares de direitos fundamentais.

Vale destacar que o sentido de autonomia privada aqui é amplo, para alcançar não apenas o aspecto econômico, mas, também, aspectos não patrimoniais (relacionados a questões existenciais – como, por exemplo, certos efeitos pessoais do casamento, dentre os quais, a fidelidade e a coabitação).

A partir do reconhecimento de que, também, na família, o valor central é a pessoa, é possível compreender a necessidade da intervenção estatal em relação a certas e determinadas questões familiares, se e à medida que esta intervenção for feita em função da garantia dos direitos fundamentais das pessoas que integram a família, por iniciativa dos próprios interessados, de seus representantes ou, ainda, do Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais.

Analisando os conflitos familiares, com base no critério funcionalista, há de se concluir, portanto, que a tutela dos direitos fundamentais das pessoas que integram uma comunidade familiar vai ao encontro da concretização da própria função serviente da família. Neste contexto, é que se pode identificar a proteção da família como uma exigência constitucional que se justifica também pela necessidade de proteção das pessoas que integram as comunidades familiares.

Deste modo, se exige do Estado, a partir de então, uma postura negativa (de não intromissão) e uma postura ativa (dever de proteção integral dos direitos fundamentais).

A proteção familiar delineada na Constituição impõe, então, que se supere a ideia de simples protecionismo, possibilitando compreender a tutela da família como sistema de reconhecimento de direitos. Esta compreensão permite afirmar que os membros da comunidade familiar podem pleitear, não apenas do Estado, mas, também, dos próprios familiares, o cumprimento de deveres que concretizem estes direitos.

Disto decorre que o sistema de proteção das famílias é misto, no sentido de que distribui suas funções entre o Estado e os particulares.

Ao Estado Social se impõe o dever de estabelecer um sistema que permita aos cidadãos gozar da plenitude de seus direitos fundamentais em todas as esferas, inclusive na vida familiar, incumbindo aos poderes públicos a organização dos sistemas de educação, saúde, seguridade social, etc., além da obrigação de proporcionar à família todos os recursos necessários para o livre planejamento e condução da vida familiar.

Aos particulares que integram o grupo familiar, incumbe o dever de colaborar para a construção de ambiente capaz de propiciar a plena realização de sua personalidade e a efetiva

fruição dos seus direitos fundamentais, de acordo com os princípios da solidariedade e da responsabilidade. Daí o dever de sustento, criação e educação dos pais em relação aos filhos, o dever de assistência recíproca entre os companheiros e entre parentes, etc.

Nesta perspectiva, Pereira S. (2007, p.117) destaca a relevância do papel do legislador e do julgador na afirmação dos direitos fundamentais no contexto familiar e, dado o recorte do tema desta pesquisa, é importante destacar o papel do julgador perante os direitos fundamentais na esfera familiar, pois a ele incumbirá realizar, em cada situação específica, a concreção da eficácia dos direitos fundamentais.

Para tanto, se exige do julgador a escuta atenta – que saiba se sensibilizar diante do sofrimento dos familiares, para poder localizar possível ameaça ou lesão de direitos fundamentais – e sua vinculação direta às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais pelos membros da família (PEREIRA, S., 2007). Assim, caberia ao julgador, a busca do equilíbrio entre a autonomia privada e o direito fundamental posto em xeque, observado o critério de vinculação. Neste sentido:

O ponto de partida para a garantia da eficácia dos direitos fundamentais na família, é, portanto, a compreensão de que os membros da comunidade familiar, em virtude da própria função dessa comunidade, estão sempre diretamente vinculados às normas de direito fundamentais, devendo o julgador em cada situação concreta aferir se essa vinculação pode ser exigida de forma mais intensa. (PEREIRA, S., 2012, p.126).

No contexto conjugal, particularmente, a questão dos deveres matrimoniais reclama uma análise, portanto, também sob a ótica dos direitos fundamentais, razão pela qual serão tratados, em seguida, relevantes princípios constitucionais relacionados ao contexto familiar e conjugal.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e a família

Com efeito, a Magna Carta, ao afirmar no seu artigo 3º, inciso IV, que é objetivo da República “promover o bem de todos” (BRASIL, 2016), deixa incontroversa a opção do legislador constituinte no sentido de tutelar amplamente a dignidade da pessoa humana.

Dada a função instrumentalizada da família, é certo que “não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescandível da pessoa humana” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 47).

Neste sentido, Lôbo (2017) reconhece a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio e sua consumação no âmbito da família, ao afirmar que:

Atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, ‘em clima de felicidade, amor e compreensão’, como enuncia a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos, pessoas com deficiência, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato. (LÔBO, 2017, p. 55)

Entretanto, é a dignidade da pessoa humana o postulado fundamental do ordenamento jurídico brasileiro a configurar verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, tomada como valor máximo pelo ordenamento democrático.

Segundo Sarlet, “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais” (SARLET, 2012, p. 47).

Ainda, segundo este mesmo autor, a dignidade da pessoa humana é a:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 62).

Importa destacar, outrossim, que o princípio da dignidade da pessoa humana tem um caráter multidimensional (SARLET, 2012), posto que possui uma dimensão ontológica e uma dimensão histórico-cultural, além de “sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, ao que se poderia ainda agregar a igualmente dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p.61).

Para Farias e Rosenvald (2017), portanto, a dignidade da pessoa humana serve

[...] como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais: (i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; (ii) admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que possa viver; e (iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 173).

Ainda segundo Farias, Netto e Rosenvald (2019):

Como evidentes aplicações da dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana no âmbito da responsabilidade civil, há o compromisso do Estado Democrático de Direito em prover mecanismos de indenidade da pessoa humana. Em breves linhas, podemos sugerir os seguintes aspectos, que serão devidamente abordados ao longo

deste livro: (a) amplíssima tutela às situações existenciais da pessoa humana, seja pela ameaça a um ilícito (tutela inibitória da personalidade), como após a concretização do dano (reparação pelo dano moral); (b) extensão dessa tutela aos nascituros – como seres humanos dotados de direitos da personalidade desde a concepção intrauterina – e também aos incapazes, afinal, capacidade e personalidade são conceitos que não se confundem; (c) recusa da tese quanto à possibilidade de a pessoa jurídica titularizar situações existenciais e, portanto, ter acesso à reparação pelo dano moral; (d) recusa de qualquer concepção que suprima a reparação pelo dano moral em razão do comportamento pretérito do ofendido, tal como o que consta da equivocada Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça: ‘Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento’. (FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2019, p.48).

Assim, é possível antever o sentido amplíssimo da afirmação da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, a assegurar, de forma ampla e robusta, uma tutela jurídica dos valores inerentes à condição humana, assim considerada em seus aspectos físico, psicológico e social.

Daí a imperiosidade de se exortar uma compreensão da família parametrizada pela dignidade humana, sendo aquela um mecanismo efetivo de materialização desta. Vale dizer, é preciso extrapolar a dignidade humana como uma mera pretensão abstrata, para que se lhe dê efetividade no caso concreto, no cotidiano jurídico.

Esta premissa, inclusive, encontra-se consagrada em normas infraconstitucionais, dentre as quais é possível citar, a título exemplificativo: o artigo 1566, do Código Civil em vigor, que fixa o rol de deveres explícitos do casamento; a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; e, a Lei nº 10.836/04, que cria o Programa Bolsa Família e reconhece, no seu artigo 2º, inciso II, como destinatária do benefício financeiro variável, as “unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre 0 (zero) e 12 (doze) anos ou adolescentes até 15 (quinze) anos”. (BRASIL, 2004)

No contexto familiar – e mais especificamente no que concerne às relações conjugais, considerando o recorte do presente trabalho –, é possível, então, afirmar a forte vinculação dos membros da entidade familiar ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta forte vinculação, inclusive, resta assegurada em diversos dispositivos do Código Civil de 2002, dentre os quais: o artigo 1.569, que atribui a ambos os cônjuges a escolha do domicílio; o artigo 1.567, que estabelece uma direção colaborativa da sociedade conjugal, exercida em igualdade pelo marido e pela mulher, e o artigo 1.631, segundo o qual o poder familiar deve ser exercido pelos pais (marido e mulher).

2.2 Princípio da isonomia

O princípio da igualdade operou profundas modificações no direito das famílias, permitindo que o Direito brasileiro ficasse mais próximo do ideal de igualdade familiar.

Com efeito, a expressão “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988) encarta um mandamento geral e aberto de cunho ético-jurídico de respeito ao próximo, impondo-se ao Estado o dever de tratar “todas as pessoas como dotadas com o mesmo *status* moral e político e com a mesma consideração” (MARMELSTEIN, 2018, p. 77).

Outrossim, a previsão de igualdade de gêneros no inciso I, do artigo 5º da Constituição Federal, operou profundas modificações no sistema jurídico brasileiro, na medida em que foi igualmente elevado ao *status* de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados.

A inclusão deste preceito na Magna Carta decorre da evolução histórica intimamente relacionada ao patriarcalismo, aos modos de produção e, mais recentemente, na história da humanidade, ao movimento feminista do século XX.

Entrementes, é preciso ponderar que, no tocante ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, a grande dificuldade reside em saber até que ponto vai essa “igualdade” no plano fático e concreto, tendo em vista as desigualdades de ordem física, social, cultural e moral que existem entre os gêneros. Vale dizer, a máxima da igualdade não implica desconsiderar as possíveis desigualdades, pois a isonomia substancial não consiste senão em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Neste sentido, Lôbo (2017) pontua que:

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira. ‘Uma ordem democrática [incluindo a democratização da vida pessoal] não implica um processo genérico de ‘nivelar por baixo’, mas, em vez disso, promove a elaboração da individualidade’. (LÔBO, 2017, p. 60).

Na afirmação da igualdade, portanto, é preciso permanecer atento ao discurso paradoxal da universalidade da igualdade de direitos e à inerente abstração, pois as diferenças

geradas pela própria ordem social restariam, assim, ocultadas. Esta é a razão, inclusive, pela qual Pereira R. (2016, p. 166) adverte que, “para se reproduzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania, é preciso ir além da igualdade genérica”.

Com isso, quer se dizer da necessidade de inserir, no discurso sobre a igualdade, o respeito à diversidade. Somente assim se propiciaria a construção de uma verdadeira cidadania. Nas palavras de Pereira R. (2016):

[...] a formação e construção de identidade se fazem a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar e reivindicar a igualdade. Portanto, é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano. (PEREIRA, R., 2016, p. 167).

Cumpra esclarecer, ainda, segundo Marmelstein (2018), que:

Costuma-se fazer uma distinção entre ‘igualdade na lei’ e ‘igualdade perante a lei’. A primeira (igualdade na lei) é dirigida ao legislador, que, ao editar normas abstratas, deve tratar todos com isonomia. Já a ‘igualdade perante a lei’ incide no momento de concretização, de modo que os operadores do Direito, na aplicação da lei, não adotem comportamentos preconceituosos. (MARMELSTEIN, 2018, p. 77).

Para Pereira R. (2016):

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito. Consequentemente, não há Justiça. O discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos devem estar incluídos no laço social. (PEREIRA, R., 2016, p. 166).

Nesta toada, é possível concluir que a adequada compreensão da “igualdade na lei” não significa afirmar que as diferenças entre homem e mulher serão desconsideradas. Pelo contrário. Incumbe, a partir desta premissa, considerar que é preciso estabelecer tratamento substancialmente isonômico e constitucionalmente justificável que leve em conta, de forma salutar, as naturais distinções entre homem e mulher. Esta linha de intelecção permite justificar, por exemplo, a presunção de paternidade, estabelecida nos termos do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, cuja lógica, por razões naturais, não se aplica à mulher; ou a previsão da negatória de paternidade, prevista no artigo 1.601, que, pelas mesmas razões, não admitiria correspondente em relação à mulher.

No âmbito do Direito de Família, especificamente, o princípio da igualdade toca as três principais situações em que, historicamente, prevalecia o tratamento desigual no sistema jurídico pátrio: relação homem e mulher na conjugalidade, o *status* dos filhos e o reconhecimento das entidades familiares a partir de diferentes formas de constituição. No

Código Civil de 1916, o tratamento desigual dirigido a estas situações pode ser constatado, exemplificativamente, no quanto disposto nos artigos: 233, que estabelecia que o marido era o chefe da sociedade conjugal; 337, que definia o *status* de filho legítimo, o qual ostentava um tratamento jurídico privilegiado em relação às demais “categorias” de filhos; e o 229, que contemplava o casamento como forma de constituição da família legítima.

No que concerne às relações conjugais, especificamente, o § 5º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, revolucionou os direitos e deveres matrimoniais, que passaram a ser exercidos em condições de igualdade entre o homem e a mulher e, mais recentemente, também entre casais homoafetivos.

Esta perspectiva alterou, profundamente, a compreensão da própria dimensão destes direitos-deveres, fomentando, outrossim, outras reflexões, dentre as quais, a eventual responsabilização dos cônjuges, pela violação aos deveres matrimoniais. Resulta clara, portanto, a importância do princípio da isonomia ora referido para o objeto de estudo desta pesquisa, pois influenciará diretamente na análise dos fundamentos da responsabilidade civil por danos morais decorrentes da violação ao dever de fidelidade no campo virtual

2.3 Princípio da afetividade: um sentimento no contexto conjugal

Na sociedade contemporânea, em que se reconheceram diversas formas de constituição familiar, com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo, é forçoso reconhecer que a afetividade passou a ser elemento presente nas múltiplas relações familiares.

Ao longo da história, a afetividade, paulatinamente, teve o seu reconhecimento como elemento do convívio familiar, e, deste modo, deixou de estar à margem dos relacionamentos familiares e passou a ser o seu centro, exercendo, assim, um importante papel no contexto familiar.

Desta forma, ao lado dos critérios biológico, registral ou matrimonial, a afetividade se apresenta como um elo nas relações familiares. A relevância da afetividade na família se afigura tão central, que Lôbo (2017) chega a afirmar:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou passaram a desempenhar papel secundário. Até mesmo a função procriacional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. (LÔBO, 2017, p. 18).

Assim, se vislumbra, na família da sociedade contemporânea, o afeto como base da própria constituição familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade.

Sobre a afetividade no contexto das famílias, inclusive, Maluf (2012, p. 21) – dada a importância que o próprio ordenamento jurídico lhe atribui na pós-modernidade – chega a afirmar que o afeto passa a ser considerado como um valor jurídico em si, marcadamente no campo do Direito de Família, fato este reconhecido amplamente pela doutrina pátria, a exemplo Dias (2013), Farias e Rosenthal (2019) e Gagliano e Pamplona Filho (2019).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 parece não deixar dúvidas de que se trata de um novo modelo familiar, diverso daquele até então tutelado pelo Código Civil revogado, com a preponderância do afeto, do respeito, da liberdade, da igualdade, da dignidade, da solidariedade e da cooperação. Reconhece-se no afeto, portanto, um valor jurídico que ganhou *status* de princípio jurídico (PEREIRA, R., 2016, p.218).

Não obstante, é preciso ressaltar que não há unanimidade na doutrina pátria quanto à natureza da afetividade como princípio jurídico. Segundo Vargas (2015), três correntes doutrinárias dialogam acerca da natureza jurídica da afetividade. Segundo a referida autora, para uma primeira corrente, a afetividade é reconhecida como um valor jurídico e tem natureza de princípio constitucional implícito. Ainda, conforme a mesma autora, uma segunda corrente sustenta que a afetividade, embora reconhecida pelo Direito, tem o *status* de um valor jurídico, e não de princípio. Por fim, uma terceira corrente afirma que a afetividade não goza de um valor jurídico em si, uma vez que o afeto seria um elemento estranho ao próprio Direito.

Discussões doutrinárias à parte, por uma questão de coerência metodológica, tendo em vista o tema da responsabilidade civil pela infidelidade virtual, parece mais adequada a filiação à corrente doutrinária que reconhece na afetividade a natureza jurídica de princípio constitucional implícito.

Para além de uma análise de mera adequação metodológica, reconhecer a natureza de princípio jurídico à afetividade parece mais acertado, uma vez considerada a sua aplicação sistemática ao lado de princípios, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Este, inclusive, é o entendimento manifestado por Vargas (2015):

Todas as correntes doutrinárias que analisam a natureza jurídica da afetividade merecem a reflexão dos intérpretes e julgadores. Contudo, as críticas levantadas contra os argumentos que favorecem o reconhecimento da afetividade como princípio jurídico não parecem intransponíveis e não inviabilizam a compreensão da afetividade como princípio jurídico, conforme aqui examinado. (VARGAS, 2015, p. 117).

Neste sentido, Calderón (2017) afirma que:

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em última *ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro. (CALDERÓN, 2017, p. 54).

Ainda, sobre o princípio da afetividade, Lôbo (2017) assevera que:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural, e não exclusivamente biológica da família. (LÔBO, 2017, p. 68).

O mesmo autor indica ainda que, sendo um princípio implícito na Carta Constitucional de 1988, é possível identificar os fundamentos essenciais do princípio da afetividade nos dispositivos constitucionais que afirmam a igualdade entre os filhos (art.227, § 6º); a adoção, como escolha afetiva (art.227, §§ 5º e 6º); o reconhecimento das famílias monoparentais (art. 226, § 4º); a convivência familiar assegurada à criança ou adolescente (art. 227); e a proteção aos idosos (art. 230).

Cumprir notar, contudo, no que concerne ao artigo 227, § 6º em particular, que, quando o legislador constituinte dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988), parece tratar, em verdade, de uma igualdade voltada para o aspecto patrimonial e/ou sucessório, e não de um fundamento relacionado à afetividade propriamente dita.

Para Calderón (2017, p. 62), outrossim, o princípio da afetividade, ainda que não referido de forma expressa no Código Civil de 2002, restou implicitamente amparado, quando do tratamento deferido às relações de parentesco, à guarda em favor de terceiros ou mesmo nos casos de nomeação de curadores, a título exemplificativo.

Especificamente no contexto conjugal, o referido autor aponta que a expressão “comunhão plena de vida”, utilizada no artigo 1.511 do Código Civil, embora se trate de preceito de sentido indeterminado, remete a certo vínculo afetivo, entrevendo “[...] a afetividade implícita quando da remissão à comunhão de vida de uma sociedade conjugal, sendo possível afirmar que ‘as disposições gerais principiam tratando da comunhão de vida, explicitada, especialmente, na dimensão socioafetiva’” (CALDERÓN, 2017, p. 62).

Da mesma forma, no conceito de mútua assistência, deve-se antever um padrão para além da assistência material, a fim de alcançar aspectos imateriais, como a assistência moral e/ou espiritual, assim como expressões de cuidado, respeito e solidariedade recíprocos.

Com efeito, é de se salientar que, embora não figure de forma expressa na nossa Magna Carta, há um conjunto de elementos (seja em nível constitucional ou infraconstitucional) que externam a relevância da afetividade no nosso sistema jurídico, a indicar que diversas disposições normativas visam tutelar situações afetivas existenciais. Esta dimensão da afetividade, inclusive, tem reverberado no âmbito da jurisprudência, na medida em que os tribunais pátrios têm reconhecido e concedido efeitos jurídicos à afetividade em situações concretas.

Assim, é forçoso reconhecer que a afetividade, cada vez mais, se apresenta como um mandamento de otimização, que, no caso concreto, a partir das peculiaridades que se apresentarem, pode ter maior ou menor amplitude.

Cumprido notar que, no sentido jurídico, o termo “afetividade” está reservado para qualificar aquelas relações intersubjetivas que indiquem a existência de afeto, de modo que sua apresentação social seria representada pelo significante socioafetividade.

Neste sentido, deve-se reconhecer que, embora o afeto se apresente como vínculo de formador da família, não é ele o único elemento a se considerar quando da constatação da existência, ou não, de um núcleo familiar. Deste modo, não obstante a presença do afeto ser decisiva e justificadora para constituição e manutenção de uma família, é certo que deve ele coexistir com outros elementos, quais sejam: a ostensibilidade (reconhecimento social da entidade familiar), estabilidade (comunhão de vida) e sexualidade (nas relações conjugais) (PEREIRA, R. 2016, p.219).

Sobre o tema, importa destacar a ponderação de Tartuce (2019) ao afirmar que:

De toda sorte, deve ser esclarecido que o ‘afeto’ equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o ‘afeto positivo’ por excelência. Todavia, há também o ‘ódio’, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo (TARTUCE, 2019, p. 27).

Entretanto, é preciso reconhecer que tratar juridicamente da afetividade implica o afastamento da temática do amor (ou sua falta). Vale dizer, não se pode confundir o afeto – como um sentimento – com o trato conferido pelo Direito à afetividade jurídica. É fundamental observar que o afeto continua sendo um sentimento que as pessoas percebem e manifestam de formas diversas, mas, em se tratando do afeto no âmbito jurídico, se passa a uma leitura jurídica da afetividade, que tem uma diretriz de dever jurídico refletindo em

aspectos exigíveis no contexto familiar, como o cuidado, o respeito, a consideração e a assistência.

Disto resulta que a afetividade, como um dever jurídico, não pode ser confundida com a existência real do afeto, na medida em que esta será presumida, ainda que aquele não prevaleça nas relações familiares. Assim, a afetividade é ínsita a deveres impostos no contexto de certas relações familiares, mesmo que o afeto não remanesça entre os indivíduos que compõem a entidade familiar.

Importa destacar, contudo, dado o recorte desta pesquisa, que, no contexto conjugal, especificamente, o princípio da afetividade incidirá, de fato, quando – e na medida em que – houver afetividade real entre os cônjuges ou companheiros, tendo em vista que tal afetividade é pressuposto esperado da convivência conjugal.

Ainda, segundo Pereira R. (2016):

O afeto autorizador e caracterizador de uma entidade familiar deve estar acompanhado de outros elementos, como solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência e convivência. Na família conjugal, além desses elementos, está presente também a sexualidade entre o casal. Sem esses pressupostos não há conjugalidade, ainda que a sexualidade possa ter as mais diversas variações, já que é da ordem do desejo, muito mais do que da genitalidade. (PEREIRA, R., 2016, p. 138).

O princípio da afetividade, nesta leitura jurídica, apresenta, então, duas faces: a primeira, concernente às situações em que já existe um vínculo familiar consolidado (pois estabelecido e reconhecido pelo sistema), hipótese em que a afetividade apresenta a função de dever jurídico imposto aos indivíduos integrantes desta entidade familiar; e a segunda, concernente às situações em que, inexistindo um vínculo familiar reconhecido pelo Direito, a afetividade entre determinados indivíduos – quando presentes os elementos próprios da entidade familiar – se apresenta como elemento de formação da família (CALDERÓN, 2017, p. 136).

Parece razoável, ainda, quanto a esta segunda face da afetividade indicada por Calderón (2017), apontar que, para além de elemento gerador da entidade familiar, figura, também, como elemento de manutenção de determinadas famílias, como, por exemplo, a união estável.

A toda evidência, nas relações conjugais, o princípio da afetividade reflete a face de dever jurídico, imposto aos cônjuges no contexto familiar, cuja inobservância ou violação, a depender das circunstâncias do caso concreto, podem vir a ensejar a responsabilidade civil do cônjuge que culposamente violar este dever jurídico a ele imposto.

Na tentativa de objetivar a afetividade, Calderón (2017, p. 138) destaca que, para o Direito, o sentimento interno é de pouca ou nenhuma relevância. Importante, na análise do caso concreto, constatar a exteriorização de atos e fatos que possam caracterizar a presença do afeto.

Por todo o exposto, é possível concluir que a afetividade no contexto familiar se depreende de atos e manifestações exteriores de cuidado, entreatada, respeito, comunhão de vida, convivência, proteção, carinho, projeto de vida em conjunto, dentre outros.

2.4 Princípio da monogamia

A monogamia é não apenas uma norma moralizante, mas, também, um princípio jurídico com função eminentemente ordenadora das formas de constituição das famílias.

Embora não se busque, nesta pesquisa, dado o recorte temático, aprofundar questões históricas ou antropológicas que remontem à origem da monogamia, é possível destacar a posição de Engels (1987), segundo a qual a família monogâmica:

Nasce, conforme indicamos, da família sindiásmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie; seu triunfo definitivo é um dos sintomas da civilização nascente. Baseia-se no domínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar os filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se no matrimônio sindiásmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. (ENGELS, 1987, p. 66).

Mais à frente dos aspectos históricos ou antropológicos, a monogamia tem sido analisada sob diversos matizes, sendo objeto de estudo de outros ramos do saber, a exemplo da psicologia e filosofia. Neste estudo, contudo, o foco será eminentemente jurídico, o que permitirá compreender a dimensão da monogamia como princípio vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o princípio da monogamia diz respeito a um modo de organização da família conjugal que impõe aos cônjuges/companheiros uma proibição de natureza claramente sexual.

Cumprido notar, contudo, que a monogamia, tecnicamente, não se confunde com a infidelidade, pois se dirige à vedação de constituição de famílias simultâneas. Sobre esta distinção, vale trazer à colação a lição de Pereira R. (2016), para quem:

Traição e infidelidade não significam, necessariamente, a quebra do sistema monogâmico. A caracterização do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas na 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. (PEREIRA, R. 2016, p.128).

Neste diapasão, importa destacar que, embora não se confunda a violação à monogamia com a infidelidade, a vedação dirigida às relações extraconjugais é uma das formas e instrumentos de garantia do sistema monogâmico.

No ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, a infidelidade encontrava-se tipificada no artigo 240 do Código Penal, que previa o crime de adultério, cominando a pena de quinze dias a seis meses de detenção para o adúltero (BRASIL, 1940). E não obstante a revogação do tipo penal adultério, operada pela Lei nº 11.106, de 2005, é certo que a premissa da fidelidade remanesce presente no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que reserva à infidelidade tratamento jurídico compatível com o de um ato reprovável, por implicar uma infração ao pacto social.

Vê-se, portanto, que a monogamia, como interdito viabilizador da organização da família, é um regramento moral ou moralizante e, concomitantemente, um interdito proibitório, que tem na fidelidade um instrumento de manutenção deste sistema. Logo, é a fidelidade uma expressão natural da monogamia.

O tema da fidelidade será desenvolvido em capítulo próprio, destinado à análise da dimensão do dever de fidelidade conjugal na sociedade brasileira contemporânea. Contudo, esta investigação, a toda evidência, somente poderá ser desenvolvida à luz do princípio da monogamia, ora tratado.

Com efeito, resulta clara a função organizadora do princípio da monogamia, posto que dirigido a uma forma de constituição de família que se opõe ao sistema poligâmico – que franqueia a união de uma mesma pessoa a muitos cônjuges ao mesmo tempo (PEREIRA, R., 2016).

O debate sobre o reconhecimento do princípio da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro ganhou força, uma vez que teve respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se verifica do julgamento do Recurso Extraordinário 397762/BA realizado pela Primeira Turma, em decisão que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, com julgamento realizado em 03.06.2008 e publicado no DJe em 12.09.2008. Nesta decisão, cuja ementa segue transcrita abaixo, a Suprema Corte negou o rateio da pensão por morte entre a esposa e a concubina, sendo evidente a utilização do princípio da monogamia como fundamento para esta negativa.

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de

prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (BRASIL, STF, 2008).

Merece destaque este precedente jurisprudencial, posto que vai de encontro à corrente até então preponderante, que reconhecia a união constituída paralelamente ao matrimônio, para fins de rateio da pensão por morte entre a esposa e a “companheira”. E nesta decisão, é possível observar que, ao sedimentar o entendimento de que o concubinato – união constituída paralelamente ao casamento – não se confunde com a união estável para fins da tutela jurídica estatal, é certo que, embora não haja a menção expressa, na ementa, ao princípio da monogamia, neste reside o próprio fundamento da decisão, que o reconhece, assim, como sistema de organização e moralização da família no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão exarada pela Primeira Turma, no Recurso Extraordinário 590779/ES, em 10.02.2009 e publicada em 27.03.2009, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, conforme se verifica da ementa transcrita abaixo:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (BRASIL, STF, 2009).

