



FIDELIDADE CONJUGAL E HEIDEGGER: UMA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA SOB A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Marriage fidelity and Heidegger: a jurisprudence and doctrinal discussion under philosophical hermeneutics

Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão

Universidade Federal Fluminense – UFF - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5756015483623650> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8063-8861>

E-mail: advogado@advocaciafamiliar.com.br

Carolyne Ribeiro Rodrigues de Almeida

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7488163338442874> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0401-1845>

E-mail: orirac@yahoo.com.br

Eric Santos Andrade

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1295100572894793> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3857-0602>

E-mail: ericsantos13@gmail.com

Trabalho enviado em 24 de janeiro de 2022 e aceito em 19 de março de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2022, p. 1928-1953.

Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão, Carolyne Ribeiro

Rodrigues de Almeida, Eric Santos Andrade

DOI: 10.12957/rqi.2022.64884

RESUMO

Cuida-se de artigo que tem como problemática discutir a relação entre a hermenêutica filosófica de Martin Heidegger aplicada e o princípio da fidelidade conjugal do art. 1566 do Código Civil de 2002. Entende-se que Heidegger propõe um estudo do indivíduo na medida da sua essência, o que leva em consideração mais que o ente, desbrava-se o ser. O estudo do ser reside na dialética com a ontologia, fazendo com que se prestigie a peculiaridade de cada pessoa. Ao ser aplicado ao Direito pode-se discutir diversas problemáticas de ordem fundamental, entre elas a inflação dos direitos fundamentais, como resultado de uma necessidade social do desmembramento da Dignidade da Pessoa Humana. Outra discussão diz respeito à possibilidade da hermenêutica filosófica de Heidegger trazer uma solução efetiva para a efetividade dos direitos fundamentais. A análise destes temas leva a necessária discussão da relativização da aplicação do dispositivo cível acima que já não mais legitima a desimpedida intervenção Estatal na vida particular do ser, respeitando-se a boa-fé e os novos costumes sociais. A metodologia adotada cinge-se no desbravar de correntes doutrinárias, análise de artigos científicos, estudos jurisprudenciais e do próprio Direito.

Palavras-chaves: Martin Heidegger; Dignidade da Pessoa Humana; Fidelidade Conjugal; Jurisprudência; Hermenêutica filosófica.

ABSTRACT

This article deals with an article that discusses the relationship between the applied philosophical hermeneutics of Martin Heidegger and the principle of marital fidelity in art. 1566 of the Civil Code of 2002. It is understood that Heidegger proposes a study of the individual in the measure of its essence, which takes into account more than the being, the being is explored. The study of being resides in the dialectics with ontology, making each person's peculiarity prestige. When applied to Law, several fundamental issues can be discussed, including the inflation of fundamental rights, as a result of a social need to dismember the Dignity of the Human Person. Another discussion concerns the possibility of Heidegger's philosophical hermeneutics bringing an effective solution to the effectiveness of fundamental rights. The analysis of these themes leads to the necessary discussion of the relativization of the application of the civil provision above, which no longer legitimizes the unimpeded State intervention in the private life of the being, respecting good faith and new social customs. The adopted methodology is limited to breaking into doctrinal currents, analysis of scientific articles, jurisprudential studies and the Law itself.

Keywords: Martin Heidegger; Dignity of human person; Marital Loyalty; Jurisprudence; Philosophical Hermeneutics.



1. INTRODUÇÃO:

Talvez o maior desafio jurídico da atualidade não está na conquista de novos direitos. Direitos individuais, coletivos, transgeracionais, biotecnológicos e até cibernéticos recheiam os diversos códigos e legislações de diversos países. Mais que isso, acredita-se que há uma superinflação do corpo normativo, no qual novos direitos estão sendo criados com o intuito de promover uma igualdade socioeconômica, uma proporcionalidade nas possibilidades dentro das cidades e uma razão para se proteger a identidade de gênero dentro das famílias.

Não, o maior desafio do Direito hoje não está na conquista da codificação destes interesses legítimos. De que adianta a complexidade de uma prateleira recheada de interesses protegidos sem a efetividade da sua concretização? Na realidade, é vislumbrado que se o direito posto fosse interpretado de forma efetiva não haveria a necessidade de tantos desdobramentos.

Em momento algum se está justificando uma deficiência na conquista de novos direitos na sociedade moderna. Muito pelo contrário, esse processo global retrata uma consequência de um problema não resolvido. Nesse sentir, se não se chega à uma solução concreta para o problema do desdobramento desenfreado de direitos fundamentais a questão não está na produção descontrolada e no anseio da sociedade de reclamar por novos direitos a todo instante. Identificar o problema é a proposta desse tópico.

Deve-se considerar que a presente discussão não objetiva trazer uma solução definitiva à problemática desse efeito constatado na modernidade jurídica. A proposta é de contornar as controvérsias desse procedimento até se delimitar com uma maior clareza o núcleo do problema. A importância da discussão que se seguirá está na necessidade de crítica e reflexão do *modus operandi* que nossos aplicadores do direito, e até mesmo nós enquanto cidadãos titulares.

Segundo Gustavo Tepedino (2008, p. 61) há uma premissa comum entre as controvérsias jurídicas e a sociedade: ambas são dinâmicas. Está equivocada a afirmação de que a sociedade evolui, pois a evolução pressupõe um aperfeiçoamento de um estado anterior. A comunidade, no campo jurídico, sempre reconheceu que o homem possui naturalmente o direito de ser feliz, como em Aristóteles (REALE, 2007, p. 12). Para o filósofo a política sempre foi uma extensão da ética. Constitui uma das funções basilares do Estado promover condições para seus cidadãos serem felizes.

Depois de Aristóteles, Kant (2004, p. 17) descreveu seu interesse na reinterpretação do que é ser feliz. A vida humana ganha tamanha relevância para o filósofo que o ser deve ser um fim em

si mesmo, e não um meio. A partir de então a ideia de felicidade ganha novos contornos no campo filosófico. A ideia de dignidade passa a não ter um preço determinado, pois passa a constituir a qualidade máxima e inerente aos indivíduos.

Essa breve explanação considerar que a felicidade antecede ao próprio ordenamento jurídico, portanto, veio sendo ao longo de anos sendo discutida por meio da interpretação filosófica como parte do caráter de todo ser humano. Não muito distante, no pós 2ª Guerra Mundial, dá-se início a consagração da Dignidade da Pessoa Humana nas constituições do mundo, deflagrando-se com a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 (SARLET, 2007, p. 62). Desde então, os ordenamentos jurídicos passaram a contemplar uma série de alargamentos da Dignidade da Pessoa Humana, alcançando suas legislações infraconstitucionais, atos normativos, diretrizes e até mesmo regulamentos administrativos.

Em síntese, os novos desdobramentos de direitos, que inflacionam a própria Constituição dos países, representam dois lados de uma mesma moeda. Uma face é a representação de que o Direito necessita estar acompanhando as novas dinâmicas sociais, mas o outro representa uma debilidade na interpretação jusfilosófica da Dignidade da Pessoa Humana. Embora essa progressão histórica represente uma conquista jurídica, não deixamos de questionar que a mera reprodução contínua desses novos direitos, no final, sempre fez parte da efetividade da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse ponto, ainda que louvável o registro desses direitos nas Constituições como fundamentais, no final todos apontam para um único pressuposto jusfilosófico. A problemática, portanto, não está na especificação do que é considerado Dignidade da Pessoa Humana, pois o homem está longe de conseguir imaginar todas as hipóteses de dignidade possíveis, ligadas à ideia de felicidade (TEPEDINO, 2008, p. 59-60). Tentar fazer é inflacionar o ordenamento jurídico com inúmeros direitos que, quanto cada vez mais são enumerados, mais desafiadora torna a concretização de todos na mesma razão.