Vale destacar, outrossim, que na ementa da decisão emanada da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em agosto de 2010, publicada no DJe em 10.08.2010, em AgRg no Ag 1130816 / MG, tendo como relator o Ministro Asco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), a seguir transcrita, o princípio da monogamia serviu como fundamento para a decisão que negou reconhecimento a uniões estáveis simultâneas:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO. 1. 1. O Pretório Excelso já se manifestou pela constitucionalidade da convocação de magistrado de

instância inferior para, atuando como substituto, compor colegiado de instância superior, inexistindo, na hipótese, qualquer ofensa ao princípio do juiz natural.

2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais.

3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato aos arts. 165, 458 e 535 do CPC.

4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato).

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, STJ, 2010).

Conforme se verifica das ementas transcritas linhas atrás, o princípio da monogamia tem sido admitido, pelos tribunais superiores, como diretriz e norte do sistema de organização da família no ordenamento jurídico brasileiro, servindo como fundamento para a composição de situações concretizadas no plano prático.

Por fim, cumpre notar que a adequada compreensão do princípio da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro reclama a sua análise sistêmica, feita em conjunto com outros princípios fundamentais que norteiam o Direito de Família, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da afetividade.

3 FAMÍLIA, CASAMENTO E DEVERES CONJUGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

3.1 A família na sociedade contemporânea

Inicialmente, é preciso esclarecer que a adequada compreensão da família e do casamento na sociedade do século XXI é uma questão complexa, na medida em que estes institutos variam no tempo e no espaço. Isto porque “cada povo tem sua ideia de família, dependendo do momento histórico vivenciado” (FIUZA, 2014, p.1153).

Sobre este aspecto, Colani (2006) pontua que:

Variar ao sabor dos contextos sociais é a tônica da família e/ou do casamento; aliás, é a tônica de todos os conceitos jurídicos, que se distinguem de outros conceitos científicos, por exemplo, os naturais. Elucida Eduardo García Máyne: ‘Toda realidade empírica está temporal e espacialmente localizada. Enquanto as coisas são exemplares, instâncias de conceitos gerais, não há porque tomar em conta o lugar em que se falam ou o momento em que se produzem. É da essência do conceito científico natural ter validade para objetos que existem em diferentes lugares e em momentos distintos. O único e individual se dá em troca em um certo espaço e em um determinado momento. A determinação espacial não tem nesta conexão maior importância. Mas, da temporalidade de todo o real deriva, segundo Rickert, uma característica das realidades individuais que é preciso ter em conta’. Assim sendo, de modo diverso dos conceitos naturais, os conceitos jurídicos não de se sujeitar às circunstâncias. Resta, todavia, indagar: família é um conceito jurídico, histórico ou natural? Ou, sendo a palavra a mesma, é possível distinguir conceitos diferentes? (COLANI, 2006, p. 17-18).

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

Neste contexto, o primeiro efeito do poder exclusivo dos homens no interior da família, já entre os povos civilizados, é o patriarcado, uma forma de família que assinala a passagem do matrimônio sindiásmico à monogamia, na visão de Engels (1987).

Ainda segundo Engels (1987), com o surgimento da família monogâmica – que nasce no período de transição entre a fase média e superior da barbárie –, tem-se a expressão da grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo, o que coincide com o triunfo da civilização nascente. Na visão do referido autor, esta família monogâmica se traduz em laços conjugais mais sólidos e se baseia no predomínio do homem, assim como na finalidade de procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível – posto que, na qualidade de herdeiros, entrariam na posse dos bens de seu pai.

Para Engels (1987), este predomínio do homem na família monogâmica refletia tratamento diferenciado na relação conjugal. No que concerne ao dever de fidelidade, por exemplo, o autor cita que ao homem se permitia a infidelidade, o que, todavia, não se aplicava à mulher, em relação a quem se exigia castidade e fidelidade conjugal rigorosa – embora a mulher, no contexto conjugal, não representasse mais do que a mãe dos filhos de seu marido.

Neste contexto, Engels (1987) identifica como desdobramentos da monogamia: o heterismo (assim compreendido como as relações extraconjugais dos homens com mulheres não casadas – que, no período da civilização, aparecem sob variadas formas, transformando-se, aos poucos, em aberta prostituição); e o adultério (elemento demonstrativo de que a liberdade sexual das mulheres no matrimônio por grupos foi retirada nessa sucessão de matrimônios, que apresenta como expressão máxima a monogamia).

A partir da reflexão do referido autor, é possível observar que, historicamente, a desigualdade no casamento é uma herança de condições sociais anteriores. E esta desigualdade, marcadamente em relação à condição submissa da mulher no contexto familiar, sofre uma reviravolta a partir da Revolução Industrial, no século XVIII, quando a mulher toma parte na indústria social para galgar independência financeira.

Posteriormente, já no século XX, mais especificamente na década de 60, operou-se a revolução sexual, oportunidade em que a mulher reclamou a posição de igualdade perante o homem no que concerne às relações sexuais. E, depois, o afrouxamento dos laços entre o Estado e a Igreja acarretou profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família.

Este sensível momento histórico marca a pós-modernidade, ocasião em que os freios institucionais, que até então se opunham à emancipação individual, cederam espaço à manifestação dos “desejos subjetivos, da realização individual, do amor-próprio” (LIPOVETSKY, 1944, p.23). Sobre este momento, o referido autor esclarece que

Como explicar essa mutação na modernidade? Será que se precisaria ver aí a tradução no real de discursos teóricos que celebraram a autonomia individual e o desaparecimento das estruturas de controle social? Embora seja possível que este ou aquele escrito tenha desempenhado um papel, que o modernismo na arte ou o advento da psicanálise tenham exercido influência, que a ação da igualdade tenha produzido efeito, o essencial é algo de outra ordem. Na realidade, são, antes de tudo, o consumo de massa e os valores que ele veicula (cultura hedonista e psicologista) os responsáveis pela passagem da modernidade à pós-modernidade, mutação que se pode datar da segunda metade do século XX. De 1880 a 1950, os primeiros elementos que depois explicarão o surgimento da pós-modernidade se colocam pouco a pouco em cena, respondendo ao aumento da produção industrial (taylorização), à difusão de produtos possibilitada pelo progresso dos transportes e da comunicação e, posteriormente, ao aparecimento dos métodos comerciais que caracterizam o capitalismo moderno (*marketing*, grandes lojas, marcas, publicidade).

A lógica da moda começa, então, a permear, de modo íntimo e permanente, o mundo da produção e do consumo de massa e a impor-se perceptivelmente, mesmo que só a partir dos anos 60 vá contaminar, de fato, o conjunto da sociedade. (LIPOVETSKY, 1994, p. 24).

Em verdade, a sociedade pós-moderna já não resguarda modelos estabelecidos pelos grupos sociais, mas condutas eleitas e assimiladas pelos indivíduos, de modo que as normas já não resultam de uma imposição, mas de um processo dialético e sedutor, que afeta, de forma indistinta, o domínio público e o privado (LIPOVETSKY, 1994).

É preciso ponderar, contudo, quanto a esta lógica, que, embora possa ela se aplicar ao campo moral, é certo que, no campo jurídico, a sua aplicação dar-se-á de modo diverso. Isto porque, sob o ponto de vista jurídico, tal pensamento se revela incompatível com a obrigatoriedade das normas jurídicas, uma vez que a lei em vigor tem característica de comando geral, abstrato e genérico dirigido à coletividade e que obriga a todos. E, como salientam Farias e Rosenvald (2017, p. 146), “não fosse o princípio da obrigatoriedade das leis, haveria um iminente perigo de desagregação e insegurança social, porque qualquer pessoa poderia ser perdoada pelo descumprimento da norma legal”.

Outrossim, ainda no que concerne à análise da sociedade contemporânea, Lipovetsky (1994) entende ter ela ingressado já numa terceira fase da modernidade, à qual o autor denominou de *hiper*.

Hiperconsumo: um consumo que absorve e integra parcelas cada vez maiores da vida social; que funciona cada vez menos, segundo o modelo de confrontações simbólicas caro a Bordieu; e que, pelo contrário, se dispõe em função de fins e de critérios individuais e segundo uma lógica emotiva e hedonista que faz que cada um consuma antes de tudo para sentir prazer, mais que para rivalizar com outrem. O próprio luxo, elemento da distinção social por excelência, entra na esfera do hiperconsumo, porque é cada vez mais consumido pela satisfação que proporciona (um sentimento de eternidade num mundo entregue à fugacidade das coisas) [...]

Hipermodernidade: uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisaram adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer.

Hipernarcisismo: época de um Narciso que toma ares de maduro, organizado, eficiente e flexível e que, dessa maneira, rompe com o Narciso dos anos pós-modernos, hedonista e libertário. (LIPOVETSKY, 1994, p. 26).

Na visão de Lipovetski (1994, p. 27), a hipermodernidade é marcada por paradoxos, nos quais, ao mesmo tempo em que revela condutas responsáveis, aumenta a irresponsabilidade, refletindo indivíduos que são, concomitantemente, mais informados e desestruturados, adultos e instáveis, menos ideológicos e tributários das modas, mais abertos e influenciáveis, mais críticos e superficiais, mais céticos e menos profundos.

Esta visão da sociedade contemporânea é corroborada por Bauman (2004), para quem as relações amorosas – no que ele denomina de “modernidade líquida” – já não apresentam caráter duradouro ou permanente. Segundo esse autor, a lógica voltada para o consumismo acabou por refletir nas relações intersubjetivas, de modo que a busca pela solidificação das relações cedeu espaço para a superficialidade e a lógica do “descartável”. Assim:

Nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente, percebe a dependência incapacitante. Essa razão nega direitos aos vínculos e liames, espaciais ou temporais. Eles não têm necessidade ou uso que possam ser justificados pela líquida racionalidade moderna dos consumidores. Vínculos e liames tornam ‘impuras’ as relações humanas – como o fariam com qualquer ato de consumo que presuma a satisfação instantânea e, de modo semelhante, a instantânea obsolescência do objeto consumido. Os advogados de defesa das ‘relações impuras’ teriam de se esforçar para tentar convencer os jurados e obter sua aprovação (BAUMAN, 2004, p. 65).

A toda evidência, os fatores históricos, sociais e culturais, assim como as alterações no contexto social e individual analisadas por Lipovetsky (1994) e Bauman (2004), influenciaram profundamente a concepção de família, do mesmo modo, os papéis exercidos pelos indivíduos que compõem uma entidade familiar.

E, neste momento singular da história da humanidade, em que se impôs o isolamento social como medida de contenção da pandemia da COVID19, acredita-se que teremos um novo marco na sociedade contemporânea. Neste contexto, importante a reflexão acerca da sociedade que emergirá a partir deste marco. Será a mesma retratada pelos referidos autores? Um novo modelo surgirá? Que visão poder-se-ia propor para esta sociedade durante e após a pandemia?

No Brasil, particularmente, por muito tempo, a família remetia a um modelo convencional, matrimonializado, patriarcal e hierarquizado, em que um homem e uma mulher, unidos pelo casamento, criavam uma prole. De fato, até a Constituição Federal de 1988, outros modelos familiares, que não o “convencional”, eram deixados à margem da tutela jurídica estatal, sendo menosprezados pelo sistema.

Há que se observar, contudo, que a vastidão de mudanças nas estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais produziu, naturalmente, reflexos nas relações jurídico-familiares, o que resultou num processo de abertura da própria definição de família e do alcance da tutela jurídica do Estado em relação à entidade familiar na pós-modernidade.

Daí, a necessidade de analisar o conceito de família no século XXI, a partir de um viés sociojurídico, o que será feito na seção seguinte.

3.1.2 Conceito de família no século XXI: uma análise sociojurídica da família

Como visto no capítulo anterior, a Constituição Federal brasileira de 1998 introduziu, no contexto social e nas famílias, profundas e sensíveis transformações.

O princípio da dignidade da pessoa humana, adotado expressamente no inciso III, no artigo 1º do Texto Constitucional, operou o deslocamento do centro da tutela estatal em relação à família. Deixou a tutela estatal de se dirigir à família abstratamente considerada e passou a se destinar aos indivíduos que integram a entidade familiar. Desta forma, a família passou a ter uma função instrumentalizada e/ou serviente, na medida em que se apresenta como um núcleo de proteção, afirmação, garantia e preservação da dignidade das pessoas que integram a entidade familiar. Segundo Dias (2013):

O constituinte de 1988 consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana (CF 1º. III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações, que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe de forma ampliada, a consciência da cidadania. (DIAS, 2013, p. 40).

A Constituição Federal de 1988 sagrou, ainda, a igualdade e a liberdade como princípios fundamentais, que, no contexto familiar, acabaram por influenciar mudanças, inclusive nos papéis exercidos no âmbito da família, pelos cônjuges, pelos filhos e pelos demais membros da entidade familiar.

A Magna Carta reconheceu, outrossim, como destinatárias da especial tutela do Estado, outras formas de constituição familiar, para além do casamento, adotando, expressamente, o pluralismo das relações familiares. O afeto passa, então, a ter o *status* de elemento de constituição e manutenção familiar.

Com efeito, a afetividade, atualmente, passou a figurar no centro das constituições familiares modernas, ao passo em que estas relações familiares foram funcionalizadas em razão da dignidade de cada membro que compõe a entidade familiar. Daí, a imperiosidade de se reconhecer como família as entidades constituídas à margem do casamento.

Segundo Welter (2009):

[...] o texto do Direito de Família não deve ser compreendido exclusivamente pela normatização genética, mas, também, pelo mundo (des)afetivo, não havendo como ser negada a influência da jurisdição constitucional, à medida que, no Estado Constitucional, preponderam os princípios sobre as regras, e dentro de cada regra reside um princípio, que é, na linguagem streckiana, ‘a razão prática da discussão jurídica; a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso –

concreto -, que só existe em sua singularidade, irrepetível, pois!’ (WELTER, 2009, p. 66).

Operou-se, portanto, após a Constituição Federal de 1988, o alargamento do conceito de família no sistema jurídico brasileiro, como forma de proteger, de forma isonômica, todos os membros integrantes da entidade familiar. Esta, inclusive, a razão pela qual Rolf Madaleno (2020) afirma que:

No entanto, esses outros padrões de agrupamento familiar passaram a perder essa característica marginal com a edição da Carta Política de 1988, que abriu o leque de exemplos distintos de núcleos familiares, cujos modelos não mais se restringiam ao casamento, à união estável e à família monoparental, simplesmente, porque o vínculo de matrimônio deixou de ser o fundamento da família legítima e, na época presente, embora ausente o laço matrimonial, com efeito, que ninguém ousa afirmar esteja afastada uma entidade familiar fora do casamento, porquanto esta se expandiu ao se adequar às novas necessidades humanas construídas pela sociedade. A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental. (MADALENO, 2020, p. 35).

Para Farias e Rosenvald (2019, p.42), a família “é o lugar adequado, em que o ser humano nasce inserido e, merecendo uma especial proteção do Estado, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal”. E, ao conceituar a família, os referidos autores destacam, na família contemporânea, o seu papel funcionalizado, assim como o seu papel de promoção da dignidade e a “realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.42).

Esta nova ordem acabou por impulsionar a própria estrutura da sociedade e, conseqüentemente, o próprio conceito de família. Para Dias (2013):

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. (DIAS, 2013, p.41).

E considerando as mudanças apontadas, é forçoso reconhecer, também, a mudança de ideais, desejos e até mesmo necessidades da sociedade e dos indivíduos na contemporaneidade. E não obstante seja possível observar a constância no que concerne ao reconhecimento da imprescindibilidade da família como núcleo essencial para a sociedade, é certo que, na pós-modernidade (e mais recentemente, na era pós-pandemia), se modificaram as formas de constituição, organização e manutenção das famílias.

Nesse entendimento, o ponto focal da noção de família, seja sob a perspectiva individual ou da própria entidade familiar, é justamente o sentimento de pertencimento, de se colocar no lugar idealizado, onde a pessoa se sente parte de sentimentos, projetos, receios e valores compartilhados, exortando, em cada um e em todos ao mesmo tempo, o percurso para a realização do ideal de felicidade.

Neste contexto, se revela de extrema dificuldade a definição de família, de forma a dimensionar o que ela representa, modernamente, no contexto social. Vale dizer, as novas configurações familiares desafiam a possibilidade de definir uma única fórmula de conceituação da família.

Para Donati (2008, p. 55), a dificuldade de definição da família se deve, em grande parte, ao que ele chama de seu caráter suprafuncional – a significar que a família não existe para satisfazer uma ou algumas funções sociais, sendo um fenômeno social total, que alcança todas as dimensões da existência humana.

Isto porque a definição de família no Brasil, que anteriormente era, de maneira intuitiva, associada ao modelo familiar constituído pelo casamento, passa a ganhar novos contornos a partir da Constituição Federal de 1988, que adotou o princípio da pluralidade familiar, amparando e reconhecendo, assim, novas formas de constituição familiar, igualmente tuteladas pelo Estado.

Fugindo um pouco à noção jurídica e partindo para a compreensão do conceito de família no século XXI, a partir de uma abordagem relacional, Donati (2008, p.60) destaca que a compreensão da dinâmica da família na sociedade contemporânea reclama a observação de um contínuo deslocamento de limites – nas relações entre casais e entre as gerações –, daquilo que é considerado público e privado.

De um lado, a família privatiza-se, ao mesmo tempo em que, de outro lado, se torna sujeito de interesses coletivos e objeto de crescentes preocupações públicas. Estes processos paradoxais revelam que a sociedade, ao mesmo tempo em que impele a família para a esfera privada, lhe atribui um conjunto de responsabilidades e tarefas públicas ou coletivas.

Desse modo, a família deve ser compreendida como uma relação social – não meramente biológica ou psicológica – dotada de características próprias, sendo intangível - embora tenha sua realidade –, determinante para o destino de cada ser humano.

A partir desta abordagem relacional, Donati (2008) pontua que a família:

Reduzida a normas jurídicas, corresponde a uma exigência funcional (de regulamentação social) que deve sempre encontrar razões suprafuncionais (dos motivos de significados humanos) para ser justificada. A sua realidade, com efeito, consiste num entrelaçamento de elementos objetivos e subjetivos, que transcendem

as coisas já dadas. Pode ser realizada só pelas pessoas, mas precede e vai além das pessoas. No seu modo de ser, a família é uma solução às necessidades mais fundamentais quer da pessoa quer da sociedade. (DONATI, 2008, p. 66).

Sobre o viés jurídico da família, Welter (2009) afirma que:

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, é bem outra a história a ser contada sobre a família, porquanto se cuida da compreensão democrática, laica, digna, social, cidadã, solidária, igualitária, hermenêutica, filosófica, genética, afetiva e ontológica. É por isso que, no texto constitucional, não se indaga se as diversas formas de ser-em-família são contratos ou instituições, visto que elas não são frutos da monetarização do ser humano, e sim da liberdade, da democracia, da solidariedade, do amor, da felicidade, da condição existencial de ser-no-mundo tridimensional. (WELTER, 2009, p. 49).

Segundo Dias (2013, p.42), “as pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem pressionadas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras”.

Não há que se confundir, contudo, a pluralização da família com a legitimação da ideia segundo a qual todos os modos de convivência seriam considerados família. Desta forma, a pluralidade pós-moderna “será o produto de uma diferenciação que avaliará as relações familiares como qualidades distintivas de um sentido de vida (e de recursos, antes de tudo, humanos) que não podem ser encontradas em outras relações” (DONATI, 2008, p.75).

Assim, é preciso reconhecer que, embora seja o afeto a pedra de toque no âmbito das famílias, não é ele o único elemento a se considerar na análise da constituição, ou não, de uma entidade familiar. Vale dizer, o afeto é elemento decisivo e justificador da constituição e manutenção de uma entidade familiar, mas o mesmo deve coexistir com outros elementos, como a ostensibilidade, estabilidade e sexualidade (nas relações conjugais).

Por outro lado, é certo que determinadas formas de convivência afetiva não serão reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Basta cogitar a possibilidade de dois irmãos que vivam uma relação incestuosa. Nesta circunstância, ainda que presente o afeto – ou mesmo outros elementos próprios da união estável, como a convivência pública, notória e duradoura –, o ordenamento jurídico pátrio não reconhecerá esta entidade familiar, em face do impedimento expresso no artigo 1.521, inciso IV do Código Civil de 2002, que se impõe tanto em relação à celebração do casamento quanto em relação à constituição da união estável.

A família na sociedade contemporânea, portanto, deve ser compreendida a partir da construção de relações de afeto entre indivíduos que, observadas as peculiaridades acima apontadas, se constituem como um núcleo essencial à existência, afirmação e preservação da dignidade das pessoas que a compõem, tendo como traço característico qualidades distintivas de um sentido de vida que não podem ser encontradas em outras relações.

3.2 O casamento no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo

3.2.1 Conceito

No Brasil, desde a colonização, é possível identificar que o conceito de família e casamento esteve intrinsecamente relacionado com a religião Católica. Inclusive, atualmente, apesar de o casamento ter uma natureza jurídica e civil, é certo que, indiretamente, permanecem, na sua regulação, traços dessa influência religiosa. Vale mencionar, por exemplo, a estrutura dos impedimentos matrimoniais.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o casamento era compreendido, predominantemente, como uma instituição jurídica e social, por meio da qual a família era constituída. Deste modo, e diante das regulações que lhe eram próprias, era essencial a observância das formalidades e prescrições legais inerentes ao casamento.

Portanto, numa perspectiva jurídica que antecede à Constituição Federal de 1988, o casamento era associado a uma forma de união sagrada – uma conjunção entre homem e mulher –, com papel reprodutivo, de modo que os cônjuges eram considerados como naturalmente vocacionados à procriação, assistência e educação dos filhos.

Com efeito, o Código Civil de 1916 regulou o casamento como forma de instituir a família legítima, numa perspectiva tradicional. Suas disposições, impregnadas pelo patriarcalismo, privilegiavam o homem – que era o “cabeça de família” – em detrimento da mulher, a quem se impunham diversos limites. Sobre tais limites, é possível citar, a título exemplificativo, o artigo 233 do Código Civil revogado, que fixava os direitos e deveres do marido nos seguintes termos:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277. (BRASIL, 1916).

A toda evidência, esta regulação remetia a uma noção de família pautada por um modelo convencional, matrimonializado, patriarcal e hierarquizado, em que um homem e uma mulher, unidos pelo casamento, criavam uma prole. Este modelo familiar, em que preponderava o homem, inclusive, remete à noção de família monogâmica referida por Engels

(1987), donde resulta claro que a desigualdade no âmbito do casamento, assim reproduzida no Código Civil de 1916, era uma herança histórica de condições sociais anteriores.

Como visto, contudo, este modelo familiar sofreu sensíveis mudanças no curso da história, em decorrência de diversos fatores e marcos, dentre os quais, é possível citar: a Revolução Industrial; a inserção da mulher no mercado de trabalho; a liberação sexual feminina; a concretização da lógica do consumo em massa; a separação entre o Estado e a Igreja, etc. Vale dizer, os processos de mudanças sociais, operados por fatores de ordem diversa, acabaram por influenciar, sobremaneira, a noção de família e, conseqüentemente, de casamento.

Isto porque, como bem assinala Paiva (2014),

[...] a família é uma instituição dinâmica, a qual está sempre passando por renovação, reconstrução e reinvenção, com o intuito de suprir as necessidades humanas, que são valores norteadores de um determinado espaço e tempo, reafirmando, assim, o caráter mutável e a importância social da base familiar. (PAIVA, 2014, p. 41).

Destarte, a sociedade hipermoderna de Lipovetsky (2004), ou da modernidade líquida de Bauman (2004), já não se compatibiliza com um modelo familiar fechado e hierarquizado, reclamando maior abertura conceitual, além de uma releitura do papel a ser desempenhado pelos indivíduos do contexto familiar.

E estas demandas de ordem social, política e cultural, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, foram assimiladas, inicialmente, por meio de microssistemas (diplomas legais esparsos, que tratavam de matéria específica – como a Lei do Divórcio e o Estatuto da Criança e do Adolescente). É certo que o advento da Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito de Família ao introduzir novos princípios e/ou valores, dentre os quais a pluralidade familiar, a afetividade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, dentre outros.

Desde a Constituição Federal de 1988, portanto, é possível afirmar que a família, na sociedade contemporânea, passou a ser compreendida a partir da construção de relações de afeto entre pessoas, que se constitui como um núcleo essencial à existência, afirmação e preservação da dignidade das pessoas que a compõem, tendo como traço característico qualidades distintivas de um sentido de vida que não podem ser encontradas em outras relações.

Vale dizer, a afetividade passou a figurar como diretriz de constituição da família e, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, se apresenta como norte na regulamentação desta no ordenamento jurídico brasileiro. Daí, a necessidade de se fixar um

novo conceito jurídico de casamento, mais adequado à própria concepção de família na contemporaneidade, desvinculando a sua definição de fatores diretamente relacionados à procriação, à indissolubilidade e à religiosidade.

Há que se ressaltar, inclusive, que desde 2011, após decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar tutelada pelo Estado como união estável. A partir daí, como consequência lógica, teve início o debate acerca da admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro, em face do quanto disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que impõe a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Posteriormente, em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homoafetivas e diante deste debate, adveio a Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu a possibilidade da celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, ainda provoca certa inquietação o fato de que a admissibilidade do casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro não passou, até o momento presente, pelo crivo do Poder Legislativo. Contudo, o fato

[...] não deve ser considerado como óbice para o seu amplo reconhecimento, pois cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de adequar a norma ao fato social, o que vem ocorrendo. Confirmada a premissa de inclusão, todas as regras pessoais e patrimoniais do casamento entre pessoas de sexos distintos incidem para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (TARTUCE, 2019, p.50).

Diante disto, portanto, é evidente a necessidade de se buscar uma definição de casamento desvinculada da diversidade de gêneros, a fim de contemplar o casamento homoafetivo (aquele que pode ser celebrado entre pessoas do mesmo sexo).

Sobre o conceito jurídico de casamento na pós-modernidade, lúcida a ponderação de Farias e Rosenthal (2019, 176), ao afirmar que o casamento não é a “finalidade e o objetivo central da vida das pessoas humanas”, de modo que o casamento ou o não casamento passa por uma escolha pessoal. E esta escolha, sob hipótese alguma, poderá acarretar a exclusão da proteção do Estado em relação à pessoa ou à entidade familiar da qual ela faz parte.

Feitas estas considerações, é possível, então, conceituar o casamento como “uma entidade familiar merecedora de especial proteção estatal, constituída formal e solenemente entre pessoas humanas, estabelecendo uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e

produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.179)

Ainda segundo Paiva (2014),

[...] casamento é o vínculo estabelecido entre duas pessoas, mediante o reconhecimento estatal, o qual pressupõe uma relação de intimidade, através da representação arquetípica das relações sexuais, sendo visto também como obrigação contratual. (PAIVA, 2014, p. 42).

O Código Civil de 2002, no seu artigo 1.551, prevê que o “casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. (BRASIL, 2002)

Urge destacar, nesta definição legal de casamento, que a expressão “comunhão plena de vida” passa a figurar, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, como cláusula geral e diretriz do casamento, sendo “atributo indispensável de sua existência e subsistência, porque seria inconcebível perpetuar no tempo qualquer relação conjugal que se ressentisse de uma plena comunhão de vida, e o mesmo pode ser dito para a união estável” (MADALENO, 2020, p. 104).

Ainda segundo Madaleno (2020):

Logo, inimaginável haja casamento sem comunhão de vida dos cônjuges, sinônimo da felicidade e pressuposto fundante da união, não fazendo qualquer sentido manter unido um casal que confessa não estar feliz, porque não mais encontra, ou talvez porque nunca tenha encontrado em seu relacionamento a imprescindível comunhão plena de vida.

[...]

E se alguma dúvida pudesse subsistir em presença do comando geral de busca individual da felicidade plena no casamento, bastaria atentar para o artigo 1.513 do Código Civil, quando proíbe a qualquer pessoa de Direito Público ou Privado interferir nesta mesma comunhão de vida instituída pela família. E a família é constituída tanto pelo casamento como pela união estável, mas, certamente, ela só poderá evoluir, e atingir sua função de realização pessoal do casal, se imperar na sua gênese, e na alma de cada um dos cônjuges ou parceiros, a imprescindível comunhão plena de vida. (MADALENO, 2020, p. 104).

Neste contexto, é evidente no casamento a finalidade de estabelecer uma comunhão de afetos, uma comunhão de vida, pelo estabelecimento de uma vida afetiva em comum, mediante a constituição de uma entidade familiar de cunho formal e solene. Vale dizer, o casamento é uma forma de regulamentação social da convivência de pessoas unidas por laços de afeto, sendo assim um meio de constituição familiar que comporta vários e diversos objetivos e perspectivas pessoais.

Sobre este aspecto, Nader (2016) esclarece que:

Como toda instituição se propõe a realizar determinados fins, o casamento tem por objetivo a formação de uma aliança no plano da afetividade e dos interesses morais e materiais. [...] O fundamental para a conservação do casamento, sob o aspecto jurídico, é o respeito, o esforço comum na defesa dos interesses familiares, a doação recíproca, que é ato de entrega e de solidariedade. Em poucas palavras ‘amor’ e ‘responsabilidade’. Enquanto estes valores subsistirem, a aliança se perpetuará como elo de vida e relação jurídica. (NADER, 2016, p. 42).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2019), o casamento é

[...] um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida. Frisamos o elemento teleológico do casamento: a realização dos anseios e planos pessoais de cada cônjuge, sempre em atenção ao bem-estar dos filhos, pois, no passado, em detrimento da individualidade dos integrantes da família, priorizava-se, a todo custo — e, muitas vezes, sob um manto de hipocrisia — a estabilidade do casamento. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 126).

É preciso destacar, portanto, que, embora não seja o casamento a única forma de constituição familiar no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, é ele uma forma de constituição formal de família, entre duas pessoas, as quais, entrelaçadas pelo afeto, adotam um projeto de vida em conjunto: uma comunhão de vida, que possui como traços característicos a sexualidade — assim compreendida sob diversos matizes, e não necessariamente sob uma perspectiva carnal — e o auxílio mútuo.

Todavia, não obstante o esforço conceitual aqui traçado, é certo que a definição de casamento se encontra intimamente relacionada à própria delimitação da sua natureza jurídica, tema que será abordado na seção seguinte.

3.2.2 Natureza jurídica

Inicialmente, cumpre esclarecer que o casamento não é meramente um instituto jurídico, mas ético, social e político, de suma importância para a tessitura do organismo social.

Ao definir a natureza jurídica do casamento, o que se busca, em verdade, é identificar em qual categoria jurídica ele se situa. E tomando como premissa o casamento como um fato complexo, sujeito a variações na sua compreensão, decorrente de fatores de ordem social, política, econômica, religiosa, e não meramente jurídicas, é certo que a própria definição da natureza jurídica do casamento se submete a variações decorrentes das nuances apresentadas no tempo e no espaço.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do casamento e, com efeito, o desenvolvimento do tema ora proposto torna imprescindível sua identificação no contexto

contemporâneo. A respeito deste ponto, três correntes doutrinárias se destacam no cenário jurídico pátrio, quais sejam: natureza institucional; natureza mista ou eclética; natureza contratual.

Segundo a teoria da natureza institucional, o casamento é uma situação jurídica que reflete parâmetros fixados previamente pelo legislador, constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado, donde resulta clara a rejeição a qualquer conotação negocial ao casamento.

Esta primeira corrente, não contratualista, afirma que o casamento seria um ato-condição. Vale dizer, uma manifestação de vontade que consolida uma situação jurídica impessoal. E, abandonando uma conotação contratual, considera casamento como um negócio jurídico complexo, que se constitui pelo consenso da vontade dos particulares e do Estado. Neste sentido, Madaleno (2020) assinala que o casamento é um ato complexo,

[...] dependente em parte, é verdade, da autonomia privada dos nubentes, mas complementado com a adesão dos noivos ao conjunto de regras preordenadas, para vigerem a contar da celebração do matrimônio, este como ato privativo do Estado; tanto que o artigo 1.514 do Código Civil informa que o casamento civil só se realiza depois que o homem e a mulher (ou duas pessoas) manifestam perante o juiz a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, e o juiz declara-os casados. (MADALENO, 2020, p. 103).

Assim, autores como Madaleno (2020) e Nader (2016) buscam dissociar o casamento da perspectiva contratual, aproximando-o de uma concepção institucionalista.

Uma segunda corrente doutrinária sustenta que o casamento tem natureza jurídica mista ou híbrida, sendo um contrato na sua formação e uma instituição em sua existência e efeitos. Filiando-se a esta corrente doutrinária, Maluf e Maluf (2016, p. 99) consideram o casamento como

[...] um contrato especial de direito de família, em que o principal elemento constitutivo do casamento é o consentimento dos nubentes, de onde derivam os efeitos decorrentes do ato matrimonial, regado por normas cogentes, tendo em vista o interesse da sociedade em geral, que, por outro lado, contém um espaço para a efetivação da autonomia da vontade individual, notadamente no que tange à escolha do regime de bens, ou ao interesse na duração do casamento. (MALUF; MALUF, 2016, p. 99).

Segundo esta corrente doutrinária mista ou eclética, portanto, o casamento é um ato complexo, impregnado, ao mesmo tempo, por características institucionais e negociais, entendimento manifestado, também, por Tartuce (2019), Lobo (2017) e Gonçalves (2019).

Por fim, uma terceira corrente – contratualista – vislumbra no casamento o consentimento como elemento essencial e, sob essa perspectiva, sua natureza jurídica estaria mais próxima de um contrato. Dessa maneira, embora a autoridade celebrante participe do ato

solene, a constituição do casamento se efetiva no exato momento em que ocorre a manifestação de vontade dos então nubentes. A “participação da autoridade, portanto, é meramente declaratória, e não constitutiva do ato matrimonial” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 126).

Ao afirmar a natureza contratual do casamento, Gagliano e Pamplona Filho (2019) esclarecem que

quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, tem o seu núcleo existencial no consentimento, sem se olvidar, por óbvio, o seu especial regramento e consequentes peculiaridades. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 125).

Para a corrente contratualista, a liberdade concedida aos nubentes no casamento apresenta, na atualidade, características que o aproximam mais de um contrato do que de uma instituição, entendimento este corroborado por Monteiro e Silva (2016).

Vislumbra-se, pois, no casamento, uma natureza negocial, e neste sentido afirma esta corrente doutrinária ser ele um negócio jurídico. A doutrina contratualista destaca, portanto, o elemento volitivo como essencial à formação do casamento. Assim sendo, é possível afirmar que o casamento é um contrato de caráter solene, com rigorosos pressupostos prescritos em lei e que apresenta inequívoco interesse estatal.

Cumprir notar, todavia, que sobre esta teoria, em particular, muitas controvérsias surgem, na medida em que alguns de seus defensores, a exemplo de Gagliano e Pamplona Filho (2019) e Monteiro e Silva (2016), buscam, ainda, fazer uma dissociação entre o casamento e o contrato propriamente dito – cuja aplicação ficaria circunscrita aos negócios jurídicos patrimoniais. Com esta distinção, se busca afastar uma possível redução moral do casamento como estrutura ensejadora da família.

Sobre o tema, interessante trazer à baila reflexão de Barbosa e Pires (*In* MOREIRA, 2016):

[...] ao referir ao contrato de casamento, todavia, não se faz no sentido de diminuí-lo moralmente, antes pelo contrário, visa-se reforçar certos aspectos que estabelecem a ideia de que o convívio conjugal deva ser levado a efeito, por intermédio de práticas éticas, de boa fé, de lealdade, de amparo material e moral. Mais ainda, espera-se que na relação a dois exista um compromisso (na verdadeira acepção da palavra, ou seja, ‘promessa conjunta’), no qual os cônjuges fixem os seus limites e as suas liberdades, preservando-se a sua intimidade e autonomia, mas também a dignidade da pessoa humana. (BARBOSA; PIRES *In* MOREIRA, 2016, p. 86).

Na análise da responsabilidade civil dos cônjuges entre si, pela quebra do dever de fidelidade conjugal, é fundamental firmar uma posição quanto à natureza jurídica do casamento, premissa sem a qual se torna inviável a análise da questão posta sob análise.

Cumprido destacar, contudo, que a definição da natureza jurídica do casamento reflete oscilações típicas do momento e do lugar, adotadas pelo Direito num determinado contexto. Por conseguinte, diante do próprio conceito de família e de casamento na sociedade contemporânea, parece mais adequada ao momento histórico e social experimentado pela sociedade brasileira, como visto linhas atrás, a concepção contratualista do casamento, para compreendê-lo, então, como um contrato especial de Direito de Família – com as peculiaridades e princípios que lhe são próprios –, por meio do qual os cônjuges estabelecem uma comunhão de vidas e afetos.

Fixada esta premissa, é preciso esclarecer que a análise dos deveres conjugais, nesta pesquisa e, particularmente, do dever de fidelidade, será feita numa perspectiva contratual,

[...] de forma a compor as obrigações civis entre os cônjuges, estabelecidas em confirmação à autonomia privada e ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Assim, o contrato faz lei entre as partes, havendo a prerrogativa do casal de estipular seus limites obrigacionais, sempre que não confrontarem com normas de interesse público. (BARBOSA; PIRES *In* MOREIRA, 2016, p. 76).

Em face do quanto exposto, resultam evidenciados os fundamentos da escolha metodológica pela afirmação da natureza contratual do casamento, sendo esta a premissa utilizada para análise dos deveres matrimoniais, objeto da seção seguinte.

3.2.3 Deveres dos cônjuges como efeitos pessoais do casamento na pós-modernidade

Como visto, o casamento estabelece a plena comunhão de vidas e afetos, fixando, ainda, entre os cônjuges, deveres recíprocos, que visam regulamentá-lo.

São os deveres conjugais efeitos pessoais do casamento, que entrelaçam os cônjuges reciprocamente, “com um mínimo de conteúdo ético, não suscetível de apreciação pecuniária. Consistem, pois, em direitos recíprocos e necessários para que a relação seja plena, em todos os seus sentidos”. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 279).

Nesta toada, vale trazer à colação a ponderação de Madaleno (2020) acerca dos deveres matrimoniais:

Esse é o sentido diretivo da comunhão plena de vida prescrita pelo artigo 1.511 do Código Civil, cujo princípio está baseado na igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges e na obrigação comum de solidariedade, como pressuposto de alcance da sua recíproca felicidade. É a expressão máxima dos sentimentos de amor, de afeto, de respeito e de estima, cujos valores são materialmente imensuráveis, e atuam como elo de conexão entre duas pessoas que constituem sua entidade familiar. Aceitam atender aos deveres recíprocos quando formalizam oficialmente seu casamento na cerimônia de celebração, ou quando consentem dividir seus deveres pela sutil aproximação física, depois transformada em união estável, com a

estabilidade da sua relação informal. Nesse conjunto de deveres do casamento, os cônjuges devem estar dispostos a elevarem sua relação afetiva, empenhados na evolução da família e no crescimento pessoal. Devem tolerar renúncias, ofertar sinceras compreensões, como ter a humildade para o constante aprendizado, e o espírito desarmado para implementarem mudanças quando impostas para a solidificação dos laços afetivos. (MADALENO, 2020, p. 192).

O Brasil, seguindo o sistema romanístico, enumera, no Código Civil em vigor, os deveres conjugais. Assim, nos termos do seu artigo 1.566, são deveres de ambos os cônjuges: “I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos” (BRASIL, 2002).

Este rol não é taxativo, em face do que se franqueiam aos cônjuges novos ajustes, não expressamente mencionados, mas que lhes pareçam necessários e mais adequados à preservação do seu projeto de vida e afirmação da sua dignidade.

Obviamente que as adequadas análise e dimensão destes direitos e deveres recíprocos somente poderão ser alcançadas à luz do paradigma da eticidade, pilar do Código Civil de 2002.

Previamente à análise do dever de fidelidade conjugal, que será objeto de estudo do próximo capítulo, faz-se necessária a definição do conceito e alcance dos deveres conjugais, em especial, os sexuais, dado o recorte desta pesquisa.

Nos países que seguiram o sistema romanístico (diferentemente do sistema anglo-americano), as disposições referentes aos efeitos do casamento, embora expressas, dizem respeito a conceitos indeterminados ou de uma cláusula geral. Esta técnica de referência legislativa aos deveres conjugais foi adotada pela França, Espanha, Itália e Brasil, dentre outros.

Os termos utilizados com referência aos deveres conjugais, embora tenham correspondência nos ordenamentos que adotaram o sistema romanístico, não possuem uma orientação interpretativa necessariamente comum em todos eles. Daí, a dificuldade de precisar o sentido e o alcance destas expressões. E dúvidas surgem quanto à própria concretização dos deveres conjugais, especialmente quando se consideram propostas em que prepondera a afirmação de um amplo espaço de liberdade conjugal.

Conforme noticiado nas seções anteriores deste capítulo, o modelo patriarcal e hierarquizado da família prevaleceu por muito tempo no ordenamento jurídico pátrio, sendo até intuitivo concluir que a concepção dos deveres matrimoniais não se pautava pela igualdade, mas, sim, por uma prevalência do *pater* no seio da família.

Por esse motivo, a importância de compreender o sentido e o alcance destes deveres conjugais na contemporaneidade, estabelecendo critérios para o preenchimento destes conceitos abertos, tendo em vista que não se poderia pressupor a inutilidade das normas que aderem ao método de regulamentação.

Neste particular, faz-se necessária a análise dos deveres conjugais a partir da ciência do Direito, considerados os parâmetros jurídicos fundamentais, quais: igualdade dos cônjuges; proteção da personalidade, respeito à autonomia privada e ética.

Vale destacar que a igualdade entre o homem e mulher, expressa no texto da Constituição Federal de 1988, reclama, quanto aos deveres conjugais, a lógica da reciprocidade, impedindo, assim uma concretização submissa a variações, quanto à aplicação do seu conteúdo, em função do gênero (masculino ou feminino). Sobre tema, Monteiro e Silva (2016) pontuam que:

[...] é indispensável o estabelecimento de normas de conduta aos cônjuges, tendo em vista preservar a dignidade dos consortes e assegurar a manutenção do núcleo familiar, que é a base da sociedade e, por conseguinte, da nação. é também imprescindível que outras regras sejam estabelecidas com vistas à resolução dos conflitos conjugais. Entre essas regras indispensáveis estão aquelas que estabelecem os efeitos jurídicos do casamento, com base no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (Const. Federal, art. 226, § 5o, e Cód. Civil, art. 1.511), dos quais se destacam o dever de fidelidade (Cód. Civil, art. 1.566, I), o dever de mútua assistência material e imaterial (Cód. Civil, art. 1.566, III) e o dever de respeitar o consorte (Cód. Civil, art. 1.566, V). (MONTEIRO; SILVA, 2016, p. 223).

Lôbo (2017), ao tratar o tema, destaca a importância do artigo 5º, inciso I e do artigo 226, § 5º da Magna Carta, que, como marco da conquista da emancipação feminina no nosso cenário jurídico e consequente superação do patriarcado, consagram a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, inclusive no âmbito da sociedade conjugal. Neste sentido, afirma o referido autor que:

Dois curtos preceitos da Constituição Federal de 1988 constituíram o epílogo, ao menos no campo jurídico, da longa e penosa trajetória da emancipação feminina e da consequente superação da sociedade conjugal patriarcal, a saber: ‘Art. 5o (...) I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição’; ‘Art. 226. (...) § 5o Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’. O primeiro enunciado seria suficiente, por sua generosa abrangência. Entendeu o constituinte, no entanto, de explicitar o princípio da igualdade no capítulo destinado à família, ante a experiência legislativa e a hermenêutica jurídica tradicionais brasileiras, que tenderiam a sustentar serem com ele compatíveis a desigualdade e a inferioridade da mulher na sociedade conjugal. No período que mediou os inícios de vigência da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, não faltaram afirmações doutrinárias e decisões jurisprudenciais no sentido da aplicação das normas de tratamento desigual do Código Civil de 1916, relativas ao marido e à mulher. Prevaleceu, todavia, a tese da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, com revogação da legislação civil anterior. (LÔBO, 2017, p. 130-131).

Tal premissa constitucional de igualdade, inclusive, foi expressamente reconhecida no Código Civil de 2002, quando, no artigo 1.511, previu, textualmente, que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” (BRASIL, 2002).

É bem verdade que ainda resta na doutrina nacional pensamentos que divergem ou interpretam de modo diferente a questão dos deveres, especialmente o dever da fidelidade, tendo em vista o prisma da igualdade. É o caso de Gonçalves (2019), para quem,

embora sob o prisma psicológico e social o adultério da mulher seja mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais e, com isso, introduzir prole alheia dentro da vida familiar, a ser sustentada pelo marido enganado, não se justifica, do ponto de vista jurídico, qualquer distinção entre a infidelidade masculina e a feminina, por constituir fator de perturbação da estabilidade do lar e da família, além de séria injúria ao consorte. (GONÇALVES, 2019, p. 186).

Nesta toada, é forçoso reconhecer que os deveres conjugais, na atualidade, deveriam ser mais adequadamente denominados de “direitos-deveres”, posto que ao dever de um cônjuge corresponde o direito do outro, de natureza subjetiva.

Questão relevante, no que concerne ao estudo dos direitos-deveres do casamento, diz respeito à natureza das normas jurídicas que versam sobre a matéria. Vale dizer, importa distinguir se as normas que regulamentam os deveres matrimoniais têm natureza cogente ou dispositiva.

Sobre o tema, duas correntes doutrinárias se apresentam: uma primeira corrente vislumbra, na regulamentação sobre os deveres matrimoniais, normas cogentes; ao passo que uma segunda corrente, adotando uma postura mais flexível, sustenta um caráter dispositivo e, de certo modo, derogável, em relação a determinadas normas concernentes aos deveres matrimoniais (especificamente àquelas que se referem aos deveres de fidelidade e coabitação).

A favor da primeira corrente doutrinária, que distingue, nas normas concernentes aos deveres conjugais, o caráter cogente e, neste sentido, inderrogável por disposição de vontade dos cônjuges, é possível citar autores como Nader (2016, p. 205) e Madaleno (2020), além de Maluf e Maluf (2016, p. 177), para quem “as normas que dispõem sobre os efeitos pessoais do casamento são de natureza cogente, não podendo nesses casos sofrer transação entre as partes, pois são reclamados pela ordem pública e pelo interesse social”.

A segunda corrente doutrinária, todavia, tende a flexibilizar essa abordagem, para firmar a possibilidade, quanto a alguns dos deveres conjugais – e, particularmente, em relação ao dever de fidelidade e vida em comum, dada a sua incidência no âmbito de uma realidade

extremamente íntima dos cônjuges – de regulação no âmbito da autonomia privada, reduzindo, neste sentido, a interferência estatal pela ausência do interesse público no que concerne à vida íntima do casal. Nesta perspectiva, Barbosa e Pires (*In MOREIRA, 2016, p. 79-80*) esclarecem que:

[...] Há que se indagar, contudo, se, nos dias de hoje, justifica-se esse interesse intervencionista estatal, na medida em que a própria Constituição Federal de 1998 estabeleceu as bases para a proteção da intimidade e da vida privada [...]. Nesse sentido, entende-se que deve ser admitida para alguns dos deveres a incidência do conceito de autonomia privada. De fato, os incisos I e II apontam deveres de realidade privada extremamente íntima, não podendo ser admitida a interferência estatal em características tão personalíssimas. Assim, se o casal possui interesse em ter uma conduta mais liberal ou menos liberal no que diz respeito à sua intimidade sexual, ou à vida em domicílios distintos, não há interesse público em interferir nestas opções, portanto, podem ser consideradas como normas dispositivas, aquelas previstas no artigo 1566, I ('fidelidade recíproca') e II ('vida em comum no domicílio conjugal'), do Código Civil. Os demais incisos, III ('mútua assistência'), IV ('sustento, guarda e educação dos filhos') e V ('respeito e consideração'), contudo, por referirem-se a fatos e direitos indisponíveis, deverão ser reconhecidos como normas cogentes, não estando sujeitos à disponibilidade dos cônjuges. (BARBOSA; PIRES *In MOREIRA, 2016, pp. 79-80*).

Numa perspectiva contemporânea dos deveres conjugais – tomando como premissa, inclusive, a atribuição de uma natureza jurídica contratual ao casamento e um debate cada vez mais latente quanto aos aspectos que efetivamente reclamariam a intervenção estatal nas relações familiares –, parece mais acertada esta segunda corrente doutrinária, que, reconhecendo a autonomia privada na relação conjugal, vislumbra, nos deveres de fidelidade e de vida em comum, o caráter dispositivo, resguardando aos demais deveres o caráter cogente.

Importa destacar, contudo, que reconhecer o caráter dispositivo nos incisos I e II do artigo 1.566 do Código Civil não significa flexibilizar a observância destes deveres no âmbito do casamento. O que se quer afirmar é a possibilidade de os cônjuges convencionarem, no âmbito de uma realidade extremamente íntima do casal, o modo de exercerem suas relações de natureza sexual. Uma vez estabelecido este ajuste, a ambos incumbe a sua estrita observância, dada a sua vinculação ao quanto pactuado.

Outro aspecto que desperta interesse, ainda, no que concerne ao estudo dos deveres matrimoniais, diz respeito às consequências jurídicas diante do seu eventual descumprimento, estudo que tem repercussão direta sobre o objeto desta pesquisa, que versa a respeito da responsabilidade civil pela quebra do dever de fidelidade conjugal.

Sobre esse aspecto, Monteiro e Silva (2016) entendem que a violação dos deveres matrimoniais desencadeia consequências jurídicas, pois:

Pode-se imaginar o caos que se instalaria se não fossem estabelecidos certos efeitos jurídicos ao casamento e se não fossem estabelecidas as consequências de seu descumprimento. As pessoas nas relações conjugais não estariam obrigadas a manter o especial respeito, no plano moral e físico; nossa sociedade, formada sobre base familiar monogâmica, perderia essa característica, possibilitando a formação de famílias poligâmicas; outras consequências desastrosas adviriam, como já ocorreram quando não era estabelecida a absoluta igualdade entre os cônjuges, com a imposição da lei ditada pelo mais forte, sempre em prejuízo do mais fraco. Se o ordenamento jurídico deixasse de estabelecer os efeitos jurídicos do casamento e as consequências do descumprimento dos deveres conjugais, tais deveres assumiriam o papel de meros aconselhamentos ou recomendações, a favorecer o seu inadimplemento, sem a necessária preservação da dignidade da pessoa humana nas relações familiares. (MONTEIRO; SILVA, 2016, pp. 223-224)

Entretanto, manifestando entendimento diverso – no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio não contempla consequências jurídicas para o descumprimento dos deveres matrimoniais –, Madaleno (2020) assinala que:

São disposições de cunho ético e insuscetíveis de derrogação pela vontade dos consorciados, que devem se curvar diante dessas normas cogentes de conduta conjugal, mas se tornaram deveres que carecem de relevância jurídica, pois o seu descumprimento não acarreta nenhuma consequência jurídica, nem a lei confere ao ofendido mecanismos de reação em resposta ao seu ato, considerando que os deveres matrimoniais se transformaram em meras recomendações de cunho ético, moral e social, guardando sanção jurídica unicamente o dever de mútua assistência material, sendo interessante observar que a desatenção a qualquer destes deveres morais de fidelidade ou lealdade, este aplicado à união estável, jamais descaracterizou a existência de uma entidade familiar, pois não deixa de ser esposo o marido infiel, como não deixa de ser companheiro o parceiro prevaricador, embora possam gerar no foro íntimo da pessoa traída um sentimento de repulsa, e a reação de rompimento da relação, porque teria sido afetada a comunhão plena de vida. No entanto, relações sexuais paralelas e circunstanciais, mantidas sem *affectio maritalis* pelas partes e com transparência, não desnatura, forçosamente, a existência do casamento como tampouco da união estável. (MADALENO, 2020, p.192).

No mesmo sentido, Lôbo (2017), assevera que:

Todavia, o art. 1.566 do Código Civil desmente essa direção principiológica, ao estabelecer deveres conjugais cuja verificação implica necessária interferência do Estado (que é pessoa de direito público), mediante a atuação de seu Poder Judiciário, na comunhão de vida dos cônjuges. A aferição do cumprimento dos deveres de ‘fidelidade recíproca’, ‘vida em comum, no domicílio conjugal’ e ‘respeito e consideração mútuos’ importa interferência na intimidade e na privacidade familiares, que dizem respeito exclusivamente aos cônjuges. Esses deveres, durante a convivência conjugal, são absolutamente inócuos, pois destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos. Com o advento da nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição, que aboliu qualquer causa subjetiva ou objetiva para a dissolução do casamento, perderam a consistência, pois se voltavam a fundamentar pedido litigioso de separação judicial, a qual foi extinta com a mudança constitucional. O princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com a simples separação de fato do casal, tornando imprópria a investigação de culpa ou de culpado pelo cumprimento ou não de deveres conjugais. (LÔBO, 2017, p.131).

Neste particular, vale firmar uma posição que reflita coerência com a linha metodológica até então apresentada. Assim, se revela mais adequada a corrente doutrinária segundo a qual a violação dos deveres matrimoniais enseja consequências jurídicas. Pois, como assinala Ponzoni (2007, p. 992), “é imprescindível que o ordenamento jurídico estabeleça consequências do descumprimento dos deveres conjugais, sob pena de tais deveres se tornarem meras recomendações, sem qualquer sanção por sua violação. [...]”.

Sob esta perspectiva, Barbosa e Pires (*In MOREIRA, 2016*), esclarecem que:

[...] na medida em que a cada dever de um cônjuge corresponderia um direito do outro, direito esse subjetivo, como faculdade de agir, ter-se-ia a possibilidade de relativização da norma, de tal sorte que a quaisquer dos cônjuges restaria a liberdade de exercitar, por exemplo, o direito de ação, visando ao divórcio (ou mesmo ação indenizatória, se observados os requisitos), na hipótese de descumprimento de um dos deveres. (BARBOSA; PIRES *In MOREIRA, 2016*, p. 66).

Com efeito, admitir a ação indenizatória decorrente da violação a um direito-dever conjugal significa reconhecer consequências jurídicas ao descumprimento destes deveres, que podem tocar a própria essência da responsabilidade civil, desde que caracterizados a violação ao dever jurídico (no caso os deveres matrimoniais), o dano e o nexa causal, assegurando ao cônjuge a prerrogativa de exercer um direito subjetivo e buscar a satisfação de uma pretensão indenizatória perante o Poder Judiciário.