A interpretação, enquanto instrumento jusfilosófico, representa a confrontação da dogmática com a hermenêutica jurídica. Para Cleyson de Moraes Mello (2008a, p. 23), a hermenêutica filosófica, isto é, a interpretação do ser no nível ontológico, será a representação da concretização da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico, isso porque ela aponta para o foco de uma filosofia existencialista necessária.

A proposta vai estar na desconstrução do *ser* e do *ente* (HEIDEGGER, 2015, p. 57). Para Heidegger, a hermenêutica filosófica não está centrada em um método, como ela está nas ciências



naturais. A metodologia, que parte da observação do objeto, para o autor, não se aplica ao estudo do homem, uma vez que o ser humano, diferente de um objeto, tem uma dinamicidade a ser considerada no tempo e no espaço (MELLO, 2020, p. 11).

O estudo do indivíduo constitui uma ciência do espírito no qual deve ser admitido que a metodologia inalterável e definitiva é insuficiente. Cleyson de Moraes Mello (2018a, p. 26) justifica a necessidade de uma filosofia existencialista para ser aplicada ao Direito. O objetivo do autor é mostrar que é possível se valer da filosofia de Heidegger para mostrar que no campo do Direito a metodologia aplicável não é a mesma das ciências naturais, mas sim uma metodologia conhecida como método fenomenológico.

O estudo da fenomenologia não considera o seu objeto enquanto um padrão inalterável da causalidade do ser (HEIDEGGER, 1975, p. 31-32). Ao contrário, a fenomenologia é o caminho que leva à compreensão da ontologia e, conseqüentemente, é possível a partir de uma premissa maior (Dignidade da Pessoa Humana), verificar a análise do ser-aí (*Dasein*) como ser-no-mundo (MELLO, 2018a, p. 15).

Para os fins do presente estudo, o viés jusfilosófico mostra que a Dignidade da Pessoa Humana é a representação de um nível ontológico. Esse nível é o estudo do ser, o estudo da dignidade. A reflexão supracitada demanda a desconstrução do mundo do *ser* (mundo ôntico) e do *dever ser* (mundo normativo de Kelsen). O *dever ser* passa pela chamada teoria da imputação, enquanto que o mundo ôntico está pautado na teoria da causalidade.

O que se observou com Heráclito é que o Direito não deve ser visto apenas como um *dever ser*, pois a regra aplicada atualmente pode não ser considerada justa. Por isso, o Direito também passa pelo *dever*, pois passasse a vê-lo como um Direito em movimento, um Direito dinâmico, um Direito que está por vir. Dessa forma, é mais acertado que o Direito traga a ideia de justiça. O *dever* é, hermeneuticamente falando, um *poder ser*. E do poder ser pode-se interpretar mais de uma possibilidade para um mesmo indivíduo, e não uma regra dogmática de causa e efeito por meio de metodologias aplicadas (HEIDEGGER, 2015, p. 89).

A Hermenêutica fenomenológica é uma condição de possibilidades, com base na Dignidade da Pessoa Humana. Dessa forma, segundo Cleyson de Moraes Mello (2018a, p. 41), quando aplicada ao Direito pode-se afirmar que a Dignidade é a máxima do estudo e da interpretação do ser no nível ontológico. Isso importa na medida que para o estudo do Direito o âmago do problema que nos cerca atualmente não está na reprodução constante de novos direitos fundamentais, pois

todos eles, na verdade, sempre estiveram presentes na máxima da Dignidade da Pessoa Humana. O que faltava então? A hermenêutica.

A teoria da diferença ontológica de Heidegger difere de todas as teorias metodológicas ao considerar primeiramente o devir (MELLO, 2020, p. 19). Isso significa que existe um véu que cobre a essência do *ser* frente ao *ente*. *Ser e ente* constituem dois pressupostos filosóficos onde, segundo a metodológica clássica, o ser será igual ao ente. Essa visão metafísica ocidental, que sempre veio permeando a interpretação jurídica, criou verdadeiros obstáculos à interpretação da norma em sua forma mais eficaz (MELLO, 2018b, p. 05). A letra fria da lei se tornou verdade absoluta, não sendo possível admitir-se interpretações dissidentes. Noutro giro, a sociedade não ficou estagnada em um corpo redacional estático, mas sua dinamicidade obriga, por meio da ontologia clássica, que se reconheçam outros direitos A, B e C, que ao final são todos originários do direito D que sempre existiu.

É nessa medida que Heidegger explica como a ontologia clássica é superável e incompleta, pois ela insiste em esconder o ser atrás do ente, impedindo a busca pela sua essência e não reconhecendo ser possível a modificação de sua finalidade (MELLO, 2018a, p. 39). Um exemplo claro é o de um copo. A essência de um copo e ser um copo. Todavia, será que o copo vai ser sempre um copo? Se na hipótese for plantada uma flor dentro do copo pergunta-se: o copo continua sendo um copo? Ou está servindo a outra finalidade? É certa a afirmativa de que o copo virou um vaso, para todos os fins. Nessa linha da hermenêutica filosófica de Heidegger é assertivo afirma que o ser nem sempre é igual ao ente.

Por isso que quando Cleyson de Moraes Mello decidiu aplicar a teoria filosófica de Heidegger ao Direito e conseguiu abrir os olhos para a problemática da eficácia do direito deste século. Não é correto afirmar que o Direito deve ser visto como ente, como um objeto metodológico, senão continuaremos buscando um objeto estático no tempo e não a essência, isto é, aquela que acompanha a dinâmica social. Enquanto a essência do Direito permanecer encoberta pelo ente os agentes jurídicos continuaram a buscas novas fórmulas e desdobrarão novos direitos da premissa maior já presente no corpo da carta constitucional — a Dignidade da Pessoa Humana, prevista no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

É ainda preciso trabalhar o tema do ser, do dever ser e do devir. O ser do mundo ôntico não é o mesmo ser da ontologia, aquele que tem suas bases na busca da *ek-sistencía* do homem. O ser do ôntico está pautado na existência, na teoria da causalidade. O dever ser já parte da teoria da imputação, mas quando se chega a ontologia Heidegger sustenta que o estudo do ser será sobre sua



essência, a sua existência. Necessariamente, segundo Cleyson de Moraes Mello (2018b, p. 07), no Direito repousamos nos Direitos Humanos.

É visível que a Hermenêutica filosófica; Direitos Humanos; Teoria do Direito e Filosofia Constitucional se entrelaçam. Eles reforçam uma mudança de paradigma que a sociedade vive e que se faz necessária no campo acadêmico e jurídico, pois havia tão somente as ciências naturais que se utilizavam do método para analisar seus objetos. Como fruto da filosofia racionalista do séc. XVIII, uma filosofia matemática, o método também passou a inserir-se no campo jurídico (MELLO, 2018a, p. 31).

Depois, com as ciências do espírito que analisam o homem, já não se pode trabalhar o método das ciências naturais, principalmente quando se estuda os *hardcases*. Segundo Gustavo Tepedino (2008, p. 62) ao se trabalhar com o Direito é melhor buscar desenvolver a verdade ao invés de um método. Nos dias atuais, não seria legítimo ao juiz construir uma decisão baseada apenas em uma hermenêutica filosófica e aplicá-la para todos os casos, como um paradigma imutável. Os *hardcases* representam casos nos quais lida-se com diversas antinomias (colisão de princípios) e/ou anomia (ausência de normas). Por vezes se está diante de um caso no qual se o juiz aplicar a letra fria da lei ele estará praticando uma injustiça, muito embora a regra seja clara.

A exemplificação acima retrata a denominada crise epistemológica contemporânea, isto é, a crise de como se interpreta o Direito. Nesse sentir, Cleyson de Moraes Mello (2018a, p. 24) sustenta que é preciso pensar a hermenêutica não baseado em um método, mas baseado no homem. A hermenêutica que tem seu caminho apontado para o homem é a hermenêutica filosófica. Ela constitui a resposta para a crise epistemológica.