Lembre-se, outrossim, que eventual pretensão indenizatória advinda da violação a estes deveres conjugais encontra-se inequivocamente amparada pelo direito constitucional de ação, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

Por tudo quanto exposto, é possível definir os deveres conjugais da contemporaneidade como efeitos pessoais do casamento, dirigidos a aspectos – inclusive sexuais – da comunhão de vida dos cônjuges e fundamentais à defesa da autonomia do casamento. Cumpre notar que, na referência aos deveres sexuais, os mesmos dizem respeito, basicamente, ao dever de fidelidade conjugal e ao de vida em comum.

Vale destacar, inclusive, que, ao estudar a funcionalidade dos deveres conjugais sexuais, Pinheiro (2004) assinala que:

A funcionalidade dos direitos conjugais sexuais separa-os quer dos direitos de crédito quer dos direitos reais. Não sendo poderes funcionais, representam características funcionais. Se é certo que o titular do direito conjugal não está obrigado a exercê-lo, quando o exerce, tem de observar condicionalismos que ultrapassam aqueles a que estão sujeitos os restantes direitos subjectivos. Os direitos conjugais são instrumentos de realização da finalidade do casamento; um cônjuge

deve exercê-los de maneira a criar, manter ou reforçar os laços da comunhão com o outro. Esta e outras particularidades dos direitos conjugais pessoais, v. g., a oponibilidade *erga omnes*, aliada ao carácter relativo, e a indisponibilidade reflectem a presença de um *status*. De facto, a qualidade de cônjuge implica o compromisso de prossecução de um interesse distinto do interesse individual, que, no direito português, é designado por bem de família (cfr. Artigo 1671.º, n.º 2, do Código Civil). (PINHEIRO, 2004, p. 755).

Neste ponto, há que se ressaltar que, como dito, o presente trabalho – que tem por objetivo a análise do dano moral decorrente da infidelidade virtual – reclama a investigação do próprio dever de fidelidade conjugal na contemporaneidade. Daí porque, dado o recorte temático, a investigação sobre este dever conjugal sexual será aprofundada no capítulo seguinte.

4 A INFIDELIDADE VIRTUAL: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO DEVER DE FIDELIDADE CONJUGAL

4.1 Conceito e delimitação do dever de fidelidade conjugal após a vigência do Código Civil de 2002

Inicialmente, cumpre esclarecer que, em razão do recorte inerente ao tema proposto, o desenvolvimento deste capítulo ater-se-á à análise do dever de fidelidade recíproca, inscrito no inciso I, do artigo 1.566 do Código Civil de 2002, numa perspectiva contemporânea, visando, inclusive, analisar como se delinea juridicamente a infidelidade virtual.

Segundo Dias (2013),

a fidelidade, com certeza, só se tornou lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o ‘impulso’ da infidelidade existe. Para o estabelecimento de relações familiares, é necessário impor limitações e interdições ao desejo. Daí a imposição de um interdito proibitório à infidelidade. (DIAS, 2013, p. 272).

Para Rizzardo (2019):

Desde os primórdios da instituição do casamento, sempre se manteve este importante dever, que praticamente é seu pressuposto. Sua origem e causa de existir estão na organização monogâmica da família, que vem se mantendo através dos séculos e reflete o pensamento incessantemente admitido, sobretudo, pelos povos de origem cristã. Aliás, revela o dever uma tendência natural do próprio ser humano, que não admite, neste campo, uma coexistência de relações sexuais com múltiplas pessoas, e representa um dos sustentáculos básicos da unidade familiar. (RIZZARDO, 2019, p. 157).

Com efeito, o dever de fidelidade recíproca é um dos aspectos do princípio monogâmico do casamento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua definição fica reservada à doutrina e à jurisprudência. E, como visto no capítulo anterior, é a fidelidade um dever conjugal sexual que impõe aos cônjuges a obrigação de não ter relações sexuais com terceiro.

Vale dizer, ademais, que o dever de fidelidade conjugal alcança todos os atos de relacionamento que digam respeito à exclusividade “conjugal em matéria de partilha interpessoal de experiências sexuais”. (PINHEIRO, 2004, p. 746).

Cumpre notar, contudo, que, tradicionalmente, a definição de fidelidade conjugal se encontrava dirigida à vedação do adultério – crime previsto no artigo 240 do Código Penal brasileiro e posteriormente revogado no ano de 2005 –, de modo que o dever de fidelidade

impunha aos cônjuges a obrigação de absterem-se de manter relações carnis de natureza sexual com terceiros.

E, nesta perspectiva tradicional, então, “[...] o adultério foi visto, tão somente, como a prática da conjunção carnal pelo coito vaginal, não o configurando qualquer outra forma de satisfação da libido”. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 280).

Sobre esta noção do dever de fidelidade, Lôbo (2017, p. 132) pontua que:

A fidelidade recíproca sempre foi entendida como impedimento de relações sexuais com terceiros. Historicamente, voltava-se em grande medida ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*. Nesse sentido estrito, sempre se manifestaram a doutrina e a jurisprudência. Não se confunde, portanto, com o respeito e consideração mútuos. A doutrina assinala tal significado tradicional (Pereira, 2004, v. 5, p. 171), que teve razão de ser enquanto o Estado foi entendido como ‘reunião de famílias’; enquanto interessou o controle sobre a mulher e sua sexualidade; enquanto interessou o controle do patrimônio familiar unitário, assentado em rígido sistema de legitimidade e sucessão de filhos, expurgando-se os considerados ilegítimos. [...] (LÔBO, 2017, p. 132).

Vale destacar, no entanto, que a revogação do artigo 240 do Código Penal acima mencionada não modificou o alcance do dever de fidelidade conjugal, de modo que este se mantém como uma expressão da comunhão matrimonial, que abrange uma generalidade de aspectos da vida dos cônjuges – incluindo o aspecto sexual –, que não deixou de ser objeto da atenção do legislador pátrio, eis que expressamente o mencionou no Código Civil de 2002.

Neste sentido, Madaleno (2020) sinaliza que

certamente, a infidelidade não perdeu seu *status* de representar a mais abjeta causa de separação afetiva; de formação monogâmica, repugna à natureza humana dos povos ocidentais qualquer pluralidade de relações; muito embora tenha sido descriminalizado o adultério, provavelmente segue sendo uma das mais dolorosas causas de separação. (MADALENO, 2020, p. 194).

Assim, é certo que “a infidelidade permanece como ilícito civil, com as consequências do grave descumprimento do dever oriundo do casamento”. (MONTEIRO; SILVA, 2016, p. 229).

É possível antever, portanto, que o dever de fidelidade recíproca, previsto no Código Civil brasileiro em vigor, tem por objeto uma conduta humana, que consiste na obrigação imposta a ambos os cônjuges de não ter relações de natureza sexual com terceiro, donde resulta clara a imposição de uma prestação de fato negativo: um não fazer.

Neste sentido, Gonçalves (2019, p. 185) assevera que

o dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter monogâmico do casamento. É dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta, enquanto os demais deveres reclamam comportamentos positivos. (GONÇALVES, 2019, p. 185).

Não obstante, cumpre esclarecer, que embora o dever de fidelidade conjugal imponha aos cônjuges uma abstenção juridicamente relevante, não significa, com isto, que a restrição dirigida ao aspecto sexual se opõe à tutela da personalidade de qualquer dos cônjuges, na medida em que

[...] a proibição do adultério acarreta somente a existência de um limite relativo a uma faculdade do direito à liberdade sexual, que é fruto da aquisição voluntária de um estado, pelo interessado, na sequência de um acto que integra o exercício de um direito constitucionalmente protegido. (PINHEIRO, 2004, p. 746).

A partir desta perspectiva, é possível, então, vislumbrar no dever de fidelidade conjugal, em princípio, uma imposição de exclusividade de relações íntimas e de conotação sexual. Ou seja, o alcance deste dever implicaria a imposição da abstenção de praticar ou consentir a prática de atos de natureza sexual com pessoa diversa do seu cônjuge.

Segundo Paiva (2014):

[...] a fidelidade é peça de suma importância no quebra-cabeça dos relacionamentos afetivos; pois é através desta que surgem a reciprocidade mútua e o respeito. Os quais estabelecem um juízo de valor provindo do ente social, autorizador da restrição ao instituto da liberdade que ajuda a manter a moralidade no âmbito familiar.

Vale salientar que a fidelidade é o laço que envolve o dever de lealdade entre os parceiros, tanto no aspecto moral quanto material. Devendo, desta forma, evitar envolvimento afetivo/erótico ou mesmo condutas que demonstrem tal interesse com pessoas estranhas ao relacionamento. (PAIVA, 2014, p. 53).

Saliente-se, ademais, que, no âmbito conjugal, para além do dever de fidelidade imposto pelo ordenamento numa perspectiva voltada para o adultério, é certo que o seu cumprimento implica evidente manifestação do princípio da afetividade no âmbito conjugal, como expressão de cuidado, respeito e consideração para com o outro cônjuge, e, assim considerado, figura como um dever jurídico imposto aos cônjuges e deles exigível.

E conquanto, num primeiro momento, a noção de fidelidade tenha sido vinculada estritamente à vedação ao adultério, é certo que, na contemporaneidade, diante da realidade social vigente e do uso irrestrito das novas tecnologias, é possível vislumbrar a concretização de relações intersubjetivas – inclusive de natureza íntima e sexual – no campo virtual, aptas a configurar a quebra do dever de fidelidade conjugal, posto que relações íntimas estabelecidas no ambiente virtual podem configurar violações análogas àquelas decorrentes de relações carnavais de natureza sexual.

Entrementes, é certo que compete à doutrina e à jurisprudência revisitarem a concepção clássica sobre o dever de fidelidade – o que, inclusive, já tem se delineado –, para abraçar estas novas tessituras postas pela sociedade contemporânea, incrementadas pelos

“usos modernos”, apresentando, de forma consistente e coerente, soluções para a dinâmica da vida.

Deste modo, após o Código Civil de 2002, o dever de fidelidade na sociedade contemporânea ultrapassa a mera concepção de adultério – assim compreendido como a conjunção carnal com pessoa diversa do cônjuge –, para alcançar um sentido mais abrangente, umbilicalmente ligado à noção de respeito e consideração mútuos, aspectos estes inerentes ao casamento.

Neste sentido, Farias e Rosenthal (2019, p. 280) apontam que, “atualmente, não se pode proceder à análise do dever de fidelidade dissociado do dever de respeito e consideração mútuos [...]”, expressos no inciso V do artigo 1.566 do Código Civil.

No que concerne à definição do dever de fidelidade conjugal, Barbosa e Pires (*In* MOREIRA, 2016, p.81) sugerem que

componham a definição de dever de fidelidade dois aspectos conjugados, o primeiro: objetivo (atos concretos de quebra da monogamia, ainda que sem contato físico carnal); e o segundo: subjetivo (vontade dirigida para a quebra da monogamia). (BARBOSA; PIRES *In* MOREIRA, 2016, p. 81).

Neste ponto, a fim de preservar a coerência textual e metodológica na delimitação do dever de fidelidade conjugal, importa retomar, brevemente, a questão sobre a natureza da norma expressa no inciso I, do artigo 1.566, do Código Civil de 2002: se norma cogente ou dispositiva. E, conforme evidenciado na seção anterior, se apresenta mais coerente com as exigências da sociedade pós-moderna o entendimento de que esta norma tem caráter dispositivo.

Compõe esta lógica, naturalmente, a incidência da autonomia privada em relação a alguns deveres conjugais, dentre os quais, dever de fidelidade. Isto porque, a autonomia privada

[...] há de ser compreendida como elemento central do negócio jurídico, na medida em que consubstancia a liberdade de se autodeterminar. Assim sendo, está no âmbito negocial a principal expressão da autonomia privada: o que foi estabelecido pelas partes, no exercício de sua liberdade, deverá ser respeitado, sob pena de ingerência indevida do Estado ou de terceiros. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 608).

Assim, se entende que, aos cônjuges, fica resguardada a possibilidade de – na esfera da autonomia privada e concernente a um aspecto extremamente íntimo do – deliberar mutuamente o modo como exercerão a sua sexualidade, adotando, assim, uma postura mais (ou menos) liberal. E, uma vez estabelecido este pacto entre o casal, incumbe a ambos a estrita observância do quanto ajustado, em atenção, inclusive, à eticidade – que deve ser entendida, também, como norte nas relações conjugais e de família.

Destarte, a adequada compreensão do dever de fidelidade nos dias atuais, em especial após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, reclama a sua análise, também, à luz do paradigma da eticidade, marcadamente no que toca aos reflexos da boa-fé nas relações entre os cônjuges, a indicar a exigência de um padrão ético comportamental por parte destes, capaz de traduzir os valores propugnados pela lealdade, probidade, verdade, informação, correção, etc. Este, inclusive, o objeto de investigação da seção seguinte.

Sobre o alcance do dever de fidelidade conjugal, Gagliano e Pamplona Filho (2018,) pontuam que,

a rigor, pensamos que a fidelidade traduz desdobramento da noção maior de lealdade, embora com ela não se confunda. 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. [...] Todavia, é certo que, na maior parte das situações, a fidelidade está umbilicalmente conectada ao conceito de lealdade, de maneira que a fidelidade exigida normalmente também obriga à lealdade, e vice-versa. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2018, p. 294).

Ainda segundo Rizzardo (2019):

Mas não se pode compreender a fidelidade recíproca no mero sentido de exclusividade do direito do cônjuge às relações sexuais. Se bem que ainda é forte a reação social contra toda e qualquer manifestação sexual dos cônjuges com terceiras pessoas, embora a prática revele a infringência generalizada deste dever, o sentido de fidelidade recíproca envolve mais a dedicação exclusiva e sincera de um cônjuge em relação ao outro, ou um leal compartilhamento de vida, tanto na dimensão material como na espiritual. O casamento comporta a mútua entrega, de modo que haja uma comum vivência de lutas, esforços, interesses, colaboração e idealização da vida. Deve haver, com justa razão, uma evolução de sentido, para conceber-se a fidelidade não só na dimensão meramente física, mas em uma noção que abranja a pessoa do outro cônjuge. (RIZZARDO, 2019, p. 157).

Sobre o tema, Farias e Rosenvald (2019) asseveram que:

No ponto, é conveniente realçar que o respeito recíproco entre os cônjuges precisa ser compreendido na complexidade social e na confiança estabelecida entre o casal, permitindo notar uma perspectiva bem mais ampla do que, tão somente, uma visão sexual. O respeito tem de ser observado a partir do tratamento recíproco, evitando que um deles venha a subjugar o outro através de uma superioridade econômica, social ou intelectual. Respeito e consideração, portanto, transcendem a exclusividade sexual (cuja violação, nem sempre, afronta o respeito que se espera por conta das inúmeras possibilidades existentes em cada relacionamento). (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 280).

Neste diapasão, cumpre esclarecer que, nas relações conjugais, existem certos deveres e direitos que não podem ser alterados unilateralmente sem afetar o significado da relação entre os cônjuges. Neste sentido, as relações de casal são especiais. Vale dizer, quanto

aos cônjuges, que se tenham prometido, ou não, a exclusividade sexual, existem certos deveres especiais que eles esperam que sejam estritamente observados, como honestidade, boa-fé e seriedade.

Assim, os deveres especiais e o aspecto de igual dignidade relacionado com a estrutura de autoridade e sujeição sempre devem operar na transformação da relação conjugal, a fim de que esta seja possível, justificável e sustentável. Neste sentido, Papayannis (*In AMADO, 2017*), reconhece que:

Esto permite afirmar que para las parejas que sí se prometen exclusividade sexual y que explícita o implícitamente le asignan um valor fundamental em su relación íntima, la infidelidade es una grave falta de respeto. Implica uma decepción derivada de um engano y expresa um fuerte desprecio por el bienestar del outro, um bienestar que, em principio confiaba que sería atendido con especial cuidado. (PAPAYANNIS *In AMADO, 2017*, p.82).

Segundo Madaleno (2020):

[...] a infidelidade é contra o casamento, exatamente porque rompe os acordos conjugais que variam de casal para casal, de cultura para cultura e da própria condição social dos conviventes, mas que representam, sempre, alianças formadas com o objetivo de dar paulatina estabilidade ao casamento e que a maior ameaça da infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, gerando suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição. (MADALENO, 2020, p. 194).

Ao delimitar a quebra do dever de fidelidade ou a infidelidade, Gagliano e Pamplona Filho (2018) argumentam que:

A ruptura do 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. Com isso, temos que não se rompe a fidelidade apenas mediante a conjunção carnal com amante. De maneira alguma. Carícias, afagos, conversas íntimas, enfim, todo comportamento que, de fato, demonstre invasão à esfera de exclusividade de afeto dos consortes, poderá caracterizar a infidelidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 296).

Para Rizzardo (2019, p. 157):

Assim, há infringência deste dever, também, quando a conduta pessoal reflete uma gama de situações desrespeitosas e ofensivas à própria honra do cônjuge, como as atitudes licenciosas e levianas, o simples namoro, a ligação puramente sentimental com terceiro, as relações de natureza homossexual, a presença em ambientes impróprios, enfim, uma infidelidade na forma de agir inconveniente para pessoas casadas, o que enseja também o reconhecimento da ofensa ao inc. V do art. 1.566. (RIZZARDO, 2019, p. 157).

Segundo Papayannis (*In AMADO, 2017*),

este deber de fidelidade no supone un deber de amar al outro en toda circunstancia y hasta el fin de los tiempos. Solo toma la forma de un deber de diligencia, que se extiende mientras dure la relación, y que consiste en adoptar las medidas razonables para que el daño no se produzca. (PAPAYANNIS *In* AMADO, 2017, p. 82).

Nas palavras de Rizzardo (2019, p. 157), “[...] mais que um simples ato de natureza física, a fidelidade conjugal envolve o critério de vida, ou uma conduta de comprometimento interior e prático dos cônjuges”.

Isto significa que, se a relação se tornar insustentável, o cônjuge deverá comunicar o fato ao outro, até em homenagem aos princípios contratuais da boa-fé e da probidade, visando pôr fim ao matrimônio e, conseqüentemente, aos deveres conjugais, incluindo aqueles de natureza sexual (como o dever de fidelidade). Esta tarefa, inclusive, foi facilitada pelo sistema pátrio, na medida em que excluiu – no entendimento de Dias (2013) e Farias e Rosenvald (2019) – ou, pelo menos, mitigou – no entendimento de Monteiro e Silva (2016) – o debate sobre a culpa no divórcio, instituindo, no sistema brasileiro, o divórcio “incausado”, a exemplo de outros sistemas, como o argentino, que adota os deveres matrimoniais como deveres morais.

Deste modo, o que se busca delimitar com a infidelidade não é uma teoria baseada no desamor, mas a quebra de um dever decorrente do casamento, que configura a ruptura com um projeto de vida em comum e a violação à comunhão de afetos estabelecida por meio do casamento.

Outrossim, ainda, no que concerne ao percurso de delimitação do dever de fidelidade conjugal na contemporaneidade, um aspecto importante a ser abordado diz respeito à eficácia da norma, que prevê o dever de fidelidade recíproca (inciso I, do artigo 1.566, do Código Civil de 2002).

Conforme entendimento manifestado na seção anterior, uma vez que o dever de fidelidade imposto é por norma vigente no ordenamento jurídico, a sua inobservância traz em si o potencial de produzir conseqüências jurídicas, na medida em que a reciprocidade ínsita aos deveres matrimoniais lhes confere a natureza de direitos subjetivos. Vale dizer, não se trata de um mero imperativo moral, pois a possibilidade de responsabilização na seara cível pela infidelidade conjugal não é senão uma conseqüência jurídica do descumprimento desse dever.

Não obstante esta convicção, vale ressaltar que a posição não é unânime, pois, segundo Lôbo (2017),

[...] o dever de fidelidade, no atual estágio do Direito brasileiro, confinou-se ao plano da consciência moral, uma vez que destituído de conseqüências jurídicas. Não

tem relação com o princípio da monogamia matrimonial, pois este diz respeito ao impedimento de celebração de outro casamento, e não ao exercício da sexualidade dos cônjuges. (LÔBO, 2017, p.133).

E, no intuito de amparar este argumento, Lôbo (2017) invoca o quanto disposto no artigo 431 do Código Civil argentino de 2014, segundo o qual são deveres e direitos dos cônjuges a “*asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua*” (ARGENTINA, 2014). Desse modo, o autor busca reforçar o caráter meramente moral do dever de fidelidade no ordenamento jurídico brasileiro, sugerindo aplicar-se, em território nacional, a mesma lógica estabelecida na legislação argentina quanto a este aspecto.

Semelhante raciocínio é compartilhado por Farias e Rosenthal (2019, p. 281), para quem a fidelidade não deve ser “encarada como um dever jurídico, mas como opção de cada pessoa que se dispõe a conviver afetivamente com a outra”. E, no mesmo sentido, se manifesta Dias (2013).

Com efeito, vale mencionar que os autores citados – os quais atribuem caráter meramente moral ao dever de fidelidade – integram o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), instituição técnico-científica responsável pela elaboração do “Estatuto das Famílias”, apresentado pela senadora Lídice da Mata como o Projeto de Lei do Senado número 470/2013. Dentre outros aspectos relacionados à regulamentação das famílias no ordenamento jurídico brasileiro, constam, do referido projeto de lei, modificações relativas aos deveres matrimoniais.

Assim, dispõe o artigo 36 do Projeto de Lei do Senado 470/2013, quanto aos efeitos do matrimônio, que “as relações pessoais entre os cônjuges devem obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, sendo de ambos a responsabilidade pelo cuidado, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2013).

A toda evidência, a deliberada omissão do dever de fidelidade como efeito pessoal do casamento reflete a posição doutrinária acima defendida por Dias (2013), Lôbo (2017) e Farias e Rosenthal (2019), especialmente se considerarmos que a fidelidade figura como um dos instrumentos de defesa do sistema monogâmico no ordenamento jurídico brasileiro e que os mencionados autores entendem que a monogamia não é um princípio implícito no Brasil.

Esta compreensão acerca da fidelidade, contudo, não parece refletir a posição mais acertada, pois o legislador brasileiro, ao dispor sobre o dever de fidelidade recíproca no

Código Civil de 2002, não fez expressa referência à atribuição de uma conotação meramente moral a este dever.

Este é um ponto extremamente relevante neste debate, na medida em que mostra que a omissão do legislador pátrio neste particular reflete uma deliberada intenção de não conferir meramente uma conotação moral a este dever. Do contrário, assim como o legislador argentino, teria o legislador brasileiro adotado a mesma técnica no inciso I, do artigo 1.566 do Código Civil de 2002, se referindo, expressamente, a este caráter meramente moral do dever de fidelidade.

Com efeito, a referência legislativa no Código Civil de 2002 ao dever de fidelidade parece mais próxima da técnica utilizada no Código Civil português, no seu artigo 1672, que enuncia quanto aos deveres dos cônjuges: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência” (PORTUGAL, 1966). Torna, assim, incontroversa a sua natureza de dever jurídico – e não meramente moral – entre os cônjuges.

Revela-se clara, portanto, a conclusão acerca de ser inadequada a atribuição de caráter meramente moral ao dever de fidelidade no Brasil. E, a menos que haja a modificação desta natureza no âmbito do Poder Legislativo, este deve ser entendido como um dever jurídico, cuja inobservância enseja consequências jurídicas, dentre as quais, é possível mencionar a responsabilização cível do cônjuge infiel, em face de eventuais danos decorrentes deste ato de infidelidade.

Neste mesmo sentido, Tartuce (2019, p.115) se posiciona, ao afirmar que “[...] isso porque a fidelidade continua sendo um dever do casamento, e não uma mera faculdade”.

Ainda segundo Gagliano e Pamplona Filho (2018),

Pensamos, portanto, nessa linha, 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: [...] A violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 295).

Nessa mesma linha de pensamento, importa destacar que a negativa jurídica da responsabilidade derivada da infidelidade refuta a estrutura de autoridade e sujeição mútuas, com a qual se impede à parte desapontada que exija juridicamente o reconhecimento de sua dignidade frente à outra, entendimento este que não merece prosperar no ordenamento jurídico contemporâneo.

Ademais, reconhecida a natureza de dever jurídico imposto aos cônjuges, é forçoso reconhecer que negar a possibilidade de responsabilização cível do cônjuge infiel implica, por via transversal, violação à garantia constitucional de acesso à Justiça – inscrita no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 –, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Por todo o exposto, é possível concluir que a adequada compreensão do dever de fidelidade conjugal na sociedade contemporânea não se limita ao adultério para alcançar aspectos intimamente relacionados à noção de respeito e consideração mútuos, afetividade e lealdade, sendo um dever jurídico que tem, ainda, no paradigma da eticidade, uma diretriz, cujas projeções serão analisadas com mais detalhes da seção seguinte.

4.2 O dever de fidelidade conjugal e o paradigma da Eticidade

O Código Civil de 2002, cujo projeto foi levado a efeito sob a coordenação de Miguel Reale, inovou na seara jurídica nacional, na medida em que encartou os chamados novos paradigmas – pilares da codificação cível – quais sejam: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Especificamente quanto ao paradigma da eticidade, fica claro que, a partir do Código Civil de 2002, o operador do Direito, ao aplicar a norma ao caso concreto, deve buscar uma composição que não apenas seja correta sob o ponto de vista jurídico, mas que igualmente proceda a um ajuste ético entre as partes.

Segundo Farias e Rosenvald (2017),

[...] se a ética é a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada, temos que, no Direito, o ideal para o qual uma sociedade orientará os seus fins e ações será justamente na afirmação livre e racional do valor justiça. O ordenamento jurídico é um elemento de luta e afirmação de justiça. Entre o direito-técnica e o direito-ética, deverá prevalecer a força do Direito sobre o Direito da força. Enfim, o Direito é uma técnica a serviço de uma ética. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 57).

Ainda de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 106), “consiste o Princípio da Eticidade na busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico”. E nesta perspectiva, enunciam os referidos autores que “é com essa nova principiologia que o civilista do século XXI deverá preparar-se para os desafios que se avizinham” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 84).

A citação acima mencionada já anuncia, portanto, os reflexos da eticidade em todo o sistema civilista, donde resulta clara a sua incidência, também e naturalmente, no âmbito do Direito de Família (e por razões óbvias, do casamento). Assim, a referência aos valores éticos aparece em diversos dispositivos do Código Civil de 2002, por meio de menção expressa à boa-fé, correção, lealdade, probidade, confiança, etc.

Neste sentido, cumpre notar que a codificação cível incorporou as chamadas cláusulas abertas como técnica legislativa, por meio da adoção de conceitos vagos, imprecisos e com abertura semântica, cuja valoração e sentido deverão ser atribuídos pelo julgador diante do caso concreto. Sobre as cláusulas abertas, Gurgel (2008) esclarece que:

Nessa linha de ideias, a concepção geral de ética no sistema jurídico impõe que as normas não contenham definições precisas e exatas de comportamentos, formando, assim, sistemas rígidos e fechados, mas, ao contrário, que haja cláusulas gerais impondo deveres de conduta, que serão livremente avaliados e identificados pelo juiz no caso concreto. Trata-se, pois, de mecanismo de ‘instrumentalização’ e ‘flexibilização’ do Direito, que passa a ser mais real e coincidente com as necessidades daquele caso específico. (GURGEL, 2008, p. 79).

Sobre este aspecto, Farias e Rosenvald (2017) entendem que o sentido da norma jurídica será atribuído pelo seu destinatário ao tempo da aplicação da norma – e não a partir de uma interpretação histórica. Isto porque

as cláusulas gerais permitem a aplicação da Teoria Tridimensional do Direito, construída por Miguel Reale, uma vez que haverá uma dialética entre a norma, o fato e os valores. A norma será o fato valorado pelo magistrado em consonância aos princípios constitucionais. O magistrado exercerá a vital tarefa de, periodicamente, construir e reconstruir a norma, segundo o valor justiça. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 58-59).

Esta perspectiva introduzida pelo paradigma da eticidade no Código Civil de 2002 impõe especial relevância no âmbito do Direito de Família, considerando o caráter evolutivo e dinâmico deste sistema.

Martins-Costa (2018, 293-294), ao tratar sobre as relações obrigacionais de Direito de Família e, particularmente, sobre a regulação desse Direito estruturada no Código Civil de 2002, destaca a distinção entre dois tipos de relações jurídicas familiares, a saber: de caráter patrimonial e de caráter pessoal. Nestas, prevalece o aspecto existencial (relações não dotadas de caráter patrimonial); enquanto naquelas prevalecem as relações de conteúdo econômico (situadas no âmbito da entidade familiar, a exemplo do regime de bens).

Destarte, importa destacar que o dever de fidelidade tem um aspecto claramente existencial, pois combina elementos concernentes a projetos de vida em comum, de afetividade e companheirismo entre os cônjuges. E neste contexto, emerge claramente o

sentido ético nos deveres conjugais – não apenas o de fidelidade recíproca, mas, também, de mútua assistência, respeito e consideração, etc. –, eis que impregnados pelo sentido de lealdade e solidariedade que são intrínsecos à noção de entidade familiar e vinculam os membros da família.

E, não obstante já se tenha exaurido o debate acerca da natureza de dever jurídico da fidelidade conjugal na seção anterior, é certo que a menção da referida autora ao aspecto ético das relações jurídicas de caráter pessoal importa ao presente trabalho sob o ponto de vista metodológico, na medida em que subsidiará, mais adiante, o debate acerca das aplicações da boa-fé objetiva no contexto das relações conjugais.

Dessa forma, com o advento do Código Civil – que incorporou a eticidade como paradigma, por meio das chamadas cláusulas abertas –, a boa-fé ganhou um novo sentido no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, se atribuiu à boa-fé um sentido subjetivo e um objetivo. Neste, se reclama das partes que se comportem, nas relações jurídicas, objetivamente, de tal sorte que suas condutas traduzam os valores propugnados pela confiança, lealdade, probidade, verdade, informação, correção, etc.; ao passo em que, naquel'outro, a boa-fé se refere a um estado psicológico daquele que acredita que age conforme o direito e a moral, sendo o oposto de má fé.

E a boa-fé objetiva – assim compreendida como sistema de valores éticos que devem servir de farol para a atuação das pessoas em geral – aplica-se, também, no âmbito do Direito de Família, impondo novos paradigmas a serem observados e concretizados na efetiva tutela dos princípios e valores encartados na Constituição Federal de 1988. Vale dizer,

a boa-fé objetiva, por conter valores essenciais, de conteúdo generalizante, deve ser posicionada como um princípio geral a ser priorizado em todo o direito e nas diversas espécies de relações jurídicas, inclusive no que concerne às relações familiares. (GURGEL, 2008, p. 246).

Como corolário da boa-fé objetiva nas relações de família, se reclama das pessoas que convivem numa entidade familiar – seja ela conjugal, filial ou geracional –, que mantenham com fé e fidelidade (termo aqui empregado em sentido amplo) as condutas, os meios e as escolhas ajustados.

Neste sentido, a confiança (valor inerente à boa-fé objetiva) é expressão da “aparência, informação, transparência e ética no exteriorizar das vontades. [...] Assim sendo, as relações civis – e a ciência jurídica como um todo – encontram o seu fundamento de

validade contemporâneo no proteger das expectativas justas e legítimas recíprocas existentes entre as pessoas”. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 122).

A toda evidência, portanto, a confiança, na atualidade, serve como norte na regulação das relações privadas e, naturalmente, reverbera no âmbito do Direito das Famílias, e, como consequência, nas relações conjugais. Especialmente se considerarmos que, na modernidade, o casamento tem uma natureza mais próxima do contrato, sendo o dever de fidelidade, portanto, um dever de natureza contratual.

Vale destacar, inclusive, que esta confiança, no contexto familiar, revela ainda maior importância quando considerada a função instrumentalizada da família, que é um núcleo de afirmação, desenvolvimento e garantia da personalidade e dignidade da pessoa humana.

Lúcida a lição de Farias e Rosenvald (2019) sobre o tema:

Assim, nas relações de família exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperança(s) outro(s). É um verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas de conteúdo pessoal, existencial. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 123).

Especificamente no que concerne ao dever de fidelidade recíproca, é preciso lembrar que a sua observância pelos cônjuges é evidente manifestação do princípio da afetividade no âmbito do casamento, como expressão de cuidado, respeito e consideração mútuos.

Nesta toada, a boa-fé objetiva se apresenta no contexto conjugal, também, pela projeção do valor da confiança que norteia a própria relação conjugal. E assim considerado, pode se apresentar sob três diferentes aspectos: interpretativo (quando serve como diretriz de interpretação), integrativo (no que toca aos deveres anexos e implícitos às obrigações em geral, inclusive àquelas delimitadas pelo casamento); ou, ainda, limitador (quando serve como limite objetivo ao exercício de certos direitos subjetivos) (MARTINS-COSTA, 2018).

Com efeito, mais adiante, Martins-Costa (2018) salienta que

Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 300).

Entrementes, a adequada compreensão do dever de fidelidade no mundo contemporâneo reclama a sua análise à luz da figura que impõe a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), assim considerado como projeção da boa-fé objetiva.

No que concerne ao *venire contra factum proprium*, em particular, há que se observar que esta projeção da boa-fé objetiva se encontra umbilicalmente ligada ao valor da confiança. Aspecto dirigido à função integrativa da boa-fé objetiva, que impõe a vedação do comportamento contraditório ou incoerente que se oponha a uma conduta anteriormente adotada e que venha a frustrar a legítima expectativa criada por uma terceira pessoa.

Segundo Martins-Costa (2018):

É a deslealdade, além da contraditoriedade com a própria conduta, que está no núcleo da figura conhecida como *venire contra factum proprium no valet* (ou, simplesmente, *nemo potest venire contra factum proprium*). Para a caracterização da ilicitude apanhada pela vedação ao *venire contra factum proprium*, o fato da contradição é necessário, mas não suficiente. É preciso que a segunda conduta frustre legítimo investimento de confiança, feito pela parte que alega a contradição, em razão da primeira conduta (*o factum proprium*), pois a coibição implicada na parêmia *venire contra factum proprium non potest* tem como bem jurídico proteger o *alter*, evitando a quebra de sua confiança legítima. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 674).

Sobre a temática da vedação ao comportamento contraditório no contexto familiar, Gurgel (2008) assinala que:

22. Ao delinear os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva nas relações familiares, a definimos como um princípio geral e colaboração e lealdade recíprocas entre os sujeitos, que se traduz por meio dos deveres concretos de cooperação mútua e recíproca, de lealdade, de cuidado e de preservação das expectativas geradas.
23. Tendo como ponto de partida a natureza afetiva e personalíssima das relações formadas no ambiente familiar, são fundamentais, em nome da boa-fé objetiva, a tutela jurídica da confiança e a preservação das expectativas criadas pelas partes.
24. A proibição do comportamento contraditório exige que cada um dos sujeitos da relação jurídica não contrarie os próprios atos anteriormente praticados, violando as expectativas despertadas no outro e causando-lhe prejuízos. No Direito de Família, tal proibição resume-se no dever de manutenção do comportamento leal e cooperativo, de acordo com as promessas e probabilidades projetadas, evitando-se, com isso, o exercício abusivo de direitos. (GURGEL, 2008, p. 249).

Neste sentido, se deve reconhecer que os cônjuges, ao assumirem um projeto de vida em comum, e que se tenham prometido a exclusividade sexual por meio do dever de fidelidade recíproca – com maior ou menor abertura ou liberalidade –, observem, estritamente este pacto com honestidade, boa-fé e seriedade. E é neste contexto que se aplica a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no âmbito conjugal.

Assim, o cônjuge que incorre na infidelidade conjugal rompe com os valores de lealdade e confiança que se esperava que fossem estritamente observados, frustrando uma legítima expectativa criada no outro cônjuge – expectativa dirigida à comunhão de vidas e afetos, de respeito e consideração, de seriedade e comprometimento no cumprimento dos pactos assumidos pelo casamento –, o que caracteriza a conduta contraditória nos moldes

linhas atrás mencionados, dando ensejo, inclusive, à eventual responsabilização de natureza civil.

Por todo o exposto, é possível concluir que sendo a eticidade paradigma e pilar do Código Civil de 2002, suas projeções se aplicam, igualmente, no Direito de Família e, naturalmente, no âmbito do casamento. Mais especificamente, as expressões da eticidade alcançam o dever de fidelidade recíproca estabelecido pelo casamento, impondo aos cônjuges, neste particular, que se comportem, um frente ao outro, norteados pelos valores da confiança, lealdade, probidade, verdade, correção e demais aplicações da boa-fé objetiva.

4.3 Infidelidade virtual

Conforme mencionado na seção 4.1, a definição de fidelidade conjugal, após a vigência do Código Civil de 2002, admite um sentido mais abrangente do que meramente a vedação ao adultério, encontrando-se atrelado a outros aspectos, como a noção de comunhão de vidas e afetos, respeito e consideração mútuos, além dos reflexos da boa-fé objetiva sobre a constituição e exercício da própria conjugalidade.

Como visto, a delimitação do dever de fidelidade conjugal na pós-modernidade, inclusive, tende a ser revisitada pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de atender às novas demandas postas pela sociedade contemporânea e incrementadas pelos “usos modernos”, donde resulta a abertura para o debate acerca da infidelidade virtual – assim compreendida como a relação íntima e de conotação sexual com pessoa diversa do cônjuge, concretizada no campo virtual, e que implica violação ao dever de fidelidade estabelecido pelo casamento.

Isto porque não restam dúvidas de que as relações íntimas estabelecidas no ambiente virtual podem configurar – e não raro configuram - violações semelhantes àquelas decorrentes de relações carnavais de natureza sexual.

Sobre o tema, Monteiro e Silva (2016) assinalam que:

É evidente o retrocesso daqueles que concluem que a infidelidade virtual não seria descumprimento desse dever, por inexistir relação sexual no plano virtual. Há muito, o direito evoluiu para concluir que, na infidelidade, importa a busca de satisfação sexual fora do par conjugal, e não a relação sexual propriamente dita, que pode ou não existir. Um *e-mail* ou uma visita a uma comunidade ou a uma sala de ‘bate-papo’ virtual, ou redes sociais como o Facebook, com o intuito de satisfação do instinto sexual com terceira pessoa, desde que efetivamente comprovada a origem da manifestação, ou seja, que partiu do cônjuge, são provas da existência da infidelidade, assim como é a carta enviada pelo correio não eletrônico, ou era aquela remetida por meio do pombo-correio. Não importa o meio de comunicação utilizado; seja ou não eletrônico, servirá de prova da infidelidade. (MONTEIRO; SILVA, 2016, p. 227).

A quebra do dever de fidelidade conjugal pelo estabelecimento de relações de natureza íntima e sexual no campo virtual caracteriza, portanto, a infidelidade virtual. Esta pode ser configurada diante de

qualquer tipo de atividade sexual mediada pelo computador, podendo neste contexto, ser considerada a visita a ‘sites’ de conteúdos pornográficos, salas de bate-papo, utilização de programas como o Messenger, todos engajados por uma pessoa que tenha um compromisso já estabelecido. (CAMPOS, 2017).

Cumpra observar, contudo, sobre a menção de Campos (2017) aos “*sites* pornográficos”, que é preciso cautela e bom senso quando da análise de eventual infidelidade virtual, na medida em que a sua caracterização demanda a interação entre o cônjuge infiel e uma terceira pessoa. Assim, não necessariamente, o acesso a *sites* de pornografia ensejará, *per si*, a infidelidade –, a não ser que nele existam ferramentas por meio das quais se franqueie a interação e/ou o estabelecimento de relações intersubjetivas.

Outrossim, importa salientar que a esta definição apresentada por Campos (2017) é preciso acrescentar, ainda, outros aparelhos eletrônicos – e não exclusivamente os computadores – que podem ser utilizados como meios para concretização da infidelidade virtual. Assim, são instrumentos hábeis para a prática de atividade sexual virtual os *smartphones*, *tablets* e outros aparelhos que permitam a interação virtual entre duas pessoas conectadas à rede mundial de computadores.

E nesse aspecto, vale esclarecer que o relacionamento virtual pode se dar de duas formas: a síncrona, em que os usuários estão concomitantemente conectados e se relacionam em tempo real, a exemplo do que ocorre em salas virtuais de bate-papo; e a assíncrona, que não se verifica em tempo real e é mediada pelo uso de *e-mails* e dos *sites* de comunidades *on line* ou virtuais, como o Facebook (CAMPOS, 2017).

Percebe-se, portanto, neste ponto, que o desenvolvimento da pesquisa sobre o tema proposto pressupõe uma compreensão acerca da própria Internet – rede mundial de computadores – no mundo e no Brasil, uma vez que a rede é um instrumento de grande relevância na modernidade, na medida em que propicia a interação ampla e irrestrita de pessoas, seja com o objetivo de realizar negócios, pesquisa ou mesmo o estabelecimento de relacionamentos.

A Internet surgiu nos Estados Unidos da América, logo após a Segunda Guerra Mundial, com objetivos militares. Posteriormente, seu uso se difundiu entre entidades não militares, até que, na década de 90, popularizou-se a partir do desenvolvimento do “WWW”, que propiciou a grande expansão da internet (PAIVA, 2014, p. 70-72), de tal sorte que, no

mundo moderno, não se concebe o isolamento da Internet. Ela ingressou de tal forma na vida das pessoas, que passou a ser uma necessidade de extraordinária importância – havendo, inclusive, quem afirme o direito fundamental de acesso à rede mundial de computadores.

Neste sentido, é possível afirmar que:

Portanto, em síntese, sob o ponto de vista técnico, a Internet é uma rede mundial, não regulamentada, de sistemas de computadores interligados por meio de fio de alta velocidade, que tem em comum um conjunto de protocolos e serviços, de uma forma que os usuários conectados possam usufruir de serviços de informação e comunicação de alcance mundial, sendo certo que a Internet passou a fazer parte do cotidiano das pessoas, rompendo com o padrão presencial, no qual se fazia necessário o comparecimento do indivíduo; possibilitando cada dia mais o comércio eletrônico, a realização de pesquisas, vídeos conferências, e porque não a difusão dos relacionamentos afetivos. (CAMPOS, 2017).

Neste sentido, Araújo (2014), salienta que

É inegável que a sociedade contemporânea está totalmente atrelada à tecnologia da Internet. As pessoas utilizam os serviços da rede de forma tão rotineira que não se dão conta da evolução tecnológica que vivem. Hoje, pensar em viver num mundo sem Internet parece ser algo surreal. Acostumou-se tão facilmente com o desenvolvimento trazido por ela que não se tem tempo de perceber as inovações que gera.

Uma dessas inovações foi, com certeza, a comunicação pessoal através da rede. Atualmente, as pessoas interagem cada vez mais através da Internet, seja por aplicativos nos celulares ou por meio dos tão comuns *sites* de relacionamentos. Isso se deu por vários motivos, como o baixo custo, a comodidade, a segurança diante do mundo violento, a instantaneidade e o anonimato.

[...]

É nesse cenário que os relacionamentos virtuais nascem. Surgem como fuga da rotina e parecem trazer à realidade o encantamento que o dia a dia esconde. Na web, as pessoas idealizam o outro e não são contrariados, já que no mundo virtual se é quem se deseja ser, longe dos defeitos que só no real transparecem. Por isso que as conversas tornam-se cada vez mais atrativas e estimulantes, pois se acredita que, enfim, há alguém que o completa verdadeiramente, reascendendo as fantasias esquecidas. (ARAÚJO, 2014).

Entrementes, neste contexto de propagação de relacionamentos virtuais, e diante da perspectiva de delineamento da infidelidade virtual, torna-se evidente a necessidade de ampla reflexão, debate e estudo quanto à sua aplicação – especialmente se considerarmos o caráter evolutivo do Direito de Família –, para que, então, se torne possível o enfrentamento do seguinte problema: diante da violação ao dever de fidelidade conjugal no campo virtual, como se daria a responsabilidade civil do cônjuge infiel no que concerne aos danos morais?

Especificamente no que toca ao delineamento da infidelidade virtual, mister identificar aqueles elementos que o caracterizam e o distinguem de outros relacionamentos de natureza física.

Ao abordar a temática da delimitação do dever de fidelidade recíproca, Guimarães (2004, p. 4), distingue a fidelidade material da infidelidade moral: esta, decorrente de um

vínculo erótico-afetivo platônico (espaço onde se situa a infidelidade virtual); aquela, caracterizada pelo contato físico (o adultério, propriamente dito).

Segundo Guimarães (2004):

A distinção entre infidelidade material e moral importa para caracterizar a infidelidade virtual, que é uma forma de infidelidade moral. Na relação virtual, estabelece-se um laço erótico-afetivo platônico, mantido à distância através de um computador. A pessoa sai do seu espaço imaginário para relacionar-se com uma pessoa invisível, mas que está lá e corresponde. O enamoramento virtual pode criar um laço erótico-afetivo muito mais forte do que um relacionamento real que a pessoa vive, desgastado pela convivência diária, pois é alimentado pela fantasia. Acontece um quase adultério, uma infidelidade moral. A cumplicidade, a intimidade, a paixão estabelecidas no espaço virtual muitas vezes levam o casal ao contato físico, com relações sexuais, quando então acontece a infidelidade material ou adultério. Portanto, não existe adultério virtual, e sim infidelidade virtual, que pode levar ao adultério propriamente dito. (GUIMARÃES, 2004, p. 4).

Verifica-se, portanto, que a infidelidade virtual, assim considerada como uma forma de infidelidade moral, se caracteriza quando presentes os seguintes elementos: (i) preexistência de um vínculo conjugal, em virtude do qual se impõe aos cônjuges/companheiros o dever de fidelidade; (ii) a utilização, pelo cônjuge/companheiro infiel, da rede mundial de computadores (mediada por aparelho eletrônico), para interagir – em caráter íntimo e de conotação sexual – com uma terceira pessoa; (iii) o estabelecimento de uma relação erótico-afetiva entre o cônjuge/companheiro infiel e esta terceira pessoa.

Neste diapasão, Gagliano e Pamplona Filho (2018) apontam que:

[...] o avanço tecnológico típico do século XXI, nos apresenta o atualíssimo ‘adultério virtual’. Inicialmente, cumpre-nos fazer um importante registro terminológico. Posto seja corrente e usual a expressão adultério virtual, para caracterizar relações espúrias de afeto ou intimidade pela via eletrônica — *e-mails*, *chats*, comunidades da internet (a exemplo do *Orkut*) — quando um ou ambos os agentes são casados, é forçoso convir que, por não haver contato físico entre os amantes, mais adequado seria utilizarmos a expressão ‘infidelidade virtual’ para caracterizar esse tipo de comportamento transgressor. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 301).

Ainda segundo Gonçalves (2018):

Quando a conduta pessoal reflete uma variedade de situações desrespeitosas e ofensivas à honra do consorte, uma forma de agir inconveniente para pessoas casadas, inclusive a denominada ‘infidelidade virtual’ cometida via Internet, pode também caracterizar-se a ofensa ao inciso V do aludido art. 1.566, que exige ‘respeito e consideração mútuos’. (GONÇALVES, 2018, p. 185).

Entrementes, é possível observar que a admissibilidade da infidelidade virtual não se encontra pacificada em doutrina. Farias e Rosenvald (2019), por exemplo, entendem que “o adultério virtual não implica violação ao dever de fidelidade, pela falta de contato físico, mas

sim em martirização ao dever conjugal de respeito e lealdade”. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 280).

Não obstante, é mister pontuar que, conforme restou apresentado nas seções anteriores, a noção de fidelidade na sociedade contemporânea não deve ser dissociada de outros aspectos, como lealdade, respeito, consideração mútuos e confiança. Daí porque não se afigura razoável negar a quebra da fidelidade, quanto operada no campo virtual, tomando como premissa e fundamento a inexistência do contato físico.

Dessa maneira, ao se referir às espécies de infidelidade, Paiva (2014, p. 57) assevera que o adultério – assim compreendido como a cópula vaginal – não é a única forma de quebra do dever de fidelidade conjugal. Em princípio, a violação ao dever de fidelidade conjugal surge pela prática de relações sexuais com pessoa estranha ao casamento, assim como por atos dirigidos à satisfação do prazer sexual, que não necessariamente passam pela conjunção carnal.

Tartuce (2019), ao tratar do tema, sinaliza que a compreensão contemporânea sobre a fidelidade reclama a admissão de novas modalidades de infidelidade – dentre as quais, a virtual – adaptadas à realidade do século XXI. Assim, para o referido autor, é plenamente admissível a caracterização da infidelidade virtual

[...] nos casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela Internet. Esses contatos podem ocorrer por meio de *chats*, *e-mails*, Skype e Google Talk (comunicação via telefone e computador), e por comunidades virtuais como o Facebook. Para tanto, não haveria necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade, havendo, no caso, uma conduta desonrosa do cônjuge que pratica tais atos (art. 1.573, VI, do CC). (TARTUCE, 2019, p. 114).

Segundo Paiva (2014)

Na atualidade, o mundo virtual não se restringe apenas à esfera da comunicação e da informação; atinge o meio econômico, e em especial, a inteligência, a sensibilidade, bem como os corpos; através da constituição do ‘nós’, do estar juntos; através da soberania virtual representada pelas mensagens, conversas on-line, comunidades e empresas virtuais. (PAIVA, 2014, p. 65).

Para Bauman (2004),

[...] a proximidade virtual ostenta características que, no líquido mundo moderno, podem ser vistas, com boa razão, como vantajosas – mas que não podem ser facilmente obtidas sobre as condições daquele outro *tête-a-tête*, não virtual. Não admira que a proximidade virtual tenha ganhado a preferência e seja praticada com maior zelo e espontaneidade do que qualquer outra forma de contiguidade. A solidão por trás da porta fechada de um quarto com telefone celular à mão pode parecer uma condição menos arriscada e mais segura do que compartilhar o terreno doméstico comum. (BAUMAN, 2004, p. 84).

Araújo (2014) afirma que:

Portanto, sendo um espaço de tantas possibilidades, a Internet passou a ser uma aliada aos infieis na realização de uma traição. Diante do cenário de anonimato relativo, as pessoas se sentem mais à vontade para dar asas à sua imaginação. Nesse contexto, é que se vislumbra o resultado de uma pesquisa realizada pelo *site* Terra, em que foi perguntado aos usuários se a Internet facilitava a infidelidade. A resposta foi a seguinte: ‘53,12% responderam que sim, 3,54% responderam que não e 43,34% responderam que sim, se a pessoa já está motivada a trair.’
A traição virtual é caracterizada quando pessoa casada mantém relacionamento com outra através da Internet – utilizando-se das ferramentas de *e-mail*, *chats*, *sites* de relacionamento como Facebook, webcam, e, ainda de forma mais atual e dinâmica, o aplicativo WhatsApp –, trocando mensagens amorosas, sexuais, fazendo confidências, compartilhando sua rotina. Ou seja, passa a existir um novo parceiro em sua vida, verdadeiro estranho ao casamento, só que dessa vez de forma virtual, sem qualquer contato físico. (ARAÚJO, 2014).

Neste contexto, importa esclarecer o sentido e o alcance da expressão virtual, cuja origem vem do latim *virtualis*, derivado do *virtus*, a designar força, potência (Levy, 1996). Segundo esse autor (1996), na filosofia escolástica, a expressão “virtual” designa

o que existe em potência, e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado, no entanto, à concretização efetiva ou formal. [...] Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real, mas ao atual. (LEVY, 1996, p. 15).

Ainda segundo Lévy (1996), sobre a virtualização:

A virtualização pode ser definida como o movimento inverso da atualização. Consiste em uma passagem do atual para o virtual, em uma ‘elevação à potência’ da entidade considerada. A virtualização não é uma desrealização (a transformação de uma realidade num conjunto de possíveis), mas uma mutação de identidade, um deslocamento do centro de gravidade ontológico do objeto considerado: em vez de se definir principalmente por sua atualidade (uma ‘solução’), a entidade passa a encontrar sua consistência essencial num campo problemático. Virtualizar uma entidade qualquer consiste em descobrir uma questão geral à qual ela se relaciona, em fazer mutar a entidade em direção a essa interrogação e em redefinir a atualidade de partida como resposta a uma questão particular.

[...]

Com isso, a virtualização fluidifica as distinções instituídas, aumenta os graus de liberdade, cria um vazio motor. Se a virtualização fosse apenas a passagem de uma realidade a um conjunto de possíveis, seria desrealizante. Mas ela implica a mesma quantidade de irreversibilidade em seus efeitos, de indeterminação em seu processo e de invenção em seu esforço quanto à atualização. A virtualização é um dos principais vetores da criação da realidade. (LÉVY, 1996, p. 17).

Neste sentido, Bauman (2004) sinaliza que:

A proximidade virtual e a não virtual trocaram de lugar: agora, a variedade virtual é que se tornou a ‘realidade’, segundo a descrição clássica de Émile Durkheim: algo que fixa, que ‘institui fora de nós certas formas de agir e certos julgamentos que não dependem de cada vontade particular tomada isoladamente’; algo que ‘deve ser reconhecido pelo poder de coerção externa’ e pela ‘resistência oferecida a todo ato individual que tenda a transgredi-la’. A proximidade não virtual termina desprovida

dos rígidos padrões de comedimento e dos rigorosos paradigmas de flexibilidade virtual que estabeleceu. Se não puder imitar aquilo que esta transformou em norma, a proximidade topográfica vai se tornar um ‘ato transgressão’ que certamente enfrentará resistência. E assim se permite que a proximidade virtual desempenhe o papel da genuína e inalterada realidade *real* pela qual todos os outros pretendentes ao *status* de realidade devem se avaliar e ser julgados. (BAUMAN, 2004, p. 83).

Cumprido destacar, portanto, que os relacionamentos virtuais, embora desprovidos do contato físico, não deixam de ser reais. Eles são reais, pois a virtualização consiste em vetor de criação de realidade, conforme explicado por Levy (1996). Assim, é inegável a realidade da infidelidade virtual e o seu reconhecimento é imperativo no contexto da sociedade do século XXI.

Segundo Maluf (2012):

Na pós-modernidade, a manutenção de laços afetivo-eróticos virtuais dá ensejo à infidelidade, dando origem à conduta desonrosa, em face da ausência de conjunção carnal para a configuração do adultério. ‘Frente a um relacionamento desgastado, passa o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência’.

Frente à estrutura basilar do amor platônico, já enfrentado em capítulo próprio, concordamos com Maria Helena Diniz quando aduz que ‘o laço erótico-afetivo-platônico com pessoa sem rosto e sem identidade pode ser mais forte do que o relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao consorte’[...]. (MALUF, 2012, p. 430).

Sob esta perspectiva, Paiva (2014) acentua que, no mundo virtual, o início do relacionamento não necessariamente passa pelo contato físico.

[...] Na Internet, as armas de sedução podem ser desde um simples *emoticons*, o qual pode mandar beijos, abraços, representando a linguagem corporal [...], sem levantar nenhuma suspeita para o cônjuge na vida real. (PAIVA, 2014, p. 67).

E prossegue a referida autora: “[...] esse tipo de infidelidade pode transformar-se em um relacionamento real e duradouro. Pois, o que era apenas um modo de fugir da rotina e liberar algumas fantasias eróticas, termina envolvendo intimamente os ‘amantes’”. (PAIVA, 2014, p. 67).