Isso é possível na medida que o *devoir* de Heidegger será o reconhecimento da mutação e do desenvolvimento no campo jurídico. Devemos trabalhar para além do ser e do dever ser. O *devoir* é o “poder-se; o estar sendo”. O Direito é o “está sendo”, focando no Homem, na Dignidade da Pessoa Humana. Esse Homem será o Homem não na sua existência (mundo ôntico), mas o Homem na sua essência (ontologia). No primeiro, o homem existe, e, no segundo, o homem *ek-sistencia* (o homem na sua essência é diferente do homem da sua realidade, essa deve ser a máxima do pressuposto hermenêutico do Direito) (HEIDEGGER, 2015, p. 78).

Heidegger desenvolve, ao final, o Teorema da Diferença Ontológica — porque o Ser é diferente do Ente. O Teorema é ontológico porque é o estudo do ser em mutação no tempo (MELLO, 2018a, p. 26). Aplicando-se ao Direito, trata-se do estudo dos direitos fundamentais de cada ser humano interpretados da premissa maior da Dignidade da Pessoa Humana, e que devem



ser resguardados pelo aplicador do direito quando da ponderação de interesses controversos, considerando que a letra da lei deve ser sempre acalorada não pela aplicação irrestrita da sua redação, mas sim pela interpretação conforme a essência dos envolvidos.

Primeiro é preciso compreender para depois interpretar, e não o contrário. Pensar o homem na sua *humanitas* e não na sua *animália* (como coisa). Há uma finalidade por detrás de toda a teoria filosófica de Heidegger, na qual Cleyson de Moraes Mello (2020, p. 23) assevera que ele traz a visão de que o ser sempre será necessariamente diferente do ente justamente para que se possa focar no que é mais importante: dizer que é o *ser*, que por muito tempo ficou escondido atrás do *ente*.

Portanto, trabalhar com a Dignidade da Pessoa Humana na sua eficácia não está na comercialização de novos direitos fundamentais, pois se todas apontam para o homem, reconhecidos como atinentes à natureza humana, todos estão voltados para a ontologia, e, novamente, ela aponta para busca da essência por meio da hermenêutica filosófica, e não pelo método. A interpretação do Direito hoje é contraditória e muito pouco eficiente. Logo, a utilização de uma metodologia clássica necessariamente vai conduzir à coisificação do homem e não a essência de sua estrutura. O homem permanece no dever ser, e se afasta do “sendo” no tempo.

Por isso, a hermenêutica filosófica desenvolvida por Heidegger, como pressuposto de superação da metodologia clássica, é perfeitamente aplicável ao Direito. Vislumbra-se a efetividade do direito fundamental para além de uma conjuntura positivada sistematizada. Supera-se a metodologia estática quando Heidegger propõe a tese da finitude do tempo original. O que se considerará para fins essenciais deve estar ligado à temporalidade (HEIDEGGER, 2015, p. 58).

A temporalidade será o meio pelo qual é possível ao Direito absorver e acompanhar o dinamismo social. Pela compreensão é que se encontra o sentido da *ek-sistencia*, sendo eu o tempo e o *locus* da compreensão do *Dasein*. O rompimento desse pensamento subjetivo ocidental dá vez ao método fenomenológico que se conforma com a própria estrutura do ser-aí. Supera-se o esquema sujeito-objeto, como exemplifica Cleyson de Moraes Mello (2018a, p. 33).

Porque da importância de se estudar a Dignidade da Pessoa Humana em um viés da filosofia? Porque muito se fala sobre a Dignidade e pouco se sabe sobre o seu conceito? A justificativa está na razão dela não ser uma coisa, um objeto. A Dignidade da Pessoa Humana não deve ser objetificada, e é justamente isso que se vem construindo ao longo dos últimos anos. O maciço desdobramento em múltiplos direitos fundamentais, derivados de um mesmo núcleo fundamental, como uma forma desesperada de se alcançar a justiça, revela por outro caminho um



lado ainda obscuro: a construção de uma mentalidade jurídica de objetificação da Dignidade da Pessoa Humana.

Cada vez mais se nega que a Dignidade deve acompanhar um processo de eterna mutação e desenvolvimento. O ser nem sempre será igual ao ente. Deve-se cessar o pensamento na coisa para pensar no seu fundamento, que não pode partir da sua subjetividade. Qual é a relação do direito com a verdade e o próprio homem? A verdade a partir da hermenêutica filosófica. O sentido da hermenêutica filosófica é dar um salto para um *locus* privilegiado. Trata-se da inserção em uma espiral hermenêutica (MELLO, 2018a, p. 28). Esse viés de intersubjetividade é a representação máxima da relação jurídica. O esforço extravagante de se objetificar o valor oculta o *ser* do *ente*, a sua *ek-sistencia*. O objetivo deve ser o de realinhar a metafísica ocidental, conforme Heidegger, para que ela volte a apontar para o Ser.

2. DIREITO DE SER FELIZ ENTRE O DIREITO E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA:

A Dignidade da Pessoa Humana é um diálogo entre o filósofo e o jurista. Necessariamente é estar diante do diálogo entre a filosofia e o direito. Pode-se afirmar que sua natureza é polissêmica, isto é, não se consegue apontar de forma objetiva os seus traços, pois são inúmeros a depender do caso concreto. Se está falando de *ek-sistencia*, ou seja, tratando da ontologia (essência, fenômenos não perceptíveis sensorialmente). Ela difere da existência que é a mera existência no mundo real. Por isso, se está no mundo ôntico e não na ontologia (MELLO, 2020, p. 13).

A noção intersubjetiva será a relação do eu com o outro na Dignidade da Pessoa Humana. Ela é chamada de relação intersubjetiva. A Dignidade é também uma concepção aberta, complexa e heterogênea, por isso eu não consigo objetificá-la. E, além disso, ainda há a discussão em torno da sua pluralidade, do multiculturalismo (HEIDEGGER, 2015, p. 71). Quando a Dignidade é posta no ápice da pirâmide jurídica pode-se falar de um mínimo de Dignidade universal que radia para todas as demais normas infraconstitucionais (ABBAGNANO, 2000, p. 33).

Adota-se neste trabalho o conceito objetivo de dignidade humana de Robert Spaemann. Para o autor pessoas e seres humanos são termos relativamente distintos. Ser humano se refere a uma relação entre espécies animais, sendo que o termo pessoa assume um ponto de vista interno, ou seja, trabalha uma relação interna entre seres humanos. Isso significa que o autor traz à tona uma relação de reconhecimento ou de pertencimento (SPAEMANN, 2015, p. 25).



Robert Spaemann é um dos maiores nome da filosofia e busca em seus escritos trabalhar o ser através do reconhecimento da sua personalidade que é necessariamente a manifestação da subjetividade, porém com a capacidade de transcender (SPAEMANN, 2015, p. 57). A personalidade formada se manifesta a partir de projeções inter-relacionais entre o corpo e a mente.

Em outras palavras, um ser não é apenas um indivíduo dotado de um corpo físico material com características fisiológicas idênticas aos demais seres. Antes, o ser é a caracterização de uma pessoa com consciência, que carrega particularidades e individualidades. Essa individualidade se manifesta no tempo e no espaço e será singular.

Para Robert Spaemann a consciência confere a uma pessoa a sua dignidade (SPAEMANN, 2015, p. 170). Este será o conceito objetivo que se opõe ao formal-subjetivo kantiano. Diferente do conceito kantiano, Roberto Spaemann apela para fundamentar a dignidade em algo superior ao próprio homem e, portanto, adota a teoria da personalidade. Será a partir do reconhecimento do outro como uma pessoa igual a si, que se desenvolve as normas morais. Surge a ideia de dignidade humana em substituição da ideia de um valor humano, para se afirmar como um dever, dado a relatividade da ideia de valores (SPAEMANN, 2015, p. 184).

Sob essa perspectiva é que, neste momento, se propõe desenvolver o tema do Direito de ser feliz, como um desdobramento da Dignidade da Pessoa Humana permeando todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Saul Leal (2008, p. 08) defende que o direito à busca da felicidade estaria implícito no texto constitucional, decorrente da cláusula geral de promoção à Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CRFB): *“A ideia de busca pela felicidade é anseio universal, independentemente estar ele contido expressamente em documentos escritos. Trata-se de vontade que rompe barreiras geográficas, culturais ou econômicas”*. De fato, ao reconhecer o direito à busca da felicidade como decorrente da Dignidade da Pessoa Humana estar-se-á conferindo maior tutela à esfera jurídica do sujeito.

Preliminarmente, pode-se dizer que assim como o é na Dignidade, trata-se de um objeto de estudo da hermenêutica filosófica. Como assim?

O que é felicidade? É extremamente complexo dizer que é o que faz uma pessoa feliz, pois diz razão há um direito natural reconhecido a bilhões de pessoas, no qual cada uma dará uma resposta diferente sobre o que é felicidade (ABBAGNANO, 2000, p. 34). Portanto, quando se diz que o Direito reconhece a busca pela felicidade como objeto de tutela jurídica ele deve estar atento ao conceito, que não pode ser delimitado, isto é, objetificado (MELLO, 2020, p. 10).

Dizer o que é felicidade seria a mesma coisa que desdobrar a Dignidade da Pessoa Humana em milhões de outros segmentos. Portanto, a primeira conclusão acertada, conforme Fernando Borges Manica (2011, p. 23), é de que a ideia de ser feliz estará intimamente ligada à essência do ser humano.

O conceito de felicidade não é definido em uma regra jurídica, mas ele permeia todo o ordenamento jurídico. Por isso, acolhe-se a ideia de que a felicidade é algo inerente a própria natureza humana, de modo que cada um busca o que, em seu projeto de vida, o torna plenamente realizado. Por outro lado, nem tudo que fará uma pessoa feliz será legítimo, pois na medida que a felicidade intervém na Dignidade de terceiros haverá a necessidade de se ponderar interesses (MARTINS e MENEZES, 2013).

É nesse sentir que na medida em que reafirmamos a felicidade como um direito fundamental intrínseco, ela também é medida de limitação da felicidade de terceiros contra o eu. Logo, a felicidade é fundamental e limitativa, pois quando ela passa a ser justificativa para a prática de uma injustiça contra a ordem pública e social, deixa de receber a tutela jurídica positiva, e passa a ser repudiada.

Depreende-se que são incontáveis as situações em que pelo Direito de ser feliz eu posso tutelar ou deixar de tutelar um interesse legítimo. O Direito, embora não tenha o escopo de fazer uma individualização de cada situação, o que é impossível, não pode deixar de tutelar um direito fundamental (MELLO, 2020, p. 14). Por isso, é lógica a razão da felicidade ser eficaz na medida em que se entende como um direito fundamental que permeia toda a sistemática positivada, devendo ser observada pelo aplicador do direito ao analisar o caso concreto.

Essa observância é o ápice da problemática jurídica atualmente. A efetividade peca quando a aplicação do direito se limita ao que está estritamente positivado no código. Assim, o que é considerado valor fundamental aparenta ter um retrocesso frente ao direito positivado e, considerando que cada caso social é diferente, o direito não alcança a sua finalidade teleológica.

O Direito de ser feliz depende da hermenêutica filosófica quando aplicada ao Direito. Embora não tenha previsão expressa no ordenamento pátrio, o direito de buscar a felicidade já tem aparecido em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal como fundamento de suas decisões. Dentre os julgados, destacam-se a ADI 3.300, que tinha por objeto o art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), e ADPF 132, que tratou do reconhecimento da união estável homoafetiva. Na ADI 3.300, a Suprema Corte analisou a constitucionalidade de utilização de células-tronco embrionárias que vinha prevista no art. 5º da Lei de Biossegurança. No julgamento



da ADPF 132, estava em julgamento à equiparação da união estável homoafetiva as uniões heteroafetivas. Em ambos os julgados, a Excelsa Corte utilizou o direito à busca da felicidade para fundamentar a decisão.

Acrescenta-se que o direito de buscar a felicidade aparece em alguns documentos históricos importantes e atualmente vem previsto em algumas constituições. Entre os documentos históricos que expressamente tratam do direito à busca da felicidade está a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 (arts. 1º, 3º e 15), nascida no contexto de Independência dos Estados Unidos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produzida no auge da Revolução Francesa que com a influência da declaração anterior, faz também expressa menção, em seu preâmbulo, ao direito à busca da felicidade. Na atualidade, o direito de buscar a felicidade está previsto nas Constituições da República do Butão, do Japão e da Coreia do Sul. Na Constituição da República do Butão há, inclusive, o conceito de Felicidade Nacional Bruta – FNB (*Gross National Happiness – GNH*), que é usado em substituição ao PIB — Produto Interno Bruto.

Segundo a doutrina o direito de buscar a felicidade se desdobra em dois segmentos: 1) um interno e 2) outro externo. O direito de ser feliz interno é a identificação do direito à própria felicidade. Já o direito de ser feliz externo é a representação da felicidade em comunidade. Fernando Henrique da Silva Horita (2014) considera que os segmentos são correlatos e juntos representam a felicidade plena ou o direito de ser feliz.

Todavia, essa concepção acerca do direito à busca da felicidade incorre em um equívoco conceitual. Em primeiro lugar, o direito é à busca da felicidade e não à própria felicidade. O termo “busca” está na própria essência do direito tratado. Assim, como a busca é ato essencialmente do sujeito, o direito à busca da felicidade não pode ser simplesmente conceituado como direito à própria felicidade.

Essa concepção do direito à busca da felicidade se assenta em um projeto coletivo de felicidade. É nesse sentido a manifestação de Marcelo Souza Aguiar (2008, p.113-114):

Indubitável que o evoluir do direito à felicidade, no espaço público-institucional, somente ocorre em uma dimensão ética e comprometida com o projeto de felicidade alheio. Não se pode ser feliz em meio à infelicidade alheia — salvo a patologia do egoísmo, que contrasta com o princípio da solidariedade.

Além disso, na hipótese de o sujeito ter o direito à felicidade, conclui-se, por simples raciocínio lógico, que a infelicidade seria considerada um ilícito, a violação ao direito à felicidade. Se a infelicidade é um ilícito, poderia produzir suas consequências na ordem jurídica. Assim, seria possível exigir uma indenização por danos ou até mesmo uma obrigação de fazer toda vez que um



indivíduo alegar danos a sua felicidade (MELLO, 2020, p. 14). Vê-se, pois, que essa definição do direito analisado apresenta certa incoerência e ao mesmo tempo é a representação de um verdadeiro tema tenebroso, afinal, a ideia de infelicidade também é ampla e complexa, sendo que ela também necessariamente estará dentro da convivência em sociedade.

Porém, neste trabalho não se desconsidera que a plena felicidade representa a felicidade externa, que também está ligada a felicidade interna, contudo, sem que aquela dependa desta última para que obtenha o seu direito de ser feliz. Segundo Erick Silva (2013, p. 114) o direito de ser feliz não é propriamente um direito em si, e nunca poderia sê-lo. O que se admite, segundo o autor, é que a ideia de felicidade é a representação máxima do sentido finalístico de cada norma jurídica a ser alcançada.

Pode-se afirmar que o direito de ser feliz e o direito à felicidade são distintos. Um é o desdobramento do direito fundamental da Dignidade, o outro é uma condição, um estado, que está ligado a irrestrita e imaculada ideia de felicidade interna do ser (COMPARATO, 2010, p. 92-93). Respectivamente, o primeiro traz a ideia de compreensão da felicidade do viver em comunidade, onde há necessariamente o respeito mútuo das múltiplas felicidades individuais, na medida em que aquelas que se complementam estão se somando, enquanto que aquelas que conflitam deverão ser ponderadas frente ao paradigma da proteção da harmonia social.