É incontroverso que todo relacionamento virtual se concretiza no campo virtual, ou seja, no ciberespaço, mediado pela Internet. E tais relacionamentos, que podem ou não revestir-se de conotação sexual, permitem ampla interatividade pelo uso das tecnologias, com uso de câmeras, telas interativas, etc, permitindo que as pessoas ultrapassem limites entre o virtual e o imaginário.

Vale notar que, embora no campo virtual não haja contato físico, é certa a existência de um relacionamento entre as pessoas conectadas *on line*. Não raro, inclusive este relacionamento se desdobra na prática de sexo virtual, com interação entre os participantes,

permitindo até mesmo o uso dos sentidos (a exemplo da visão e da audição) e o compartilhamento de sentimentos na busca da satisfação sexual. A toda evidência, a prática do sexo virtual – com o despertar dos sentidos que não necessariamente passam pelo contato físico – revela um tipo de relacionamento que já significa algo além do puramente abstrato, ingressando já na esfera de uma realidade (virtual).

Assim sendo, é possível caracterizar a infidelidade virtual “[...] quando uma pessoa casada ou que viva em união estável e, mesmo assim, passa a manter um relacionamento afetivo de cunho erótico com terceira pessoa, estranha ao relacionamento afetivo/conjugal” (PAIVA, 2014, p. 59). Ainda para o autor (2014),

[...] é importante perceber que, para a concretização da infidelidade virtual, basta, apenas, a existência dos atos que levam a parceiros virtuais e prazeres sexuais e afetivos, sendo, desta forma, indispensável o envolvimento físico entre os amantes. (PAIVA, 2014, p. 70).

E dado o avanço do debate sobre o tema da infidelidade virtual – e como ele reverbera na sociedade do século XXI –, é possível observar a sua repercussão, também, no âmbito dos tribunais pátrios. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão monocrática proferida no Agravo em Recurso Especial AREsp 1269166 – SP (2018/0064652), que teve como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, julgada em 18/12/2018 e publicada no DJe em 01/02/2019, restou decidido que:

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado: INDIGNIDADE. CÔNJUGE. INFIDELIDADE VIRTUAL. COMPROVAÇÃO. CESSAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Litispendência. Pressuposto processual negativo. Correlação com ação de separação judicial. Impossibilidade. Ausência de identidade entre os elementos identificadores da ação. Efeitos diversos. Extinção afastada. Julgamento do mérito, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC Indignidade. Cônjuge. Reconhecimento. Infidelidade virtual comprovada nos autos. A ré manteve relacionamento afetivo com outro homem durante o casamento. Troca de mensagens eletrônicas de cunho amoroso e sentimental. Caracterização de infidelidade, ainda que virtual. Ofensa à dignidade do autor. A infidelidade ofende a dignidade do outro cônjuge porquanto o comportamento do infiel provoca a ruptura do elo firmado entre o casal ao tempo do início do compromisso, rompendo o vínculo de confiança e de segurança estabelecido pela relação afetiva. A infidelidade ofende diretamente a honra subjetiva do cônjuge e as consequências se perpetuam no tempo, porquanto os sentimentos negativos que povoam a mente do inocente não desaparecem com o término da relação conjugal. Tampouco se pode olvidar que a infidelidade conjugal causa ofensa à honra objetiva do inocente, que passa a ter sua vida social marcada pela mácula que lhe foi imposta pelo outro consorte. Mesmo que não se entenda que houve infidelidade, a grave conduta indevida da ré em relação ao seu cônjuge demonstrou inequívoca ofensa aos deveres do casamento e à indignidade marital do autor. Indignidade reconhecida. Cessação da obrigação alimentar declarada. Procedência do pedido. Recurso provido Nas razões de recurso especial, alega a parte agravante violação do artigo 1.078, parágrafo único, do Código Civil, além de divergência jurisprudencial. Sustenta que as provas para seu suposto comportamento

indigno foram forjadas pela parte adversa, de modo que o Tribunal de origem não poderia ter declarado o fim da obrigação de prestar alimentos.

Assim posta a questão, observo que o recurso não poderia ser acolhido sem reexame de prova, a partir da qual se poderia concluir, como pretendido, pela inexistência de comportamento indigno.

Com efeito, o dispositivo tido por violado reza o seguinte:

Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

No caso, o Tribunal de origem entendeu provado o requisito para a exoneração da obrigação de alimentos e destacou que a parte agravada juntou documentos a evidenciar a relação amorosa entre a agravante e terceiro. Afirmou, também, que a agravada não produziu provas, limitando-se, em defesa, a impugnar a validade da prova e a lisura do trabalho do tabelião que lavrou ata com a transcrição das mensagens eletrônicas.

Aplica-se ao caso a Súmula 7 do STJ.

O dissídio jurisprudencial, a seu turno, não foi comprovado. A agravante junta ementa do julgado colacionado como paradigma, mas não indica nenhuma circunstância a fim de demonstrar a semelhança do caso com o acórdão recorrido. Ausente o necessário cotejo analítico, não há que se falar em divergência.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo. (BRASIL, STJ, 2019).

Este precedente se apresenta de suma importância no estudo da infidelidade virtual, na medida em que revela que o Tribunal não apenas admitiu a infidelidade levada a cabo no campo virtual, como, também, lhe atribuiu consequências jurídicas (perda do direito aos alimentos pelo cônjuge infiel, por indignidade caracterizada diante da infidelidade virtual). A toda evidência, este entendimento deixa claro o caráter de efetivo dever jurídico da fidelidade – e não meramente moral –, assim como a realidade da infidelidade virtual.

E, ao comentar a decisão proferida no AREsp 1269166 – SP (2018/0064652), Regina Beatriz Tavares da Silva – advogada do agravado neste processo – afirmou que:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento recente, de relatoria da ministra Maria Isabel Gallotti, reconheceu a tese que defendo de que a traição no casamento e na união estável é descumprimento de dever conjugal que acarreta a aplicação de sanções ao infiel (Agravo em Recurso Especial n. 1.269.166 – SP – SP).

[...]

A infidelidade é comportamento indigno e quem é infiel, mesmo sendo dependente do marido ou da esposa, não tem direito à pensão alimentícia, a infidelidade ofende a autoestima do consorte traído e também a sua reputação social, ou seja, sua honra.

[...]

Como constou do acórdão do TJSP, de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Garbi, que foi atacado no recurso julgado pelo STJ, que manteve o julgado do TJSP, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti: [...]

Como consta da decisão do STJ, a norma legal que fundamenta a exoneração do dever alimentar do marido diante de infidelidade, ainda que somente virtual, da esposa, está no parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil: 'Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor'.

A luta valeu! Agora está coroada pelo STJ, que, inobstante tenha proferido decisão monocrática de inadmissibilidade de recurso especial, posicionou-se no sentido de que o comportamento indigno por infidelidade dá causa à perda da pensão alimentícia. (SILVA, 2019).

Ainda, cumpre mencionar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível número 1.0572.13.000343-5/001, que teve como relator o desembargador Otávio Portes, julgado pela 16ª Câmara Cível em 08/11/2017 e publicado em 22/11/2017, em que é possível observar a menção expressa à possibilidade de admissão da infidelidade virtual, conforme se verifica da ementa transcrita infra:

EMENTA: APELAÇÃO ADESIVA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PUBLICAÇÃO OFENSIVA EM REDE SOCIAL - DANO MORAL CONFIGURADO - FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - PRUDÊNCIA. A fixação do quantum do dano moral deve se ater: (1) à capacidade/possibilidade daquele que vai indenizar, já que não pode ser levado à ruína; (2) suficiência àquele que é indenizado, pela satisfação da compensação pelos danos sofridos. V.V. (RELATOR) **1. Não existe um conceito objetivo do que vem a configurar o ato de infidelidade, uma vez que se trata de viciosidade materializada a princípio apenas no campo psicológico do adúltero, e que pode se manifestar no mundo fenomênico sob diversas formas e graus de intensidade do contato com o(s) terceiro(s).** **2. Assim, não se pode afirmar com toda a precisão se ele (o ato de infidelidade) se consuma tão somente na conjunção carnal do adúltero com terceiro, ou mesmo se está configurado apenas pela projeção ou prospecção hipotética, imaginária e/ou virtual do cônjuge infiel.** 3. A despeito da dubiedade acerca da forma ou momento no qual se consuma a violação do dever de fidelidade, com relação à questão controvertida, incide a responsabilidade na sua modalidade subjetiva, assentada nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, devendo à respectiva a pretensão de indenização por dano moral ser interpretada à luz do elemento culpa (em seu sentido amplo), o que impõe a análise da intenção de um cônjuge em ridicularizar ou expor/lesar o outro. 4. Hipótese em que, a despeito de o teor da transcrição das mensagens virtuais de conteúdo/conotação nitidamente sexual(is) envolvendo o cônjuge e o terceiro, não se infere das demais circunstâncias o elemento volitivo que demonstre sua intenção de ridicularizar ou expor dolosamente o marido. 5. Por outro lado, a jurisprudência é no sentido de que veiculação de conteúdo ofensivo ou pejorativo em redes sociais (ou outro instrumento de mídia), com o escopo de expor o cônjuge ou parceiro é suscetível de responsabilização civil por dano moral. 6. Pertinente à quantificação do dano, o artigo 944 do Código Civil nos informa que, como regra, a indenização mede-se pela extensão do prejuízo causado. Sabe-se que, quanto ao dano moral, inexistem critérios objetivos nesse mister, tendo a praxe jurisdicional e doutrinária se balizado em elementos como a condição econômica da vítima e do ofensor, buscando ainda uma finalidade pedagógica na medida, capaz de evitar a reiteração da conduta socialmente lesiva. (MG, TJ, 2017). (Grifo nosso)

Nesta mesma linha de pensamento, admitindo-se a infidelidade virtual como violação ao dever de fidelidade conjugal, é plenamente possível afirmar a possibilidade de o cônjuge traído, ainda que no campo virtual, responsabilizar civilmente o cônjuge infiel, pleiteando, assim, indenização por eventuais danos morais, o que, todavia, será objeto de estudo do capítulo seguinte.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CÔNJUGES ENTRE SI POR DANOS MORAIS DIANTE DA INFIDELIDADE CONJUGAL VIRTUAL NA PÓS-MODERNIDADE

5.1 A Responsabilidade Civil dos cônjuges um para com o outro

O debate sobre a possibilidade, ou não, da responsabilidade civil do cônjuge pela violação do dever de fidelidade (seja de forma física ou virtual), reclama, previamente, uma análise sobre a própria circunstância de lesante e lesado unidos pelo vínculo do matrimônio, e se este fator afastaria a aplicação das regras gerais sobre responsabilidade civil – ou se, pelo contrário, este não constituiria um óbice à reparabilidade do dano moral.

Com efeito, a questão da admissibilidade, ou não, da responsabilidade civil dos cônjuges entre si somente pode ser adequadamente respondida a partir de uma análise acerca dos fundamentos utilizados para a exclusão ou limitação da responsabilidade dos cônjuges entre si, o que perpassa pela referência a ordenamentos jurídicos estrangeiros acerca do tema.

Ao sistematizar a análise dos princípios ou fundamentos excludentes ou limitantes da reparação de danos entre os cônjuges, Rodríguez (2017) os sintetiza nos seguintes termos:

Cuando de habla de daños en el marco de las relaciones familiares se suele relacionar su posible exigibilidad con la presencia de los principios que funcionan de modo excluyente o limitativo de este tipo de acciones:

La llamada inmunidad de la familia frente a la producción de daños.

La autossuficiencia de las reglas des Derecho de familia a la hora de dar solución a los conflictos entre familiares.

Junto a ellos se Suelen apuntar otros argumentos a favor de la resticción de estas acciones como la necesidad de preservar la paz familiar; la conveniencia del mantenimiento del patrimonio de la familia; el rechazo a pretensiones que no reporten ningún beneficio a la familia; la solidaridad entre familiares; las reglas no escritas de moralidad y los usos sociales; el peligro de proliferación de este tipo de demandas; incluso la presencia de límites institucionales como los cortos plazos de prescripción que desincentivan el ejercicio de acciones (RODRÍGUEZ *In* AMADO, 2017, p. 25).

Entrementes, é possível observar que, no sistema do *common law*, o uso do termo *interpousal immunity* ou imunidade conjugal traduziu a impossibilidade de um cônjuge pleitear a reparação pelo dano causado em virtude de um ato ilícito cometido pelo outro cônjuge – o que implicaria um privilégio que afastaria, no âmbito conjugal, a regra fundamental que obriga o autor de um ato ilícito a indenizar o lesado pelo dano dele decorrente (CERDERA, 2000).

Já no ordenamento jurídico anglo-saxônico, as decisões mais antigas que consagram este princípio tinham como fundamento o princípio do *unity of spouses* (CERDEIRA, 2000, p.

19), segundo o qual marido e mulher constituíam juridicamente uma só pessoa, donde resultava, tanto sob o ponto de vista substantivo quanto processual, obstaculizada a possibilidade de responsabilizar o cônjuge, civilmente, pela violação a direitos do outro cônjuge, ficando a regra excepcionada, todavia, no âmbito penal.

Ao analisar o princípio da imunidade familiar nos ordenamentos anglo-saxônicos Rodríguez (2017) esclarece que:

La conocida como regla de inmunidad de la familia, más propia de los tribunales de los ordenamentos anglosajones, no permitía las reclamaciones de daños entre familiares o esposos por una serie de argumentos (substantivos e procesales) basados en la unidad del matrimonio (el matrimonio es una sola persona, las reclamaciones se traducirían en un perjuicio patrimonial de la propia familia, etc.). (RODRÍGUEZ *In* AMADO, 2017, p. 26).

Há que se observar, contudo, que, com a evolução dos costumes e da família, este princípio do *unity of spouse* entrou em declínio, especialmente quando considerado em face de leis editadas na Inglaterra e Estados Unidos, que impunham sensível alteração na condição da mulher casada.

Não obstante, a lógica da imunidade remanesce sob o argumento da negativa da possibilidade de responsabilização civil do cônjuge pela violação aos direitos do outro cônjuge, dada a exigência de manutenção da paz doméstica e a tutela da harmonia familiar – embora se admitisse a ação proposta pela mulher no sentido de salvaguardar os seus bens.

Para Cerdeira (2000),

[...] a uma concepção hierárquica da família, que identificava no marido o chefe da família, correspondia a inaplicabilidade das regras sobre a responsabilidade civil. Todos os conflitos eram, pois, resolvidos no seio da própria família, de acordo com a vontade do marido-pai, considerado, assim, como uma verdadeira fonte do Direito. (CERDEIRA, 2000, p. 27).

Atribui-se à evolução social, cultural e à própria ruptura com o modelo patriarcal e hierarquizado da família o declínio da imunidade interconjugal, que veio, posteriormente, a ter o seu afastamento normatizado na Inglaterra.

Nos Estados Unidos, a derrogação da imunidade dos cônjuges se deu por meio do contrato de seguro. Isto porque se admitiu a obrigação da seguradora de indenizar os danos porventura provocados por um cônjuge ao outro. Por conclusão lógica e mediante exclusão do terceiro (seguradora), era forçoso reconhecer a possibilidade de um cônjuge responder frente ao outro por eventuais danos decorrentes da violação de direitos.

No que concerne a esta superação da regra de imunidade da família, Rodríguez (2017) sinaliza que:

Esa tendencia va abandonándose a lo largo del siglo pasado especialmente por la implantación de seguros y proliferación de accidentes de tráfico que permiten reclamaciones entre familiares que no perjudican el patrimonio (si bien no es una materia exenta de problemas), satisfaciendo los daños sufridos; así como por la distinta consideración de la posición de los cónyuges dentro del matrimonio, ya en plano de igualdad. (RODRÍGUEZ In AMADO, 2017, p. 26).

Neste particular, e sobre o sistema do *Common Law*, contudo, Espinoza (2016) observa que, apesar de se admitir a reparação de danos entre os cônjuges diante do descumprimento dos deveres matrimoniais, esta reparação somente terá cabimento se os cônjuges cometerem um ilícito de forma intencional ou gravemente negligente. Neste sentido, sua responsabilização em tal circunstância não é senão uma consequência da lógica da compensação ressarcitória de caráter punitivo. Assim, conclui a referida autora que:

Mas esta definición ha quedado expresada en casi todas las decisiones de los tribunales de justicia y, certamente, em las condenas que se determinan en el caso de la vulneración de bienes extra patrimoniales de los cónyuges, sin perjuicio de los estados experimentados em torno a dicha admisibilidad, independentemente de cuál fuese el motivo de la acción, tan solo basados em la inmunidad conyugal.

Em la actualidad solo quedan resabios de la teoría; son muy pocos los tribunales que niegan el derecho a reclamarle a uno de los cónyuges los daños y perjuicios derivados de su acionar. Sin embargo, la regla aludida, las exigências probatorias y las defensas argumentadas revelan que hasta ahora la tendencia no ha cambiado em su totalidad. Aunque em un sistema jurídico em constante cambio como este, es perfectamete posible que la conducta grave e intencional o manifestamente negligente no se requiera em el futuro. (ESPINOZA, 2016, p, 258).

Já nos ordenamentos jurídicos da Europa Ocidental, Cerdeira (2000, p. 31) observa que, embora a imunidade interconjugal não decorresse de uma corrente jurisprudencial firme, esta podia ser observada nos respectivos sistemas, diante da ausência de decisões judiciais sobre a matéria, a exemplo da França e Itália.

Na Alemanha, não se vislumbrava no casamento um obstáculo, em si, à aplicação das regras gerais sobre responsabilidade civil, rejeitando a doutrina e jurisprudência alemãs a existência de uma renúncia tácita dos cônjuges ao ressarcimento de danos porventura provocados por um ao outro.

Na sociedade contemporânea, contudo, é preciso destacar que o princípio da *interpousal immunity* – acima mencionado – se revela incompatível com a própria evolução da família. Como visto, a própria concepção de família sofreu sensíveis modificações, com também relevantes alterações dos papéis exercidos pelos membros da entidade familiar.

A família ganhou uma feição instrumentalizada e funcionalizada, atualmente regida pelos princípios da dignidade da pessoa humana – igualdade, liberdade, autonomia,

personalidade, dentre outros – e, assim sendo, esta concepção de família no século XXI já não se compatibiliza com a lógica da imunidade interconjugal.

Segundo Cerdeira (2000):

Em suma, queremos salientar a importância para a nossa investigação, das consequências determinadas pela diferente posição do indivíduo, enquanto familiar, em matéria de responsabilidade civil. Essas consequências podem ser sintetizadas na afirmação de que o sujeito goza, hoje, de todas as prerrogativas garantidas pelo ordenamento jurídico, mesmo no interior da família e, nesse sentido, as normas que tutelam a pessoa devem ser aplicadas, no círculo familiar, sem quaisquer obstáculos. (CERDEIRA, 2000, p. 53).

Diante do exposto, considerando o conceito de família na pós-modernidade, seus novos contornos e princípios de regência, revela-se incontroversa a possibilidade de responsabilização dos cônjuges entre si pela eventual violação a deveres recíprocos. No que concerne à violação dos deveres conjugais – e especificamente do dever de fidelidade –, contudo, esta conclusão reclama uma análise particularizada, dada a peculiar e especial natureza destes deveres no contexto da comunhão de vidas e afetos estabelecida pelo matrimônio, o que será feito na seção seguinte.

5.2 Infidelidade virtual e a responsabilidade civil do cônjuge infiel

A princípio e previamente à análise dos elementos da responsabilidade do cônjuge infiel pelos danos morais decorrentes da infidelidade virtual, faz-se necessário analisar, com brevidade e em termos gerais, a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto posto, a noção de responsabilidade civil na atualidade nos remete à ideia de responsabilizar o autor de uma conduta pelos danos eventualmente provocados a outrem, em razão desta. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019),

[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 61).

Esta noção de responsabilidade civil, portanto, se atrela à perspectiva de reparação do dano, cuja compreensão se revela variável no tempo e no espaço, em razão de fatores de ordem social, cultural, antropológica e histórica, atendendo à dinâmica e complexidade das demandas sociais postas em cada momento e em cada sociedade. Neste sentido, Farias, Netto e Rosenvald (2019) esclarecem que:

A responsabilidade civil, em certo sentido, esboça a súmula cultural de uma época. Ela reflete aquilo que entendemos por dano. A difícil separação entre o que deve e o que não deve ser reparado ou compensado. O discurso humano nem sempre v os danos do mesmo modo. Circunstâncias e valores ético-culturais definem o que determinada comunidade enxergar como dano (o permanente desafio de distinguir danos triviais daqueles injustos). O que antes, na linha do tempo, não era indenizável, hoje pode ser. Observamos, no século XXI, a ampliação dos danos indenizáveis. Se não podemos aplaudir todos os chamados novos danos, devemos, por outro lado, louvar a sensibilidade na proteção das situações jurídicas existenciais. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 24).

Com efeito, quanto à responsabilidade civil, o Brasil adotou como regra geral a responsabilidade subjetiva, nos termos do artigo 927 do Código Civil, que assim dispõe: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (BRASIL, 2002). Assim:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva,  o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito  pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o nus da prova de tal culpa do réu. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 66).

Verifica-se, portanto, que, na responsabilidade civil subjetiva, o debate sobre a caracterização da culpa (aqui referida em sentido amplo) – como elemento caracterizador do ato ilícito –  essencial e, neste aspecto, se apresenta a diferença entre esta espécie e a responsabilidade civil objetiva, de caráter excepcional no ordenamento jurídico pátrio, em que não se exige a demonstração da culpa.

Neste diapasão,  possível apontar, então, como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva a conduta, a culpa, o dano e o nexo causal. Em linhas gerais,  possível afirmar que a conduta culposa diz daquela ação ou omissão que  ensejadora da violação a um dever jurídico, sendo imputável a um determinado agente. Já o dano  toda sorte de prejuízo experimentado pela vítima em face desta conduta (seja ele extrapatrimonial ou patrimonial). Por fim, o nexo causal diz da ligação entre a conduta e o dano, ou seja, que este  uma consequência daquele.

Acerca dos elementos ensejadores ou pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, Cavalieri Filho (2019) pontua que:

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há, primeiramente, um elemento formal, que  a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que  o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão ‘aquele que, por ação

ou omissão voluntária, negligência ou imperícia’; b)nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões ‘violar direito ou causar dano a outrem’. Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 32).

Outrossim, importa distinguir a responsabilidade civil contratual da extracontratual, distinção esta baseada na própria natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano.

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual [...]. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 69).

Cavaliere Filho (2019), ao definir a responsabilidade civil contratual, esclarece que:

Em apertada síntese, responsabilidade contratual é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato. É infração a um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico, a cuja observância ficam adstritos. Há, portanto, na responsabilidade contratual tudo que há na responsabilidade extracontratual – conduta (que pode ser culposa ou não), nexo causal e dano. Mas, se a transgressão se refere a um dever estabelecido em negócio jurídico, a responsabilidade será contratual; se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual. Mínima, na realidade, é a diferença, a rigor não há distinção substancial entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Na essência, ambas decorrem da violação de dever jurídico preexistente. A distinção é tão singela que até já existe movimento no sentido da unificação da responsabilidade. [...] Mas a responsabilidade contratual tem ainda um sentido prático muito importante. Na solução dos casos concretos bastará examinar o contrato existente entre as partes e os deveres nele estabelecidos. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 377).

Consoante entendimento explicitado nos capítulos anteriores, o casamento tem uma natureza nitidamente contratual, sendo o dever de fidelidade conjugal um dever jurídico que figura como um dos efeitos pessoais do casamento, cuja observância se impõe a ambos os cônjuges, reciprocamente.

Nesta perspectiva, importa destacar que o pressuposto metodológico da análise desenvolvida nesta seção decorre da compreensão de que o casamento tem natureza jurídica contratual. Assim, o dever de fidelidade conjugal – tal qual pactuado e estabelecido entre os cônjuges – revela clara natureza de “dever jurídico contratual”. Fixadas estas premissas,

compreendida a responsabilidade do cônjuge infiel como subjetiva e contratual, resta, portanto, analisar, doravante, como se configura a responsabilidade civil do cônjuge infiel pela infidelidade conjugal no campo virtual.

Eis que, no ilícito conjugal e especificamente na infidelidade, os requisitos da responsabilidade civil subjetiva e contratual do cônjuge infiel se apresentam de forma muito clara, senão vejamos: a conduta culposa do cônjuge infiel, o dano indenizável (desde que concretamente identificado no caso concreto) e o nexo causal (que não resta inviável em face da complexidade da relação conjugal).

Não raro, a peculiaridade das relações conjugais é apresentada como motivo para excluir a responsabilização do cônjuge diante da eventual ofensa a um direito do outro, tendo esta posição respaldo tanto na doutrina da imunidade interconjugal quanto na doutrina da fragilidade da garantia dos deveres conjugais, entendimento este que, na contemporaneidade, não se afigura razoável.

Com efeito, a negativa da possibilidade de responsabilização no âmbito conjugal, diante da violação dos deveres conjugais, desde que presentes, no caso concreto, os elementos ensejadores da responsabilidade civil, é imperativa, como corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade e solidariedade familiar. Daí, a necessidade de investigar, de forma pormenorizada, como se delineia a responsabilidade do cônjuge infiel pela infidelidade virtual.

Entrementes, antes de adentrar neste aspecto propriamente dito, é preciso resgatar a ideia de que, nas relações conjugais, existem certos deveres e direitos que devem ser observados com boa-fé, seriedade e honestidade, sob pena de restar afetado o significado da relação entre os cônjuges. Esta é a razão pela qual, inclusive, se afirmou acima que as relações de casal são especiais.

E neste contexto, se ambos os cônjuges atribuem a esta promessa de fidelidade um valor fundamental em sua relação íntima, a infidelidade (virtual ou material) é uma grave falta de respeito, que atenta contra o bem-estar do outro cônjuge, que, decerto, esperava que fosse respeitado e observado com especial cuidado. Destarte, como corolário do paradigma da eticidade aplicado ao contexto das relações conjugais, é certo que se inflige a estas relações a boa-fé objetiva, donde resulta claro o emprego da vedação ao comportamento contraditório aos cônjuges.

Neste particular, forçoso é reconhecer que aquele que se propôs a manter com outra pessoa laços de afeto, dedicação e comunhão de vidas tem direito à reparação pelo sofrimento imensurável provocado pela infidelidade – ainda que virtual –, na medida em que se

demonstre a violação à dignidade da pessoa humana diante da conduta encetada pelo cônjuge infiel.

É preciso ressaltar que a descoberta da infidelidade na relação amorosa, via de regra, traz tristeza, mágoas e causa sofrimento emocional, ferindo a confiança, frustrando sonhos e um projeto de vida a dois.

E, no que concerne ao dever de fidelidade conjugal, especificamente, considerando que os cônjuges se tenham prometido (ou não), por meio do matrimônio, a exclusividade sexual, este dever é, a toda evidência, especial. E assim sendo, nele reside o aspecto de igual dignidade relacionado com a estrutura de autoridade e sujeição.

É possível perceber, portanto, que a negativa jurídica da responsabilidade derivada da infidelidade nega a estrutura de autoridade e sujeição mútua com a qual se impede, à parte desapontada, que exija juridicamente o reconhecimento de sua dignidade frente à outra.

Há que se esclarecer, contudo, que a responsabilidade, no caso da infidelidade conjugal, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial abaixo ilustrado, tem sido limitada a graves infrações ao dever de fidelidade. E este entendimento conciliaria os interesses relacionados à igualdade de gênero e ao juízo de reprovabilidade jurídica e social da conduta.

Neste sentido, vale trazer à colação a doutrina de Pinheiro (2004), segundo a qual:

A responsabilidade civil é um instrumento de tutela de todos os direitos subjectivos, e não um meio específico de garantia dos direitos de crédito (ou dos direitos reais); a lesão de direitos pessoais é susceptível de originar a constituição da obrigação de indemnizar; não é de esperar que os 'direitos com fundo ético' beneficiem de uma menor proteção. (PINHEIRO, 2004, p. 760).