No mesmo sentido, o direito de busca à felicidade passaria a tutelar o projeto legítimo de felicidade do sujeito, permitindo-lhe realizar-se em plenitude na sua essência. A *ek-sistenc*ia será o instrumento de teste utilizado para funcionar como medidor decisivo da tutela jurídica da felicidade a ser aplicada (HEIDEGGER, 1975, p. 112-113). É perceptível que a solução eficaz para contornar a problemática da tutela do direito de buscar à felicidade e sua complexidade está na construção da hermenêutica filosófica, pois que a sua metodologia repousa no ser e não no ente (ABBAGNNO, 2000, p. 35).

O direito de buscar a felicidade está ligado a um dever de abstenção do Estado, podendo, nesse sentido, serem citadas a Declaração de Direito de Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Dessa maneira, parece mais fácil perceber o direito analisado como exigir do Estado uma abstenção, podendo ser citado o caso do adultério que deixou de ser crime ou até mesmo o julgamento que reconheceu a união homoafetiva. O direito à busca da felicidade estaria a proteger um âmbito de liberdade íntima do sujeito, de conduzindo-se por si mesmo. Entretanto, não parece



tão contundente, à primeira vista, esse direito como um exigindo do Estado uma conduta positiva, um dever de ação.

No que diz respeito a limitação do direito de buscar a felicidade tem-se, conforme Fábio Konder Comparato (2010, p. 137), que ela leva a discussão da restrição de direitos fundamentais, preliminarmente. Isso porque a felicidade está na Dignidade da Pessoa Humana. Segundo Alexy (1986, p. 286) os direitos fundamentais podem sofrer restrições somente quando por outros direitos da mesma hierarquia. Portanto, o que pode limitar o direito de buscar a felicidade seria, à princípio, ele mesmo.

Seguindo a linha doutrinária, a restrição de direito fundamental não pode atingir o núcleo essencial do direito. Em outras palavras, o direito de buscar a felicidade pode ser limitado frente a outro direito fundamental, que inevitavelmente também está ligado à felicidade perseguida por terceiro, mas nunca poderá ter seu núcleo essencial atingido, o que lhe garante um mínimo de Dignidade da Pessoa Humana.

Por último, há que se discutir a correlação entre o direito de buscar a felicidade e a prestação positiva ou negativa do Estado. Esse direito poderá exigir do Estado uma prestação que não encontraria amparo, por exemplo, no direito à saúde, à moradia, à educação. É certo que todos esses direitos sociais devem ser prestados pelo Estado, como a possibilidade constitucional do Estado intervir no social. Contudo, considerando que tais prestações sociais também estão ligadas à ideia de felicidade, o direito de buscar a felicidade, como expressão genuína do lado existencial do ser humano, é a representação máxima da abstenção do Estado, do indivíduo tomar suas próprias decisões conforme a identificação da sua essência, do seu ser.

De tal modo, o direito à busca da felicidade tanto poderá exigir do Estado uma abstenção, quanto um agir, contudo na exata medida de impedir que outros intervenham na felicidade de outros. A tutela do direito não é um bem que se possa reduzir a um conceito límpido, não pode ser objetificado, mas representa uma condição genérica para a realização do sujeito enquanto indivíduo, enquanto ser aberto à dimensão existencial (COMPARATO, 2010, p. 112).

Pelo exposto supracitado, não pode haver direito que mais intimamente esteja ligado à Dignidade da Pessoa Humana que o direito à busca da felicidade. É inimaginável qualquer ser humano que não queira ser feliz e realizar-se, que não almeje conviver harmonicamente em sociedade (BRANDÃO, 2017, p. 21). Embora o direito não proteja a felicidade em si, é inegável que ela seja a preocupação central da reflexão em torno desse direito.



Será necessário, em todo caso, que as reflexões sobre esse direito sejam aprofundadas, robustecendo e dando maior clareza ao seu sentido normativo, o que será objeto de estudo do próximo tópico em relação as relativizações doutrinárias e jurisprudenciais de uma norma que hoje ainda cria um estigma da culpa naqueles fatos sociais que resultam no divórcio.

3. FIDELIDADE CONJUGAL E PADRONIZAÇÃO DE COMPORTAMENTO: ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL:

A integração dos valores democráticos, mediante a constitucionalização dos vários ramos do Direito, impôs uma nova roupagem ao próprio fundamento de proteção aos direitos da personalidade, como acontece com o Código Civil. No caso brasileiro, esse fenômeno teve significativo impulso com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que teve o mérito de sujeitar a interpretação das leis infraconstitucionais a uma nova realidade, por meio da exigência de verificação do fundamento de validade constitucional para qualquer norma infraconstitucional. Nessa questão, a progressiva ingerência dos preceitos da Constituição Federal em matérias anteriormente concebidas e tratadas nos textos infraconstitucionais, fez com que a norma constitucional galgasse força normativa superior a outras fontes, de tal forma que, na eventualidade de possível antinomia entre norma constitucional e infraconstitucional, impõe-se a prevalência da primeira sobre a última (SARLET, 2016, p. 55).

O sentido e o alcance dos princípios constitucionais no ordenamento não podem ser outorgados ao legislador infraconstitucional, mesmo quando codificador, em razão do risco de serem concretizados segundo valorações setoriais. Assim, para cada norma infraconstitucional, que são imprestáveis para traduzir os contornos dos valores constitucionais, devem-se aplicar os princípios fundamentais em conjunto, de tal maneira que estes definam o sentido daquela, sob pena de subverter a ordem hierárquica do ordenamento, por meio da aplicação dos princípios fundamentais à luz das regras infraconstitucionais, o que acarretaria o arrefecimento das prioridades axiológicas estabelecidas constitucionalmente.

Encontra-se, assim, superada a discussão acerca da aplicabilidade direta ou indireta das normas constitucionais, visto que, considerando a unidade do ordenamento, a norma constitucional deve prevalecer com ou sem regra específica, pois a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de modo que sua aplicação deve traduzir,



em qualquer hipótese, a observação irrestrita da Dignidade da Pessoa Humana (LÔBO, 2017, p. 98).

Com isso, reunifica-se em torno de valores constitucionais o ordenamento jurídico, principalmente o Direito de Família, tendo como base os ideais igualitários e solidários entranhados no tecido constitucional, que exigem uma análise individualizada de cada caso e de conceitos, de institutos e de categorias tradicionais do Direito de Família, mesmo que elaborada em outro contexto social e axiológico, é a chamada hermenêutica filosófica (SARMENTO, 2016, p. 273).

Veda-se, de igual sorte, interpretações setoriais (interpretação do Direito Penal, interpretação do Direito Administrativo, etc.), sob pena de ser admitida a possibilidade de que nem toda interpretação seja constitucional, e incorra na problemática da objetificação dos seus conceitos, bem como inexiste o dogma da completude e da exaustão do sistema codificado — do qual o Código Civil de 1916 é exemplo mais próximo (SARLET, 2016, p. 33).

Abandona-se, definitivamente, “*a noção de subsunção, como técnica binária, baseada em etapas sucessivas e lógico-dedutivas, pela qual o intérprete primeiro qualifica para depois enquadrar o suporte fático na norma*” (TEPEDINO, 1999, p. 3). Afinal, diante da imprescindibilidade da fundamentação das decisões e da argumentação que as legitimam, a norma interpretada e o fato qualificado são produzidos em um só momento no processo interpretativo, fazendo com que o sistema jurídico, dessa forma concebido, afluxa à atividade legislativa e interpretativa na aplicação do Direito, “*que permanece aberto a todos os matizes norteadores da vida em sociedade*” (TEPEDINO, 1999, p. 4).

No Direito de Família, em especial, cuida-se em reconhecer que toda pessoa tem o direito de constituir uma família, cujas regras de convivência, especialmente quanto ao exercício de suas próprias condutas sexuais, representam uma livre escolha individual e não uma imposição estatal. Todavia, sob a ótica de Heidegger há que se proteger a boa-fé objetiva e a felicidade do indivíduo no modelo de casamento que ambos os cônjuges escolheram. Assim como não se admite que uma célula familiar fique sujeitada à discriminação com base na condição sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, há questionamentos sobre a possível afronta ao princípio da não intervenção, bem como ao princípio da busca pela felicidade, uma previsão legal que legitima a intervenção estatal sobre o regramento sexual do casal (HEIDEGGER, 2015, p. 89).

Ora, a monogamia representa uma livre escolha individual, quiçá do casal, mas jamais um dever imposto pelo Estado. Todavia, entende-se estar ligado ao direito de felicidade não a mera

defesa de não intervenção estatal, mas sim a do respeito à boa-fé objetiva a ser analisada conforme a peculiaridade de cada caso concreto, conforme explica Gustavo Tepedino (1999, p. 41).

A consagração da Dignidade da Pessoa Humana é uma moeda de duas faces, pois contempla a garantia da não intervenção estatal nas relações íntimas dos cidadãos, portanto, traz a ideia de relativização dos dispositivos dentro dos núcleos familiares diversificados, como também é pressuposto para a proteção de um modelo familiar adotado, isto é, o direito de felicidade também tem conexão com a boa-fé objetiva dos contratos matrimoniais firmados. É o que defende Jane Reis Gonçalves Pereira (2017, p. 43) ao reconhecer que o dever de fidelidade estampado no art. 1566, inciso I do CC/02 em comento reconhece a busca da felicidade em múltiplos núcleos familiares distintos, pautados na afetividade, mas com respaldo no pilar da proteção à dignidade e à boa-fé.

A carta constitucional representa a unidade do sistema, apenas possível em razão do reconhecimento da superioridade e prevalência dos valores constitucionais, que se estendem a todas as demais normas do ordenamento jurídico vigente. A função de núcleo magnetizador é exercida pelo texto constitucional, diante da hierarquização conferida pelo ordenamento (PERLINGIERI, 1999, p. 06), sob o fundamento de que os princípios e regras constitucionais são normas jurídicas, localizadas no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico positivo. Do ponto de vista finalístico, ao menos, o direito se despe da consideração de ser mero mecanismo de conservação da realidade existente, pois passa a ser instrumento de realização da justiça, da busca pela *ek-sistencia* do ser, de inclusão social, de concretização da solidariedade social, de garantia à dignidade da pessoa, enfim, contempla, inclusive, uma dimensão emancipatória do ente, mas conserva questões éticas imprescindíveis para a vivência feliz em sociedade, como o respeito, a fidelidade e a boa-fé.

No âmbito do Direito de Família, esta dimensão emancipatória vai materializar-se na identificação da essência de cada ser e na possibilidade do indivíduo de se auto referenciar em determinadas matérias de cunho existencial. Automaticamente, dá-se início ao questionamento sobre a legitimidade da imposição de determinados padrões morais de conduta à sociedade pelo Estado, que dita esses padrões de comportamento. Tal debate ganha ainda mais importância no estudo dos chamados deveres do casamento, em especial o dever da fidelidade recíproca do artigo 1.566 do Código Civil.

Esta norma de conduta pode se traduzir na imposição, por parte do Estado, de padrões de comportamento aos cônjuges, seja limitando suas respectivas liberdades sexuais, como no caso do dever de fidelidade recíproca, seja na fixação do estabelecimento de um domicílio comum para o casal, como no dever de coabitação. Por outro lado, mesmo frente ao dinamismo social e ao



reconhecimento progressivo de outras formas de constituição de família (como as monoparentais ou as homoafetivas, por exemplo), a Dignidade da Pessoa Humana também deve estar refletiva no mútuo consentimento de dois ou mais indivíduos que adotam um determinado modelo familiar, o que leva a relativizar o princípio da não intervenção estatal nas relações familiares (SARLET, 2016, p. 54).

A partir da ideia de pluralismo democrático, Heidegger busca um equilíbrio capaz de proporcionar o respeito às particularidades individuais, sem que isso signifique a invasão da esfera de terceiro, mas sem o esvaziamento da ética e da moral, cuja aplicação dependerá da análise de cada caso concreto (MELLO, 2018, p. 23). Partindo da visão de Ingo Wolfgang Sarlet o papel do Estado, sob tal perspectiva, deve estar condicionado aos casos em que os atos de autodeterminação impliquem invasão na esfera de terceiros, mas isso inclui os direitos daqueles que estão enlaçados por um negócio jurídico. Ou seja, a proteção deve ser tanto externa quanto interna (SARLET, 2016, p. 55).

A defesa do multiculturalismo, como é sustentado por Cleyson de Moraes Mello (2018b, p. 07), se encontra inserida também, ainda que tangencialmente, na Constituição Federal, já em seu preâmbulo, ao pretender promover “(...) *uma sociedade fraterna, pluralista, e sem preconceitos, (...)*”. De igual sorte, o art. 3º dispõe que os objetivos fundamentais da República, são “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação*”. O multiculturalismo implica necessariamente no reconhecimento da proteção de preceitos de dignidade humana também dentro de uma cultura compartilhada, e não apenas fora dela.

Ele tem como fundamento o respeito à diferença, tanto por parte dos particulares, como especialmente pelo Estado, sendo-lhes vedado impor ao indivíduo uma visão de mundo que atenda interesses diversos daqueles que representam o substrato constitucional de proteção à dignidade (PERLINGIERI, 1999, p. 08). Ana Carolina Brochado Teixeira (2016, p. 67) assim afirma quanto à ideia do pluralismo:

(...) a ideia de pluralismo pressupõe uma diversidade de visões de mundo, da possibilidade de que cada pessoa tenha uma concepção própria e individual do que seja bom, da possibilidade de cada um construir seu projeto de vida único e individual de forma coerente com seus desejos, crenças, vicissitudes.

O respeito à pluralidade e ao multiculturalismo constitui um valor defendido em todos os Estados Democráticos, que também impõe o reconhecimento recíproco de iguais direitos a espaços individuais de se manifestar (TEIXEIRA e ALMEIDA, 2016, p. 65). O multiculturalismo consiste,



nas palavras das supracitadas autoras (2016, p. 66), em entender que uma Constituição Democrática “*não se contenta apenas em aplicar a regra da maioria, pois esta ignora as aspirações individuais, bem como os desejos das minorias; corre-se o risco de a realidade se transformar na ditadura da maioria*”.

Nesse sentir, ao olhar sob o prisma da hermenêutica filosófica de Heidegger, há duas discussões sobre o dever da fidelidade do artigo 1566, do Código Civil. O primeiro é de que diante do princípio da liberdade *ou da não intervenção*, que na ótica do Direito de Família se traduz na proibição de qualquer pessoa de direito público ou de direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família, a tutela da felicidade estaria sendo comprometida por haver uma imposição estatal que dita um padrão de conduta. O segundo, pautado no posicionamento jurisprudencial, é de que o dever de fidelidade conjugal, por si só, não é considerado um padrão de conduta imposto pelo Estado. Ele está além, sendo pressuposto imprescindível para proteger questões éticas e morais adotadas particularmente por cada indivíduo em suas relações matrimoniais.

Tal debate eleva o conceito de fidelidade conjugal para um outro patamar, não se resumindo a padronização de condutas monogâmicas pelo Estado, mas que sua interpretação jurisfilosófica transcende tal pensamento para agora tutelar o que se denomina como novos padrões de fidelidade. Para Priscila Teixeira Moraes dos Santos (2015, p. 07), assim como há uma evolução no direito ao reconhecer novas entidades familiares, há que se considerar também a tutela de novos padrões de comportamento. Estes novos padrões de comportamento, da igual sorte, também deverão receber a devida tutela com base na proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio da liberdade ou da não intervenção representa uma das molduras que enquadram as relações familiares interpessoais, em que o princípio da afetividade consubstancia o inalienável direito à busca pela felicidade, postulado albergado pela proteção constitucional à Dignidade da Pessoa Humana (SARLET, 2016, p. 28). Contudo, entende majoritariamente a doutrina e a jurisprudência que este princípio não é considerado absoluto, sob pena de se retirar a tutela jurídica sobre outros valores éticos e morais que circundam as relações jurídicas pessoais.