Destarte, diante de demandas indenizatórias por danos morais decorrentes da infidelidade conjugal que demonstrem o grave despreço pelo bem-estar do outro, é certo que a responsabilidade pode ser aplicada sem maiores controvérsias e o melhor argumento para esta posição tem a ver com o dano à autonomia, em parte, e com a igual dignidade com a qual as pessoas devem se reconhecer para tratarem-se como livres e iguais.

Neste sentido, Monteiro e Silva (2019) assinalam que:

Desde que comprovada a existência de dano, moral e/ou material, decorrente da grave violação ao dever de fidelidade, cabe a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, com fundamento no art. 186 do Código Civil, de modo que o lesante pode ser condenado na reparação cabível, por meio de pedido cumulado com o de dissolução conjugal culposa (Cód. Civil, art. 1.572, *caput*, e Cód. Proc. Civil de 1973, art. 292, § 1º, I, II e III e novo Cód. Proc. Civil, art. 327, § 1º, I, II e III) ou de ação própria, a ser intentada, por prevenção, no juízo dissolutório, durante o seu curso, ou mesmo após a decretação da dissolução culposa. (MONTEIRO; SILVA, 2016, p. 229).

Ainda, segundo Gonçalves (2019),

A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge. Se extrapolar a normalidade genérica, pode ensejar indenização por dano moral. (GONÇALVES, 2019, p. 185).

A gravidade da violação ao dever de fidelidade, como elemento essencial à responsabilidade civil por danos morais devidos pelo cônjuge infiel ao cônjuge traído, inclusive, se revela, também, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde prepondera o entendimento segundo o qual a infidelidade, por si, não enseja a reparabilidade do dano moral. É o que se depreende da decisão proferida na Apelação Cível nº 70083227264, pela Décima Câmara Cível, cujo relator foi o Desembargador Jorge Alberto Schreiner, julgado em 05.03.2020, cuja ementa encontra-se transcrita abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INFIDELIDADE. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. - Caso em que o autor pretende ser indenizado pelos abalos extrapatrimoniais sofridos sob o argumento de que foi induzido a erro ao reconhecer como suas, filhas de sua ex-esposa, frutos de suposta relação adúltera. - A jurisprudência pátria entende que a infidelidade no contexto matrimonial, por si só, não é capaz de configurar abalo extrapatrimonial. - Não há comprovação de que a apelada tenha agido com dolo ao imputar ao demandante a paternidade das filhas. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70083227264, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 05-03-2020). (RS, TJ, 2020).

O mesmo entendimento é manifestado na decisão proferida na Apelação Cível nº 70081027435, pela Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, que teve como relator o desembargador José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 26-09-2019, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. DEMANDADO QUE PRETENDE A REFORMA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A PARTILHA DE VEÍCULO REGISTRADO EM NOME DE TERCEIRO. DESCABIMENTO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. Em se tratando de bem móvel, a transferência se dá pela tradição, nos termos do artigo 1.226 do Código Civil, sendo que o registro no DETRAN possui apenas natureza administrativa e tributária, se caracterizando como mero indício de propriedade. Diante disso, tem-se que o veículo encontrava-se na posse do apelante, que o tinha com ânimo de dono, o qual, inclusive, é o responsável pelo seguro do automóvel. Assim, não pode ser afastado do acervo partilhável, ainda que registrado em nome de terceiro. Em relação à condenação em danos morais, em razão de suposta infidelidade, tem-se que os meros dissabores decorrentes de decepções em relacionamentos amorosos, que podem ser marcados por sofrimento e frustração, como é o caso dos autos, não resultam, necessariamente, em indenização por danos morais. Isso porque, além do abalo psíquico e moral da vítima, necessário também que o demandado tivesse a intenção de causar tamanho sofrimento à ex-cônjuge, o que não restou comprovado no caso dos autos. Apelo parcialmente provido. Recurso adesivo desprovido. (Apelação Cível, Nº 70081027435, Oitava

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 26-09-2019). (RS, TJ, 2019).

No mesmo sentido, a decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 06634-59.2017.8.26.0564, proferida pela 9ª Câmara de Direito Privado, que teve como relator o desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino, julgada em 21.07.2020 e publicada em 25.07.2020, conforme se verifica na ementa transcrita abaixo:

APELAÇÃO. Ação de indenização por danos morais. Infidelidade. Violação de dever conjugal que não se caracteriza como ato ilícito passível de indenização. Frustração que não expõe a parte à situação vexatória para caracterizar ofensa a honra. Impugnação à gratuidade processual. Acolhimento. Comprovante de rendimentos que demonstra a capacidade financeira do autor. Ausência de comprovação de despesas que comprometam seus rendimentos. Revogação do benefício. Recurso adesivo provido. (SP, TJ, 2020).

É bem verdade que a exigência de demonstração da gravidade da violação ao dever de fidelidade conjugal – com a exposição do cônjuge traído a uma situação vexatória –, embora não implique diretamente uma oposição dogmática à reparabilidade do dano moral decorrente da violação ao dever de fidelidade conjugal, sob o ponto de vista prático, tal argumentação tem se colocado como verdadeiro óbice à obtenção de eventual indenização pelo cônjuge traído.

E, conquanto não se pretenda adentrar no debate sobre a prescindibilidade, ou não, da demonstração da gravidade da culpa como elemento ensejador da responsabilidade civil pela infidelidade, no sistema brasileiro, causa estranheza esta exigência, considerando que, em termos gerais, a gradação da culpa importa no debate da responsabilidade civil apenas no que toca à quantificação da indenização – não servindo, contudo, como elemento imprescindível à sua caracterização.

Neste ponto, interessante reflexão pode ser extraída do sistema norte-americano, que, numa perspectiva pautada pela liberalidade, admite estipulação relativa à hipótese de responsabilidade civil por infidelidade, independentemente da demonstração da gravidade da culpa. Basta resgatar a referência ao caso dos atores Catherine Zeta-Jones e Michael Douglas, que, ao se casarem, estabeleceram, por meio de contrato, que, em caso de divórcio, Douglas deveria pagar a Catherine US\$ 3,2 milhões por ano de casamento. Ainda, em caso de infidelidade, caberia a Douglas indenizá-la no importe de US\$ 5 milhões, hipótese de responsabilidade que independeria, portanto, da análise da gravidade da conduta.

Esta observação, considerando o caráter mutável da concepção de casamento, deveres conjugais e dano moral, é um convite à reflexão sobre novos parâmetros (inclusive de

dignidade da pessoa humana, conforme já se disse) de delimitação do dano moral decorrente da violação ao dever de fidelidade.

E, não obstante se observe a prevalência do entendimento segundo o qual a reparabilidade do dano moral decorrente da infidelidade esteja atrelada à demonstração da gravidade da violação ao dever jurídico de fidelidade imposto aos cônjuges, vale trazer à baila a reflexão de Mazzilli (2027), para quem este requisito não seria indispensável. Assim, para a referida autora:

La conducta que genera el daño no necesitaría, por lo tanto, manifestarse en un incumplimiento ‘grave y reiterado’, siendo suficiente, como se há observado, un comportamiento negligente o culposo. De hecho, la conducta antijurídica, que se manifiesta em concreto a través del incumplimiento de los deberes conyugales, es solamente um médio a través del cual se produce la lesión de um interés merecedor de tutela por parte del ordenamiento jurídico, como los derechos fundamentales de la persona. (MAZZILLI, 2017, p. 60).

Outrossim, cumpre notar que não obstante se possa observar uma tendência dirigida à admissibilidade da responsabilidade civil do cônjuge infiel pela reparação de danos morais – ainda que atrelada à demonstração da gravidade da violação ao dever de fidelidade –, importa destacar que este entendimento não é unânime. Araújo (2014), embora admita a caracterização da infidelidade no campo virtual, paradoxalmente conclui afirmando que:

No que tange ao dano moral, só há que se falar em indenização se ocorrer a exposição de forma pública dessa infidelidade, sujeitando o consorte traído a situações vexatórias decorrentes da infração ao dever de fidelidade recíproca. Justifica-se tal entendimento pelo fato de que não há como sancionar os desencontros amorosos de uma relação tão íntima como a de casamento, incluindo-se na vida conjugal para alcançar a verdade sobre o real culpado pela traição; verdade essa que nunca se terá. (ARAÚJO, 2014).

Apesar da lógica acima sustentada, é certo que, diante de tudo quanto exposto linhas atrás, esta posição não se mostra adequada à sociedade e ao Direito na atualidade. É preciso reconhecer, ainda, que a isenção da responsabilidade civil pela violação a direitos subjetivos, no caso específico do dever conjugal de fidelidade, colide, abertamente, contra a prioridade constitucional atribuída à dignidade da pessoa humana e com o próprio significado de respeito constante do rol de deveres conjugais.

Sobre o assunto, Pinheiro (2004) esclarece que:

[...] não pode ser ignorada a conexão entre as questões da garantia dos direitos gerais e da garantia dos direitos exclusivamente conjugais. A falta de uma proteção mínima ou plena traduz-se num acréscimo da utilização dos mecanismos concebidos para a proteção de outros tipos de posições. A doutrina da imunidade e a doutrina da fragilidade socorrem-se de argumentos semelhantes (v. g., a harmonia familiar). Na resolução das duas questões, tem de ser ponderado o princípio fundamental da tutela judicial dos direitos. Por isso, e no que toca à garantia dos direitos conjugais sexuais,

interessa apurar se os meios de proteção do Direito de Família são ou não suficientes, se os meios comuns são ou não apropriados e se a acumulação de ambos é ou não excessiva. (PINHEIRO, 2004, p. 757).

Entrementes, não obstante seja certa a impossibilidade de cumprimento coercitivo de certos deveres sexuais conjugais – dentre os quais, o dever de coabitação –, é preciso reconhecer, no ordenamento jurídico, a reparabilidade do dano decorrente da violação do dever conjugal de fidelidade, como instrumento de tutela jurídica de um núcleo intangível, amparado, essencialmente, na afirmação e preservação da dignidade humana, assim compreendida no seu aspecto mais amplo.

Neste sentido, resta claro que o cônjuge, incorrendo na violação ao dever de fidelidade conjugal, caracteriza a prática do ato ilícito civil indenizável, diante da violação a um dever jurídico, o que, nas palavras de Mazzilli (2017):

Respecto de la antijuridicidade de la conducta, sería suficiente recurrir a la violación del genérico deber jurídico ‘alterum non laedere’ y no necesariamente a la violación de un deber jurídico específico. De ahí que el debate acerca del proceso de dejuridificación de los deberes conyugales descrito anteriormente no debería poder influir de manera determinante sobre la resarcibilidad del daño moral em tales supuestos de hecho. (MAZZILLI, 2017, p. 59-60).

Especificamente no que concerne à reparabilidade do dano moral decorrente da quebra do dever de fidelidade conjugal no campo virtual (infidelidade cibernética), Nery (2006) pontua que:

A partir da devida coerência com o conceito de lesão moral magistralmente definido por Pontes de Miranda ao sinalizar que ‘sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, no nome, no crédito, no bem-estar ou no patrimônio, nasce o direito à indenização’, impõe-se admitir que, mesmo não implementado o conúbio carnal, é de se ter por violada a ética da correspondência dos valores morais do casamento formal ou das entidades familiares, porquanto inequívoca a sequela injuriosa suportada pelo parceiro vitimado, a quem assiste legitimidade para opor eventuais pleitos de ressarcimento e compensação por infringência do compromisso de fidelidade monogâmica, notório que tal conceito ostenta alargado espectro, sendo o adultério tão somente uma de suas espécies, escorando-se o senso de fidelidade muito mais num estado de espírito do que em regramentos promulgados pelo Estado.

Há, então, que se observar a gradação e a intensidade dos relacionamentos virtuais para aferir-se se e quando se verificou a vulneração da linha divisória entre a mera troca de mensagens e flertes diversionistas com ignotos e obscuros partícipes habitantes desse universo imaginário – conduta análoga àquelas voltadas para a excitação e ápice onanístico (também admitida a sua vertente feminina) – ou, por outro lado, se os navegantes/amantes já se utilizam do sigilo da internet para executar suas fantasias com parceiro fixo e determinado com troca de promessas e assunção de pactos futuros, ainda que irrealizados, mantendo contatos habituais e regulares, e praticando o chamado sexo virtual até seus ulteriores níveis de êxtase. Eis aí a infidelidade cibernética pelo que de mais próximo pode assumir do adultério. (NERY, 2006, p. 209-210).

E não se diga que o afastamento da discussão sobre a culpa, como elemento ensejador da dissolução do vínculo matrimonial, impede a reparabilidade do dano decorrente da infidelidade conjugal, pois é certo que o seu debate, no âmbito de uma ação indenizatória autônoma – ou mesmo de forma cumulada no bojo da ação de divórcio, em respeito ao princípio da economia processual –, não poderia ser afastado, sob pena de violação à garantia constitucional do acesso ao Judiciário.

Sobre este ponto, vale trazer à colação a reflexão de Ponzoni (2007) acerca do debate sobre a culpa, que, embora colocada antes da instituição do divórcio “incausado” no ordenamento brasileiro, afirmou a possibilidade de discussão sobre a culpa no bojo de ação de indenização por danos, deduzindo que:

[...] não podemos concordar com a total abolição da culpa em nosso ordenamento, o que ensejaria comportamentos prejudiciais à persecução da família, moralmente condenáveis em nossa sociedade [...]. Não raras vezes, se provado o ato ilícito, com o prejuízo à honra do cônjuge inocente, a culpa pode até mesmo ensejar o pagamento de indenização pelos danos morais sofridos. Além disso, pensamos que muitas vezes a intervenção do Estado se faz necessária para por fim a situações de grave prejuízo à personalidade.

Por isso, de forma atenuada, a noção de culpa deve prevalecer em nosso ordenamento. Ainda que a separação judicial possa ocorrer independentemente da culpa, ela possui grande importância, nos dias de hoje, pois justifica o pedido de indenização por danos morais, quando a conduta do cônjuge culpado agravou sensivelmente a honra daquele inocente. (PONZONI, 2007, p. 1014).

Com efeito, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, impedimento expresso ou tácito quanto à aplicação da tutela dos deveres conjugais e, especificamente, quando ao dever de fidelidade conjugal. Deste modo, o casamento não cria uma zona de exceção ao regime geral da responsabilidade civil quanto aos danos causados pela ofensa a um direito sexual conjugal.

É preciso destacar que o Direito de Família não compõe um sistema jurídico fechado e autossuficiente. Desta forma, a falta de uma previsão legal, no seu âmbito, que regule a hipótese não afasta, por qualquer modo, a possibilidade da responsabilidade civil entre os membros da família, que deve ser compreendida, portanto, a partir de uma remissão aos princípios gerais do Direito, dentre os quais, o dever de não lesar ninguém.

Plausível, portanto, falar em reparação por danos morais devida pelo cônjuge infiel ao cônjuge traído, diante da caracterização da infidelidade conjugal, ainda que virtual, posto que se afigura inegável a violação à sua dignidade e integridade psicológica e emocional, pela quebra de um dever inerente à lealdade e respeito que se espera de uma relação conjugal, na medida em que a infidelidade – seja material ou moral – implica a ruptura de uma comunhão de vidas e afetos.

Neste sentido, vale trazer à colação a reflexão de Nery (2006) acerca da infidelidade virtual (ou cibernética), para quem:

É bem certo que ao cônjuge/parceiro estigmatizado e ferido pela prática dessa ‘navegação amorosa’ – caracterize ela ou não, para uns e outros, adultério ou simplesmente infidelidade – assiste o incontrastável direito de pugnar não apenas pela ruptura do pacto familiar pela caracterização de induvidosa conduta desonrosa, como de igual forma pedir compensação de danos íntimos que lhe sobrevieram no plano subjetivo ou, ao menos, o sancionamento do infrator pelas vias bastantes e admissíveis no Direito Positivo brasileiro. (NERY, 2006, p. 212).

Por fim, embora a questão extrapole o recorte epistemológico do presente trabalho (razão pela qual a temática não será aprofundada nesta oportunidade), é preciso mencionar que a questão da eficácia *erga omnes* dos deveres conjugais traz à baila a questão da responsabilidade civil do terceiro – no caso, o cúmplice do cônjuge infiel – pela interferência indevida na relação conjugal.

Isto porque, embora a caracterização da conduta culposa do cônjuge infiel apareça de forma mais evidente – na medida em que o dever de fidelidade conjugal é inerente ao casamento e a sua violação caracteriza o descumprimento de um dever jurídico contratual – não significa a exclusão de eventual responsabilização do seu cúmplice.

Neste sentido, há que se pontuar que o cúmplice do cônjuge infiel – expressão que, por si, denota ser este o indivíduo que tem conhecimento da relação conjugal na qual interfere – responde pelos danos que porventura ensejar ao cônjuge traído, pois, “[...] agiu ilicitamente, por não ter respeitado dois limites extrínsecos do direito de liberdade sexual – a existência de um direito subjectivo de outrem que lhe era oponível e os bons costumes” (PINHEIRO, 2004, p. 763).

Apesar disso, urge esclarecer que não há no ordenamento pátrio impedimento ao reconhecimento da sua responsabilidade, especialmente quando analisamos as disposições do artigo 927, transcrito acima, combinadas com o artigo 942 do Código Civil, segundo o qual:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932. (BRASIL, 2002).

A análise dos dispositivos citados evidencia a responsabilidade solidária do parceiro do cônjuge infiel, que, conscientemente, mantém com ele relações de natureza íntima e sexual caracterizadoras da infidelidade.

Neste sentido, parece-nos forçoso reconhecer a possibilidade de preenchimento dos requisitos de responsabilidade civil em reação ao cúmplice do cônjuge infiel, especialmente quando considerada a previsão do artigo 942 do Código Civil acima transcrito.

Inclusive, o próprio sistema, como disposto no Código Civil em vigor, estabelece uma vedação direta à interferência no casamento, quando dispõe, no art. 1.513, que: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

Naturalmente que esta perspectiva somente poderia ser aplicada, caso o cúmplice do cônjuge infiel tenha ciência do casamento. Do contrário, seria ele tão vítima quanto o próprio cônjuge traído. Neste sentido, à semelhança do elenco de danos indenizáveis, reside a instrumentalidade do dever imposto ao terceiro, no sentido de vedação à interferência na relação conjugal, além do dever geral e a todos imposto de “não lesar ninguém”.

Sobre o tema, inclusive, Mazilli (2017) pontua que:

En particular, DE CASTRO Y BRAVO introduce la cuestión al considerar admisible la tutela aquiliana de los ‘derechos de familia relativos’ frente a terceros que ‘impidan o dificulten indebidamente su cumplimiento’. En la misma línea, LACRUZ BERDEJO habla de la posibilidad de una acción de responsabilidad civil frente a los cómplices de los daños causados por infracción de las ‘obligaciones recíprocas’, con particular referencia a los casos de adulterio y abandono. (MAZILLI, 2017, p. 187).

Por todo o exposto, resulta claro que os cônjuges se encontram vinculados a deveres jurídicos de natureza sexual, os quais conferem identidade própria ao casamento. E tais deveres, que compõem o núcleo intangível do casamento e privilegiam o aspecto pessoal em face do patrimonial, são igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico em vigor, como qualquer outro direito subjetivo, de modo que, uma vez violados, não afastam a possibilidade da responsabilidade civil diante dos danos eventualmente provocados pela sua ofensa, como instrumento de tutela jurídica dos direitos de natureza subjetiva.

E, em virtude do recorte temático dado ao presente trabalho, será investigado com mais vagar, na seção seguinte, a questão dos danos morais decorrentes da infidelidade virtual.

5.3 O dano moral decorrente da infidelidade virtual como instrumento de tutela jurídica da dignidade da pessoa humana em relação ao cônjuge traído

Inicialmente, cumpre esclarecer, no que concerne à caracterização do dano decorrente da infidelidade virtual, que, em razão do recorte temático do presente trabalho, a

análise desenvolvida neste capítulo, e mais especificamente nesta seção, ater-se-á exclusivamente ao estudo da reparação pelo dano moral.

Neste sentido, inclusive, há de se reconhecer na infidelidade uma violação ao dever de cuidado – no sentido de respeito, comunhão de vida – inerente à afetividade, que, como visto anteriormente, se apresenta na relação conjugal como um princípio cuja face é de dever jurídico imposto aos cônjuges.

Com efeito, a partir do entendimento da dimensão do dever de fidelidade conjugal, à luz do princípio da afetividade, é certo que cada cônjuge é credor do respeito do outro, sendo-lhes, por conseguinte, imposto um dever de absterem-se de impor humilhação por atitude ilegal ao outro cônjuge.

Destarte, na busca de satisfação pessoal em outra relação amorosa, não se autoriza o desprezo pelo sentimento do outro cônjuge. E, neste sentido, cumpre esclarecer, como visto acima, que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a relação de natureza íntima e conotação sexual com pessoa diversa do cônjuge, em si, não enseja o dano moral, senão quando dela resultar uma situação vexatória ou suficientemente grave, a ponto de transcender o mero desgosto pessoal.

Entrementes, a relação entre cônjuges se apoia na afetividade, como um sinal exterior de um sentimento entre ambos, de sorte que a infidelidade impõe ao cônjuge traído sofrimento, decepção e, não raro, um sentimento de humilhação, rejeição e mágoa.

E embora o rompimento da relação conjugal não configure a conduta ilícita ensejadora da responsabilidade civil, é preciso compreender, no que concerne à infidelidade conjugal, que o direito não pode premiar a desonestidade e a torpeza, quando estas causarem profundas dores, abalo psicológico e dor psíquica no cônjuge traído.

Em vista disso, partindo do pressuposto de que o casamento tem natureza contratual, e que o descumprimento culposo de qualquer obrigação contratual pode vir a ensejar o dever de indenizar, é forçoso reconhecer que não há óbice à responsabilização do cônjuge infiel. Vale dizer, a este deve se impor o dever de indenizar o cônjuge traído e sofredor da ofensa, posto que o casamento, como qualquer outro contrato, gera deveres e compromissos que lhe são inerentes.

Assim, desde que, no caso concreto, reste comprovada a real violação à honradez do cônjuge traído, que extrapole o mero aborrecimento, é devida a reparação pelo dano moral, assim configurado diante da violação à personalidade, à ofensa à integridade física, mental, ao bem-estar e à reputação e, por conseguinte, em última análise, à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, cumpre ressaltar que o dano moral foi admitido expressa e amplamente no Texto Constitucional (artigo 5, incisos V e X) – sendo, inclusive, cumulável com danos materiais – nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Atualmente, o dano moral tem sido reconhecido diante da violação aos direitos da personalidade e da agressão à dignidade da pessoa humana, demandando, então, na apreciação do caso concreto, bom senso prático, ponderação das realidades da vida e justa medida das coisas.

Com efeito, a personalidade no âmbito civil passou a ser considerada em dois aspectos: capacidade (sob o ponto de vista estrutural, indicando o ser humano a assumir a titularidade de relações jurídicas); conjunto de atributos da pessoa humana (estes atributos se irradiam da personalidade, tidos como inerentes e indispensáveis ao ser humano são considerados, em si mesmos, bens jurídicos dignos de tutela privilegiada).

Neste sentido, vale trazer à baila a lição de Pereira S. (2012), para quem:

A tutela jurídica da personalidade no âmbito das situações jurídicas privadas representa simultaneamente a tutela dos direitos fundamentais que, naquela situação específica, tiver sido violado ou ameaçado. Na verdade, o reconhecimento de que a pessoa é titular de direitos fundamentais constitui essencialmente a própria premissa para a compreensão da personalidade. A cláusula geral de tutela da pessoa humana que se depreende da constituição Federal inclui inegavelmente as situações de direito privado e pressupõe a possibilidade de aplicação das normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, também às relações privadas. (PEREIRA, 2012, p. 103).

Urge destacar que a ordem axiológica posta pela Constituição Federal de 1988 promoveu uma sensível mudança no sentido jurídico de personalidade e, neste contexto, o seu cerne gira em torno do valor da dignidade humana. Importante ressaltar que o ser humano ganha papel central na ordem jurídica e, doravante, a tutela da personalidade passa a ser “território comum, onde o público e o privado coexistem como verdadeira simbiose.” (PEREIRA S., 2012, p. 104).

Nesta acepção, é preciso reconhecer que, por meio da responsabilidade civil, assim considerada a reparação civil de danos, se materializa, também, o objetivo constitucional e do

próprio Direito Civil, consistente na tutela avançada da pessoa humana e, portanto, a afirmação de sua dignidade.

Sobre o tema, Moraes (2003) assinala que:

Recentemente, afirmou-se que o ‘dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade’. Se não se está de acordo, todavia, com a criação de um ‘direito subjetivo à dignidade’, como foi sugerido, é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante do nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, da contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha. (MORAES, 2003, pp. 131-132).

E, mais adiante, ao definir o dano moral, Moraes (2003) sustenta que:

[...] O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como princípio geral de respeito à dignidade humana).

Assim, no Brasil, é a ordem constitucional que está a proteger os indivíduos de qualquer ofensa (ou ameaça de ofensa) à sua personalidade. A ofensa tem como efeito o dano propriamente dito, que poder ser das mais variadas espécies, todas elas ensejadoras de repercussão sem qualquer conteúdo econômico imediato, reconduzíveis sempre a aspectos personalíssimos da pessoa humana – mas que não precisam classificar-se como direitos subjetivos – e que configuram, em *ultima ratio*, a sua dignidade. (MORAES, 2003, p. 132-133).

Destarte, e com vistas a corroborar este entendimento, é preciso salientar que:

[...] na experiência brasileira, a Constituição Federal é um marco, pois ancorou como fundamento da República a prioridade à dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), de forma a orientar toda atividade legislativa, estatal ou privada à consecução do projeto de realização do indivíduo como interesse superior e primeiro. Logo, toda a normativa civil deve não apenas ocupar-se do momento patológico do dano em indenização (responsabilidade civil), mas orientar-se no sentido de dirigir a atividade privada à concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana. (RODRIGUES, 2002, p. 33 *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.174).

Com efeito, a infidelidade pode caracterizar, para além da violação ao dever jurídico por lei imposto aos cônjuges, uma agressão à própria dignidade humana, na medida em que se configure, diante do caso concreto, a exposição do cônjuge traído à situação vexatória, constrangedora ou que lhe imponha um tal sofrimento, capaz de abalar a sua integridade psicológica.

Ademais, a infidelidade se configura como uma forma de violação ao princípio da afetividade, na medida em que implica a violação ao dever de cuidado entre os cônjuges, a ruptura com valores inerentes à relação conjugal, quais o respeito e a comunhão de vida.

E, na tutela dos direitos fundamentais – tomada a pedra basilar da dignidade da pessoa humana, conforme visto acima –, se impõe a todos um dever geral de abstenção, em razão do qual a ninguém é dado provocar o sofrimento a outrem impunemente, de modo que a dor decorrente da infidelidade conjugal, representada por transtornos, humilhações e constrangimentos, pode caracterizar o dano moral e, em assim sendo, não poderia deixar de ter uma reparação jurídica.

Neste sentido, Rodríguez (2017) sustenta que:

Los mismos límites infranqueables que implica en general el respeto a los valores y derechos regulado en la Constitución son exigibles entre los cónyuges o integrantes de una pareja, siendo especialmente importante en las relaciones personales el derecho a la libertad, la intimidad, el honor, libre desarrollo de la personalidad, dignidade, etc.

De este modo, fuera de la vía penal como ámbito de protección de las facetas más graves del incumplimiento de los deberes personales, podría reclamarse en daño por lesión de tales derechos.