É nesse sentir que o art. 1566, sob o prisma da hermenêutica filosófica de Heidegger, traz uma nova concepção sobre o dever da fidelidade recíproca. Não por violar o preceito fundamental da busca pela felicidade pela imposição de um padrão de conduta, mas devendo ser analisado sob os critérios aceitos e adotados pelas partes. Essa percepção é melhor desenvolvida sob três perspectivas históricas que se valem da metodologia clássica da objetificação do ser. São elas: 1) a persistência de um espúrio de culpa na busca pela tutela da felicidade; 2) a mercantilização dos



danos morais; e, conseqüentemente, 3) a conscientização da punição do culpado, seja por meio de pressões físicas ou psicológicas.

A persistência do espúrio da culpa é levantada na medida em que frente ao avançar da sociedade as relações familiares aceitam novos conceitos até então não recepcionados pelo Direito. Um exemplo típico foi a descriminalização do adultério. O Código Penal de 1940 tipificava o adultério como crime, o que somente veio a ser abolido do rol de crimes tipificados no ano de 2005 com a Lei nº 11.106.

A partir de 2005 o adultério deixa de ter repercussão na esfera penal, todavia, não se deixou de considerar indenizáveis certos casos na esfera cível, que passaram a ser exceção. Logo de início se questionava jurisprudencialmente se a não tipificação da conduta do adultério levaria a não indenização no âmbito civil. Ainda naquela geração iniciou-se a interpretação de que a tipificação do adultério como crime trazia uma padronização de conduta pessoal não mais adequada de ser imposta, subsistindo fatores conexos à tutela da felicidade que mereciam ser protegidos pelo Direito.

A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos autos de nº 0014904-88.2016.8.07.0003, sob a relatoria do Desembargador Fábio Eduardo Marques entendeu que mesmo frente a não tipificação do adultério a partir de 2005 a fidelidade é considerada um dever relacionado à honra subjetiva dos cônjuges. Contudo, superou-se a interpretação doutrinária que defende a fidelidade conjugal como a representação da manutenção da monogamia das relações sexuais do casal que deve ser considerada ultrapassada (NERY JÚNIOR, 2014, p. 172). A fidelidade conjugal pode ter reflexos na seara cível, na medida em que ela passa a refletir não nos padrões de comportamento impostos pelo Estado, mas naqueles padrões escolhidos consensualmente pelo casal. Estes constituem critérios para a garantia da sobrevivência da unidade afetiva do casal e, a depender delas, há repercussão na esfera civil.

Não se deve duvidar que com a descriminalização do adultério houve sim a expurgação de parte da culpa pela infidelidade, pois considerou-se também em certa medida os novos costumes, o direito de felicidade, mas sem abandonar a reparação civil por aqueles danos causados e que foram provados. Nesse sentido, assim como se desbravou nos julgados paradigmáticos do STF em razão do direito dos homossexuais de serem felizes como o são os heterossexuais, percebeu-se que o Estado, a princípio, não tem o condão de intervir nas decisões sexuais de cada indivíduo, ao ponto de impor um dever de fidelidade monogâmico. A ideia central da fidelidade do art. 1.566 do CC/02 será a dos padrões consensualmente adotados por ambas as partes, em relação de iguais. Sobre está



situação recairá a interpretação jusfilosófica da tutela da dignidade da pessoa humana e da proteção do ser e não da coisa (HEIDEGGER, 2015, p. 127).

Se depreende a construção de uma concepção pautada na essência do ser e não da coisa. O ser humano tem a liberdade de dispor sobre o próprio corpo, desde que não abuse desse direito, não intervenha na esfera jurídica de terceiros e nem viole padrões de comportamento consensualmente estabelecidos entre os cônjuges. Na essência, não tem o Estado a legitimidade de impor dever de fidelidade ao casal, pois a justificativa de um dever moral que garanta a felicidade depende da análise de cada caso concreto. Certo que não será o Estado quem ditará qual a opção dentro das relações íntimas de cada pessoa que o fará feliz, caberá ao direito por meio da interpretação jusfilosófica de Heidegger a tutela dos comportamentos éticos, morais e de mútuo respeito, que passam a compor a definição de fidelidade recíproca. Na essência, a tutela ainda é necessária pelo Estado, mas o padrão comportamental é ditado pelos indivíduos (HEIDEGGER, 2015, p. 128).

Além disso, estabelecer padrões de fidelidade seria condenar uma pessoa que tomou uma decisão de se casar à uma vida pessoal de constante regramento pelo Estado. Na medida em que um casal percebe que está infeliz com a relação e começa a se relacionar com outros parceiros fora do casamento será que compete ao Estado apontar o culpado e a condenação? Por isso, frente as dinamicidades sociais se perceberam que o adultério deveria deixar de ser um ilícito penal, mas sem afastar a reparação cível por possíveis danos comprovados.

Em outra medida, segundo Priscila Teixeira Moraes dos Santos (2015, p. 03), o art. 1566, inciso I, que impõe o dever legar da fidelidade, é tido como uma resguarda para punir civilmente aquele que comete adultério, não por entender a sociedade que o adultério é um ato moralmente reprovável, mas porque a violação de um padrão consensualmente adotado causou danos à vítima, e tutelar a felicidade também é proteger a dignidade daquele que sofreu danos pela infidelidade. Entretanto, tal como ocorre no inadimplemento contratual, o simples descumprimento do dever jurídico da fidelidade conjugal não implica, por si só, em causa para indenizar.

Aqueles que defendem que a imposição de um dever de fidelidade é um ato negativo e contrário à Dignidade da Pessoa Humana estão assentados no princípio absoluto da não intervenção estatal nas relações maritais. Apesar do Estado não ter esse condão de impor como se regerá as regras dos relacionamentos, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o art. 1.724 do Código Civil prevê que a relação entre companheiros deve obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos, sendo certo que o dever de fidelidade, apesar de não expresso na norma, faz parte da *mens legis* do mandamento legal.

Ainda assim, entendeu-se que a infidelidade conjugal, ou até mesmo o sentimento de frustração pelo fim do vínculo em decorrência de atitude do companheiro, por si só, não se mostra suficiente para a caracterização do dano moral, ou seja, reforçando o princípio da não intervenção estatal na padronização de comportamentos maritais dada a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Contudo, ressaltou que na situação em que se prova que a violação da fidelidade foi capaz de colocar o outro em situação vexatória, de humilhação e ridicularização pública, a indenização seria possível, com base na tutela do direito à felicidade violado dentro do relacionamento constituído.

Está repercussão consequente da ação estatal não tem base na imposição de um padrão de fidelidade monogâmico, mas deve ser interpretado a partir de padrões consensualmente adotados pelas partes, com base em premissas da Dignidade da Pessoa Humana, tais como o respeito, a preservação da imagem, da honra e da boa-fé. No final, os tribunais estão atentando melhor para as particularidades de cada caso concreto, para afastar qualquer penalização pautada somente na culpa, como era com a criminalização do adultério.

Noutra medida, a jurisprudência confirma a natureza da fidelidade recíproca como um agir moral e, reconhecido como tal, também tem participação na Dignidade da Pessoa Humana. Perceba que se está ponderando interesses controvertidos com base em um mesmo princípio fundamental, que ganha novo contorno quando o art. 1.566 é interpretado sob a ótica da filosofia interpretativa de Heidegger.

Destas situações acima cabe ao magistrado praticar a hermenêutica filosófica adequada a cada caso concreto. O critério fidelidade não deixará de existir se for retirado do art. 1566, como bem observou o Desembargador Fernando de Assis Pessanha Filho, pois que ele decorre do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo que em certos casos há sim a prática uma ligação direta com a ocorrência de dano.