Se trata de otra de las quiebras presentes a la indemnidad entre los esposos que em mi opinión está pendiente de un desarrollo importante y que, posiblemente seria la vía para poder entablar pretensiones económicas. Em algunos de los casos que después examinaremos creo que existen verdaderas infracciones del derecho al honor e intimidad de uno de los esposos, pero volveré sobre ello. Si de las circunstancias que rodean cada supuesto concreto puede deducirse una agresión a derechos como el honor (escarnio social, comportamientos especialmente insultantes que impliquen um trato degradante, humilhante, etc.) podría reclamarse la correspondiente reparación. (RODRÍGUEZ *In* AMADO, 2017, p. 30).

Sob esta perspectiva, Papayannis (2017) afirma que

si se niega jurídicamente la responsabilidad derivada de la infidelidade, entonces, se niega la estructura de autoridad y sujeición mutua, com lo cual se impede a la parte defraudada que exija jurídicamente el reconocimiento de su dignidade frente a la outra. (PAPAYANNIS *In* AMADO, 2017, p. 82).

Nesta toada, é preciso destacar que:

Como evidentes aplicações da dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana no âmbito da responsabilidade civil, há o compromisso do Estado Democrático de Direito em prover mecanismos de indenidade da pessoa humana. Em breves linhas, podemos sugerir os seguintes aspectos, que serão devidamente abordados ao longo deste livro: (a) amplíssima tutela às situações existenciais da pessoa humana, seja pela ameaça a um ilícito (tutela inibitória da personalidade), como após a concretização do dano (reparação pelo dano moral); [...]; (d) recusa de qualquer concepção que suprima a reparação pelo dano moral em razão do comportamento pretérito do ofendido, tal como o que consta da equivocada Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça: ‘Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento’. (FARIAS, NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 48).

A toda evidência, é a reparação civil pelo dano moral instrumento de tutela jurídica da dignidade da pessoa humana. E, neste sentido, é na efetivação da defesa e promoção integral da personalidade humana que reside o fundamento último e primeiro da reparação pelo dano moral.

Sobre este aspecto, é válido trazer à colação a lição de Moraes (2003), segundo a qual:

Assim, para efetivar a defesa e a promoção integrais da personalidade humana, é preciso ter em mente que a pessoa não será protegida porque é titular de um direito, mas o contrário. A proteção surge primeiro e decorrente dela; em seguida, configura-se o direito subjetivo ou o direito potestativo, ou faculdade – em suma, o que quer que seja aís adequado, como estrutura, para aquela determinada situação jurídica (isto é, para realizar aquela função).

Nesse sentido, o dano moral não pode ser reduzido à ‘lesão a um direito da personalidade’, nem tampouco ao ‘efeito extrapatrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial’. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica. (MORAES, 2003, p. 183-184).

Por todo o exposto, é imperioso concluir que, sendo a infidelidade (ainda que perpetrada apenas no campo virtual) uma grave violação aos deveres matrimoniais, ao princípio da afetividade aplicado à conjugalidade, à comunhão de vidas e afetos estabelecida pelo casamento, o reconhecimento da admissibilidade da reparação devida ao cônjuge traído, pelo dano moral dela decorrente, tem como fundamento a própria garantia da efetividade e promoção integral da dignidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O casamento é uma instituição histórica que, no curso do tempo, foi e é marcado pela tradição e outros fatores de ordem cultural, social, religiosa, biológica e jurídica.

No Brasil, desde a colonização, é possível identificar que o casamento esteve intrinsecamente relacionado com a religião Católica. Inclusive, atualmente, não obstante tenha o casamento uma natureza jurídica e civil, é certo que, indiretamente, remanesçam na sua regulação traços desta influência religiosa.

O Código Civil de 1916 graduou o casamento como forma de instituir a família legítima, numa perspectiva tradicional. Suas disposições, impregnadas pelo patriarcalismo, privilegiavam o homem – que era o “cabeça de família” – em detrimento da mulher, impondo limites à mulher casada.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, de certa forma, houve a ruptura da relação simbiótica entre família e casamento, de modo que outras formas de constituição familiar foram abraçadas pelo novo Texto Constitucional. A nova ordem constitucional reconheceu, assim, a multiplicidade de núcleos afetivos, deferindo-lhes, também, especial tutela jurídica.

Com efeito, após a vigência da Carta Magna de 1988, que insculpiu como princípio constitucional a dignidade da pessoa humana, uma sensível mudança se operou na norma infraconstitucional. Vale dizer, um novo colorido foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, que passou a ser pautado pela maior valorização do ser humano, de modo que o casamento passou a ser visto como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento do indivíduo e afirmação da sua cidadania e dignidade.

Por outro lado, é certo que, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma diferente regência sobre as famílias contemporâneas – e, naturalmente, sobre o casamento – foi encartada no ordenamento jurídico pátrio, que passou a ser norteado por direitos (ou princípios), quais a isonomia (igualdade), afetividade etc. Ademais, restaram ratificados outros princípios, como o da monogamia.

Fixadas estas premissas, é possível afirmar, numa perspectiva contemporânea, que o casamento é uma forma de constituição familiar solene entre duas pessoas, que, assim como as demais formas de constituição familiar, é destinatária de especial proteção do Estado. Nos termos do Código Civil de 2002, artigo 1.511, o “casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Neste contexto, é evidente no casamento a finalidade de criar uma comunhão de afetos, uma comunhão de vida, pelo estabelecimento de uma vida afetiva em comum, mediante a constituição de uma entidade familiar de cunho formal e solene.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do casamento e, com efeito, o desenvolvimento do tema ora proposto, qual seja, “Infidelidade virtual e responsabilidade civil: análise da indenização por danos morais decorrentes da violação ao dever de fidelidade conjugal no campo virtual”, torna imprescindível a identificação, no contexto contemporâneo, da preponderante natureza jurídica do casamento.

Sobre tal natureza jurídica, três correntes doutrinárias se destacam na tentativa de justificar a natureza matrimonial, quais sejam: institucional; mista ou eclética; negocial.

Segundo a teoria da natureza institucional, o casamento é uma situação jurídica que reflete parâmetros fixados previamente pelo legislador, constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado, donde resulta clara a rejeição a qualquer conotação negocial ao casamento.

A segunda corrente afirma a natureza mista ou eclética do casamento, segundo a qual este é um ato complexo, impregnado, ao mesmo tempo, por características institucionais e negociais.

Por fim, a terceira corrente vislumbra no casamento uma natureza negocial, afirmando ser ele um negócio jurídico. Esta teoria destaca o elemento volitivo como essencial à formação do casamento.

Nesta perspectiva, é possível afirmar que o casamento é um contrato de caráter solene, com rigorosos pressupostos prescritos em lei e que apresenta inequívoco interesse estatal.

Cumprido notar, todavia, que, sobre esta teoria em particular, muitas controvérsias surgem, na medida em que alguns de seus mais aguerridos defensores buscam, ainda, fazer uma dissociação entre o casamento e o contrato propriamente dito – cuja aplicação ficaria circunscrita aos negócios jurídicos patrimoniais. Com esta distinção, se busca afastar uma possível redução moral do casamento como estrutura ensejadora da família.

Sobre o tema, importa destacar que a definição da natureza jurídica do casamento reflete oscilações típicas do momento e do lugar, adotadas pelo Direito num determinado contexto. E justamente devido a essa compreensão, parece mais adequado afirmar, no contexto contemporâneo, que a natureza jurídica do casamento se aproxima mais de um contrato.

Fixada esta premissa, é preciso esclarecer que a análise dos deveres conjugais, no presente trabalho e, particularmente, do dever de fidelidade, foi feita numa perspectiva contratual, o que induz à compreensão de que estabelece entre os cônjuges deveres jurídicos que se confirmam diante da autonomia privada, aplicável às relações predominantemente privadas.

Neste sentido, é incontroverso que o casamento estabelece deveres jurídicos entre os cônjuges, em atenção, inclusive, à autonomia privada, cabendo a ambos estabelecer as balizas desta relação (desde que não impliquem violação à matéria de ordem pública). Assim, o casamento – e, conseqüentemente, os pactos estabelecidos entre os cônjuges - faz lei entre as partes.

No que concerne aos direitos e deveres dos cônjuges, estabelece o artigo 1.566 do Código Civil que são deveres de ambos: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. Estes deveres, postos pelo legislador em rol não taxativo e denominados “efeitos pessoais do casamento”, alcançam os cônjuges individualmente, revelando um conteúdo ético, insusceptível de apreciação pecuniária, pois implica direitos recíprocos e fundamentais à plenitude da relação conjugal.

Tais deveres deveriam ser mais adequadamente denominados de “direitos-deveres”, posto que, ao dever de um cônjuge corresponde o direito do outro, de natureza subjetiva.

Numa perspectiva mais tradicional, a análise dos deveres conjugais costuma conduzir à compreensão de que os mesmos são normas cogentes e, portanto, inderrogáveis por disposição de vontade dos cônjuges.

Todavia, já numa perspectiva mais contemporânea, pautada pela ideia de uma intervenção estatal reduzida no Direito de Família, se tende a flexibilizar esta abordagem, para afirmar a possibilidade, quanto a alguns dos deveres conjugais – e, particularmente, em relação ao dever de fidelidade e vida comum, dada a sua incidência na seara de uma realidade extremamente íntima dos cônjuges – de regulação por parte dos cônjuges, no âmbito da autonomia privada.

Este entendimento sugere, portanto, uma redução da interferência estatal no que concerne a certos deveres conjugais, pela ausência do interesse público no que se refere à vida íntima do casal.

Cumpre destacar, no entanto, que, quanto à análise dos deveres conjugais, em razão do recorte inerente ao tema proposto, a presente revisão de literatura limitar-se-á ao estudo do dever de fidelidade recíproca, inscrito no inciso I, do artigo 1.566 do Código Civil de 2002.

O dever de fidelidade recíproca é um dos aspectos do princípio monogâmico do casamento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua definição fica reservada à doutrina e à jurisprudência.

Comumente, se observa o vínculo da noção de fidelidade à vedação ao adultério, de modo que o dever de fidelidade imporia aos cônjuges, reciprocamente, o dever de absterem-se de manter relações carnavais de natureza sexual com terceiros.

Todavia, há que se ponderar que a adequada compreensão do dever de fidelidade na modernidade e, em especial, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, reclama a sua análise à luz do paradigma da eticidade, marcadamente no que toca aos reflexos da boa-fé nas relações entre os cônjuges, a indicar a exigência de um padrão ético comportamental, por parte destes, capaz de traduzir os valores propugnados pela lealdade, probidade, verdade, informação, correção, etc.

Deste modo, o dever de fidelidade na sociedade contemporânea ultrapassa a mera concepção de adultério – assim compreendido como a conjunção carnal com pessoa diversa do cônjuge – para alcançar um sentido mais abrangente, umbilicalmente ligado à noção de respeito e consideração mútuos, aspectos estes inerentes ao casamento.

Vale salientar que a fidelidade é o laço que envolve o dever de lealdade entre os parceiros, tanto no aspecto moral quanto material, devendo, desta forma, evitar envolvimento afetivo/erótico ou mesmo condutas que demonstrem tal interesse com pessoas estranhas ao relacionamento.

Neste sentido, é possível identificar no dever de fidelidade conjugal dois aspectos conjugados, quais o aspecto objetivo – em que se identificam atos materialmente direcionados à quebra da monogamia – e o aspecto subjetivo – em que se vislumbra o ânimo de, efetivamente, quebrar a monogamia.

A partir desta perspectiva, é possível, então, identificar no dever de fidelidade conjugal uma imposição de exclusividade de relações íntimas. Modernamente, portanto, pode-se afirmar que o alcance deste dever implica a obrigação de se abster de praticar ou consentir a prática de atos de natureza sexual com pessoa diversa do seu cônjuge, seja no campo físico ou virtual.

E, diante da realidade social vigente e do uso irrestrito das novas tecnologias, é possível antever a concretização de relações intersubjetivas – inclusive de natureza íntima e sexual – no campo virtual.

Neste contexto, importa esclarecer, o sentido e o alcance da expressão “virtual”, cuja origem remete ao latim *virtualis*, derivado do *virtus*, a designar força, potência. Como visto,

apesar de o virtual não passar a uma concretização efetiva ou formal, em termos rigorosamente filosóficos, ele não se opõe ao real.

Em verdade, a virtualização fluidifica as distinções instituídas, aumenta os graus de liberdade, cria um vazio motor. Se ela fosse apenas a passagem de uma realidade a um conjunto de possíveis, seria desrealizante. Ela implica, contudo, a mesma quantidade de irreversibilidade em seus efeitos, de indeterminação em seu processo e de invenção em seu esforço quanto à atualização. A virtualização é um dos principais vetores da criação da realidade.

Na virtualização, se opera o deslocamento do centro ontológico do objeto considerado, operando uma fluidificação das distinções instituídas, com o aumento dos graus de liberdade. Em verdade, a virtualização implica a equivalente irreversibilidade em seus efeitos, sendo, igualmente, vetor de criação da realidade.

Especificamente no que toca ao delineamento da infidelidade virtual, mister identificar, diante da propagação de relacionamentos no campo virtual, aqueles elementos que o caracterizam e o distinguem de outros relacionamentos de natureza física.

Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento da pesquisa sobre o tema proposto demandou uma compreensão acerca da própria Internet – rede mundial de computadores –, no mundo e no Brasil, uma vez que este é um instrumento de grande relevância na modernidade, na medida em que propicia a interação ampla e irrestrita de pessoas, seja com o objetivo de realizar negócios, pesquisa ou mesmo o estabelecimento de relacionamentos.

A Internet surgiu nos Estados Unidos da América, logo após a Segunda Guerra Mundial, com objetivos militares. Posteriormente, seu uso se difundiu entre entidades não militares, até que, na década de 90, popularizou-se a partir do desenvolvimento do “WWW”, que propiciou a grande expansão da Internet, de tal sorte que, no mundo moderno, não se concebe o isolamento da rede, que ingressou de tal forma na vida das pessoas, que passou a ser uma necessidade de extraordinária importância – havendo, inclusive, quem afirme o direito fundamental de acesso à rede mundial de computadores.

No que concerne à difusão de relacionamentos afetivos no campo virtual, faz-se importante delinear o que caracteriza os chamados relacionamentos virtuais.

E, nesse aspecto, vale esclarecer que o relacionamento virtual pode se dar de duas formas: a síncrona, em que os usuários estão concomitantemente conectados e se relacionam em tempo real, a exemplo do que ocorre em salas virtuais de bate-papo; e a assíncrona, que não se verifica em tempo real e é mediada pelo uso de *e-mails* e dos *sites* de comunidades *on line* ou virtuais, como o Facebook.

É incontroverso que todo relacionamento virtual se concretiza no campo virtual, ou seja, no ciberespaço, mediado pela Internet. E tais relacionamentos, que podem ou não revestir-se de conotação sexual, permitem ampla interatividade pelo uso das tecnologias, com uso de câmeras, telas interativas, etc, permitindo que as pessoas ultrapassem limites entre o virtual e o imaginário.

Vale notar que, embora no campo virtual não haja contato físico, é certa a existência de um relacionamento entre as pessoas conectadas *on line*. Não raro, inclusive este relacionamento se desdobra na prática de sexo virtual, com interação virtual entre os participantes.

Entretantes, é certo que compete à doutrina e jurisprudência revisitar a concepção clássica sobre o dever de fidelidade para abraçar estas novas tessituras postas pela sociedade contemporânea, incrementadas pelos “usos modernos”, apresentando, de forma consistente e coerente, soluções para a dinâmica da vida.

Assim, é possível observar que, nestas circunstâncias, as relações íntimas estabelecidas no ambiente virtual podem configurar violações semelhantes às aquelas decorrentes de relações carnavais de natureza sexual.

Esta é a razão pela qual se afigura plenamente admissível afirmar que as relações intersubjetivas estabelecidas no campo virtual são reais. Assim, as relações platônico-afetivas de conotação sexual, estabelecidas no campo virtual com pessoa diversa do seu cônjuge, implicam efetiva violação ao dever de fidelidade conjugal, estabelecido pelo casamento, e configuram a infidelidade virtual. O mesmo entendimento se aplica, inclusive, às uniões estáveis.

Neste contexto de propagação de relacionamentos virtuais e, diante da perspectiva de delineamento da infidelidade virtual, torna-se evidente a necessidade de ampla reflexão, debate e estudo quanto à sua aplicação – especialmente se considerarmos o caráter evolutivo do Direito de Família – para que, então, se torne possível o enfrentamento do seguinte problema: diante da violação ao dever de fidelidade conjugal no campo virtual, como se daria a responsabilidade civil do cônjuge infiel e seu parceiro no que concerne aos danos morais?

A quebra do dever de fidelidade conjugal pelo estabelecimento de relações de natureza íntima e sexual no campo virtual caracteriza a infidelidade virtual. Esta pode ser configurada diante de toda forma de atividade sexual exercida por pessoa que tenha um prévio compromisso estabelecido pelo casamento ou união estável, mediada por aparelhos tecnológicos e intermediada por programas ou aplicativos.

Neste diapasão, admitindo-se a infidelidade virtual como violação ao dever de fidelidade conjugal, é plenamente possível afirmar a possibilidade de o cônjuge traído, ainda que no campo virtual, responsabilizar civilmente o cônjuge infiel, pleiteando, assim, indenização por eventuais danos morais.

Entrementes, forçoso é reconhecer que aquele que se propôs a manter com outra pessoa laços de afeto, dedicação e comunhão de vidas, tem direito à reparação pelo sofrimento imensurável provocado pela infidelidade – ainda que – na medida em que se demonstre a violação à dignidade da pessoa humana.

Destarte, a descoberta da infidelidade na relação amorosa traz tristeza, mágoas e causa sofrimento emocional, ferindo a confiança, frustrando sonhos e um projeto de vida a dois.

Todavia, é importante ressaltar que não bastaria a afirmação do cônjuge traído, no sentido de que houve a sua violação moral pela infidelidade virtual, sendo imprescindível a demonstração efetiva da concretização de um gravame moral.

Com efeito, quanto à responsabilidade civil, o Brasil adotou como regra geral a responsabilidade subjetiva, nos termos do artigo 927 do Código Civil, que assim dispõe: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (BRASIL, 2002). É possível apontar, então, como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva a conduta, a culpa, o dano e o nexo causal.

Em linhas gerais, é possível afirmar que a conduta culposa diz daquela ação ou omissão que, ensejadora da violação a um dever jurídico, é imputável a um determinado agente. Já o dano é toda sorte de prejuízo experimentado pela vítima em face desta conduta. Por fim, o nexo causal diz da ligação entre a conduta e o dano, ou seja, que este é uma consequência daquele.

A toda evidência, o delineamento da responsabilização do cônjuge pela infidelidade virtual tem natureza contratual e subjetiva, sendo fundamental, no caso concreto, demonstrar como se configuram os elementos apontados acima.

A caracterização da conduta culposa do cônjuge aparece de forma mais evidente, uma vez que, sendo o dever de fidelidade conjugal inerente ao casamento, a sua violação – ainda que no campo virtual, conforme explicitamos acima – caracteriza o descumprimento de um dever jurídico e, portanto, configura o primeiro elemento da responsabilidade civil.

A questão, todavia, apresenta um pouco mais de complexidade no que se refere ao parceiro do cônjuge infiel, especialmente diante da resistência encontrada no âmbito jurisprudencial em reconhecer a sua responsabilidade na hipótese de infidelidade.

Não obstante, urge esclarecer que não há no ordenamento pátrio impedimento ao reconhecimento da sua responsabilidade, em particular, quando analisamos as disposições do artigo 927, transcrito linhas atrás, combinadas com o artigo 942 do Código Civil:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932. (BRASIL, 2002).

Especialmente, se considerada a previsão do artigo 1.513, do Código Civil, que estabelece uma explícita vedação, com eficácia *erga omnes* quanto à interferência na relação conjugal.

A análise dos dispositivos citados evidencia a responsabilidade solidária do parceiro do cônjuge infiel, que, conscientemente, mantém com ele relações de natureza íntima e sexual no ciberespaço, caracterizadoras da infidelidade virtual.

Outrossim, no que concerne à caracterização do dano decorrente da infidelidade virtual, é preciso destacar que, em razão do recorte do tema proposto, o presente estudo se ateve exclusivamente à análise do dano moral, o qual foi admitido expressa e amplamente no Texto Constitucional (artigo 5, incisos V e X), sendo, inclusive, cumulável com os danos materiais.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a sua configuração diante da violação aos direitos da personalidade e da agressão à dignidade da pessoa humana, demandando, então, na apreciação do caso concreto, bom senso prático, ponderação das realidades da vida e justa medida das coisas.

Plausível, portanto, falar em danos morais em relação ao cônjuge traído, diante da caracterização da infidelidade conjugal no campo virtual, posto que se afigura inegável a violação à sua dignidade e integridade psicológica e emocional, pela quebra de um dever inerente à lealdade e respeito que se espera de uma relação conjugal, na medida em que a infidelidade implica a ruptura de uma comunhão de vidas e afetos.

REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antonio Garcia (Dir.). **La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares**. Barcelona: Wolters Kluwer, 2017.

ARAÚJO, Ingrid Pinto Cardoso. **Infidelidade virtual**. IBDFAM, 2014. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/974/Infidelidade+virtual>. Acesso em: 13 jun. 2020.

ARGENTINA. [Código Civil y Comercial de la Nación (2014)]. **Ley nº 26.994, de 7 de outubro de 2014**. Buenos Aires. Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_argentina_0837.pdf. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PIRES, Fernanda Ivo. Aspectos atuais dos deveres conjugais. *In*. MOREIRA, Lucia Vaz de Campos (org.). **Relações Familiares**. Curitiba: CRV, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade das relações humanas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2020

_____. [Código Civil de 1916]. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 09 de jul. de 2020.

_____. [Código Civil de 2002] **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

_____. [Código Penal]. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art240. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

_____. **Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. [Estatuto das Famílias]. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=596180&ts=1594021233825&disposition=inline>. Acesso em: 15 jul. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Agravo Regimental n. 1130816 MG (2008/0260514-0)**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS) Data de Julgamento: 19/08/2010, T3. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=UNI%D5ES+EST%C1VEIS+SIMU>

LT%C2NEAS&data=%40DTPB+%3E%3D+20100827+E+%40DTPB+%3C%3D+20100827 &b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Agravo no Recurso Especial n. 1.269.166 - SP (2018/0064652-9)**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 18/12/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90900800&tipo_documento=documento&num_registro=201800646529&data=20190201&formato=PDF. Acesso em: 27 de jul. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário n. 397762/BA**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 03/06/2008, T1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87718/false>. Acesso em: 07 de jul. de 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMPOS, Cybele Guedes. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6376. Acesso em: 16 out. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. **Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DONATI, Pierpaolo. **Família no Século XXI: abordagem relacional**. Trad. João Carlos Petrini. São Paulo: Paulinas, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 11. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1987.

ESPINOZA, Yasna Otarola. **Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil**. Mexico, DF, Madrid: Editorial Ubijus (Biblioteca Interamericana de Derecho), 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Elementos críticos do direito de família**: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Curso de Direito Civil: Famílias - v. 4**. Salvador: JusPodivm, 2019.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral - v.1**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família - v.6**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil - v. 3**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família - v. 6**, 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adulterio virtual / infidelidade virtual**. Disponível em: [http://www.ibdfan.org.br/artigos/autor/Marilene Silveira Guimarães](http://www.ibdfan.org.br/artigos/autor/Marilene_Silveira_Guimaraes). Acesso em: 26 out. 2019.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família**. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: Editora 34, 1996.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 1944. Título original: Les temps hypermodernes.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZILLI, Elisabetta. **La responsabilidad entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales.** El ‘contra ius’ constitucional y el daño moral. Navarra: Thomson Reuters, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0572.13.000343-5/001** – Minas Gerais. Relator: Desembargador Otávio Portes. Julgamento em 08/11/2017, publicação da Súmula em 22/11/2017. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=13&procCodigo=1&procCodigoOrigem=572&procNumero=343&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito da Família** – v. 2. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

MOREIRA, Lucia Vaz de Campos (org.). **Relações Familiares.** Curitiba: CRV, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família** - v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY, Nilson Guerra. **A infidelidade e o dano moral indenizável.** Recife: Bagaço, 2006.

PAIVA, Maria Aparecida Rocha. **A infidelidade virtual e a possibilidade de indenização por danos morais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PAPAYANNIS, Diego. El deber de fidelidade em las relaciones conyugales. *In*: AMADO, Juan Antonio Garcia (dir.). **La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares.** Barcelona: Wolters Kluwer, 2017.

PONZONI, Laura de Toledo. **Infidelidade virtual: realidade com efeitos jurídicos.** 2015. 285 f. Tese (Doutorado em Família na Sociedade Contemporânea). Universidade Católica do Salvador. Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Salvador, 2015.

_____. Infidelidade virtual: realidade com efeitos jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 983-1060, jan/dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67784/70392>. Acesso em: 07 jun. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e relações familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caldas Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais.** Coimbra: Almedina, 2004.

PORTUGAL. [Código Civil Português]. **Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966** (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06). Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 15 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70083227264**. 10ª Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schereiner Pestana. Julgado em 05.03.2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 03 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70082403338**. 18ª Câmara Cível. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. Julgado em 26.09.2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 03 ago. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRÍGUEZ, Cristina de Amunátegui. El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad. *In*: AMADO, Juan Antonio Garcia (dir.). **La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares**. Barcelona: Wolters Kluwer. 2017.

ROSEVALD, Nélon. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1006634-59.2017.8.26.0564**. 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: Rogério Murillo Pereira Cimino. Julgado em 21.07.2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13788783&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_594bb25cd21244cb9cc7a736bf367f49&g-recaptcha-response=03AGdBq25ytvudcj5k55rVyNgVYSh4qHSe9uILfHFuri-tpL0SmpPuXt8FmIscWIMF5CZssKhMv7dlj8tFgxtmHtXThqDThk3v0wai8nZQoIT2v7HSAQ1MaYORgqlpSVGREU7LwVs7TmNf_2fcdPMUNDUQRslrDINbhWM2NyE9lz4uFV_B1N4yQc-YXE7xzFHKkcLCoB87JKQUEpA18v7sAGIm3IWN11FfkXTy3H-dZ5flaYt1gENL10FRGJyA7Cwx6GXoc5p72ZMXnGS3b9hTosEWUgQ60dkVRphKniCbNIS6qfpeSsxQXyLFP42bA5r8dd0mvIuNHrH7d1yBlS4dDfuW4K6MAWrV7zk3TTIq8R-U5mQTxxwPHjTSqIYzanWi2pZ3zj8-8Z9DTVkshiPEsawiYYYOKu2g. Acesso em: 03 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O infiel não tem direito à pensão alimentícia**. ADFAS, 05.02.2019. Disponível em: <http://adfas.org.br/2019/02/05/o-infiel-nao-tem-direito-a-pensao-alimenticia-reconhece-o-stj/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família - v. 5, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VARGAS, Hilda Ledoux Vargas. **Filhos do coração: o reconhecimento jurídico da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas no Brasil.** 2015. 285 f. Tese (Doutorado em Família na Sociedade Contemporânea) – Universidade Católica do Salvador. Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Salvador, 2015.

VIEIRA, Eliana Alves Moreti. **A compensação por danos morais decorrente de infidelidade no casamento e união estável.** Disponível em: <https://elianamoretti.jusbrasil.com.br/artigos/455806952/a-compensacao-por-danos-morais-decorrente-de-infidelidade-no-casamento-e-na-uniao-estavel>. Acesso em: 17 out. 2017.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.