A mera prática da infidelidade que acarrete tão somente a dissolução da união ou a decretação do divórcio do casal deixa de ser motivo justo e suficiente para impor uma espécie de sanção ao que praticou o ato, pois a mera alegação de dano moral pela desconstituição da relação é contrária a máxima da busca pela felicidade do ser. Se houver fatores externos que causem danos ao lesado, a prática de infidelidade é sem dúvidas reprovável juridicamente por repercutir no direito de terceiro, pois transpassa a busca pela felicidade individual e viola a dignidade da pessoa humana.

E, finalmente, a mercantilização dos danos morais é outro ponto que cerceia a busca pela felicidade do indivíduo. Como dito anteriormente, o adultério deixa de ser crime, mas não de



repercutir na esfera cível. Em determinados casos há que se ponderar que a prática da infidelidade não se restringe à busca pela felicidade do praticando, mas extrapola os limites deste princípio, ao ponto de gerar danos à outra parte. É nesse sentir que os danos morais devem ser legítimos.

Não sendo hipótese do caso acima, tudo que foge ao entendimento de que aquele que praticou o ato extrapola os limites da Dignidade da Pessoa Humana e gerou dano ao companheiro não gera o dever de indenização. Ambas as situações com a máxima na felicidade e na boa-fé. Nesse sentir, é que se torna um diferencial a interpretação do Direito de Família sob a óptica da hermenêutica de Heidegger. Torna-se algo que o próprio Direito não pode controlar por completo, e o Estado não pode estabelecer regras de padronização, mas deve proteger critérios pessoais adotados na particularidade de cada relação familiar.

4. CONCLUSÃO:

Em suma, o presente artigo cuidou da discussão sobre a relativização da garantia da não intervenção estatal nas relações íntimas dos cidadãos que incide sobre os preceitos ordinários, de tal forma que os últimos devem ser interpretados de forma teleológica, a fim de concretizar a ideologia constitucional, materializada na proteção das liberdades individuais, no direito de buscar a felicidade, em que se valoriza a afetividade, mas no respeito à boa-fé e a proteção do multiculturalismo dentro do ideário de proteção da dignidade que ganha proteção constitucional. Reconhecendo esse direito fundamental, admite-se a densidade jurídica assumida pelos corolários da busca da felicidade e da afetividade como pilares sustentadores da proteção à dignidade.

Essa compreensão ganha novos contornos graças a hermenêutica filosófica de Heidegger, que impõe ao magistrado um ônus privilegiado, o de buscar sempre interpretar os casos conforme os ditames da máxima da Dignidade da Pessoa Humana, respeitando as suas particularidades, não impondo padrões de conduta, mas observando aquelas consensualmente adotadas pelas partes.

Trabalhou-se em que medida o Direito, como ciência espiritual, não deve se valer da metodologia clássica de objetificação, uma vez que a sociedade é dinâmica no tempo e no espaço. E ainda, destacou-se que essa correlação está arraigada no pensamento da desmembração do princípio da Dignidade da Pessoa Humana em diversos novos direitos como se fosse uma forma de se tutelar os novos interesses sociais, quando na verdade se está estagnando a efetividade da ciência jurídica, que continua se tornando cada vez mais complexa e difícil de compreender. Chega-se ao ponto de restarem amplos códigos que demandam uma reinterpretação contínua, sob pena de



contradição entre as próprias normas ou limitação do alcance da tutela da dignidade. Entende-se que o Direito não tem como regulamentar todas as possibilidades sociais e, portanto, pode-se valer da metodologia de Heidegger, qual seja, a da busca permanente pela ek-sistencia do ser e pela desvelação do ente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGUIAR, Marcelo Souza. O direito à felicidade como direito humano Fundamental. **Revista de Direito Social**, São Paulo, p. 109-116, jul/Set. 2008.

ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros Editores Ltda. Ed. 5. Ano da tradução 2006. Obra publicada em 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Editora Saraiva. Ano 2010. Ed 7º, tradução.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 10ª ed., 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Die Grundprobleme der Phanomenologie**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1975.

HORITA, Fernando Henrique da Silva; SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva. O direito à busca da Felicidade. **Revista Instituto de Direito Brasileiro**, São Paulo, Ano 3, nº 4, 2014. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_04_03063_03080.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEAL, Saul Tourinho. O princípio da busca da felicidade como postulado universal. **Portal de Periódicos**. Brasília, agosto 2008. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/118/90>>. Acesso em: 10 agosto 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2017.

MANICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 1, p. 21- 34, jul./dez. 2011.

MATINS, Rogério Parentoni; MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v.18, n.3, set/dez. 2013. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5134/2694>>. Acesso em: 10 setembro 2021.



MELLO, Cleyson de Moraes. **Hermenêutica e Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018. A

_____. **Direito e(m) verdade**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018. B

_____. **Dignidade da Pessoa Humana**: a compreensão existencial da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

MORAES DOS SANTOS, Priscila Teixeira. Possibilidade Jurídica de Reparação Moral em caso de Adultério. **EMERJ**, Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/PriscilaTeixeiraMoraesdosSantos.pdf>. Acessado no dia 06 de outubro de 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Giovanni. Aristóteles. **História da filosofia grega e romana**. Tradução de Henrique C. L. Vaz e Marcelo Perine. Nova edição corrigida. São Paulo: Loyola, 2007. vol. IV.

RESENDE SILVA, Erick Winer. **O direito à busca da felicidade**: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de Aristóteles. 2013. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, programa de Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, Juiz de Fora.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**. vol. 6, nº. 23, 2006.

SPAEMANN, Robert. **Persons: the difference between ‘someone’ and ‘something’**. Trad. Oliver O’Donovan. Oxford: Oxford University Press, 2006.

STF. **ADI nº 3300** – DF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784353/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3300-df-stf>>. Acessado no dia 10 de agosto de 2021.

STF. **ADPF 132** – RJ. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acessado no dia 10 de Agosto de 2021.



STF. **RE 646721** – RS. Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815076/recurso-extraordinario-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-769815086>>. Acessado no dia 6 de outubro de 2021.

TEIXEIRA, A. C. B. ; ALMEIDA, R. B. **Autonomia corporal: limites e possibilidades**. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; BERNARDES, Wilba Lúcia. Maia. (Org.). *Direito e Arte: os desafios da personalidade*. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 35, editorial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: _____ (Coord.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TJDFT. **Apelação Cível nº 0014904-88.2016.8.07.0003**. Relatoria do Desembargador Fábio Eduardo Marques. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordao-web/sistj>>. Acessado no dia 05 de janeiro de 2022.

TJRJ. **Apelação Cível nº 0001452-25.2016.8.19.0052**. Relatoria do Desembargador Francisco de Assis Pessanha Filho. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/temp/584dce41-8224-445e-be8a-6c6be5149481.html>>. Acessado no dia 05 de janeiro de 2022.

Sobre os autores:

Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenador do Grupo de Pesquisa Prismas da Liberdade, vinculado do Departamento de Direito da UFF. Membro da Comissão de Direito de Família e Sucessões do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Advogado.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5756015483623650> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8063-8861>

E-mail: advogado@advocaciafamiliar.com.br

Carolyne Ribeiro Rodrigues de Almeida

Doutoranda em Direito da Cidade na UERJ, mestre em Direito pela UERJ, pós-graduada em Direito do Estado pela UERJ, formada em Direito pela UFRJ, Advogada, editora da revista *Quaestio Iuris* e bolsista CAPES.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7488163338442874> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0401-1845>

E-mail: orirac@yahoo.com.br

Eric Santos Andrade

Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Rede de Pesquisa Interinstitucional em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RPIDC/UERJ) e do Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (LEDAC/UNIRIO). Membro da Comissão de Direito Administrativo e de Direito da Família e sucessões do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Advogado.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1295100572894793> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3857-0602>

E-mail: ericsantos13@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2022, p. 1928-1953.

Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão, Carolyne Ribeiro

Rodrigues de Almeida, Eric Santos Andrade

DOI: 10.12957/rqi.2022.64884