



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAMILA D'ARC DIAS LEITE**

**O REPENSAR DO DEVER DE FIDELIDADE NAS RELAÇÕES  
MATRIMONIAIS**

Salvador  
2017

**CAMILA D'ARC DIAS LEITE**

**O REPENSAR DO DEVER DE FIDELIDADE NAS RELAÇÕES  
MATRIMONIAIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

Salvador  
2017

CAMILA D'ARC DIAS LEITE

## **O REPENSAR DO DEVER DE FIDELIDADE NAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Aprovado em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

### **Banca Examinadora**

---

Rodolfo Pamplona Filho – Orientador  
Doutor em Direito pela Pontifícia Univerdidade Católica de São Paulo  
Universidade Federal da Bahia

---

Eugênio de Souza Kruschewsky – Orientador  
Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

---

Iran Furtado de Souza Filho  
Universidade Federal da Bahia

*“Carlos, sossegue, o amor  
é isso que você está vendo:  
hoje beija, amanhã não beija,  
depois de amanhã é domingo  
e segunda-feira ninguém sabe  
o que será.*

*Inútil você resistir  
ou mesmo suicidar-se.  
Não se mate, oh não se mate,  
reserve-se todo para  
as bodas que ninguém sabe  
quando virão,  
se é que virão.”*

**Carlos Drummond de Andrade**  
(trecho do poema “ Não se mate”)

LEITE, Camila D'Arc Dias. O Repensar do Dever de Fidelidade nas Relações Matrimoniais. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

## **RESUMO**

O presente estudo tem por objetivo analisar o dever matrimonial da fidelidade em sua eficácia e sua permanência no Código Civil Brasileiro. Inicia-se com um esboço histórico do casamento e a naturalidade da monogamia, reconhecendo toda influência do Estado por interesse patrimoniais e da religiosidade. Discute-se a chegada da Emenda Constitucional 66 de 2010 e toda a repercussão que causou no Direito de família ao eximir a culpa. Isso trouxe mais um motivo para o repensar do dever de fidelidade. A transformações das relações familiares também são abordadas, principalmente, no que tange a mulher casada, e como a mulher foi abordada nos Códigos Civis anteriores e como foi no Código Civil de 2002, o que isso enseja para o dever de fidelidade, já que principalmente, era utilizado para reprimir a fidelidade das mulheres, enquanto os homens, em grande maioria, não cumpriam o dever matrimonial. A fidelidade recíproca não cabe mais nas relações contemporâneas, como o poliamorismo, relações simultâneas, poligâmico, entre outros, deve ser repensado juridicamente para acompanhar as mudanças sociais, sem amarras religiosas ou morais.

Palavras-chaves: Infidelidade; Monogamia; Igualdade; Deveres; Transformações.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>UMA VISÃO GERAL DOS DEVERES MATRIMONIAIS.</b>	<b>11</b>
2.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO FAMILIAR	12
2.2	HISTÓRIA DA INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO	13
2.2.1	Origem do Casamento Civil	16
2.3	PRINCIPIOS QUE REGEM O CASAMENTO	17
2.4	DEVERES MATRIMONIAIS ELENCADOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	18
<b>3</b>	<b>A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA FIDELIDADE</b>	<b>21</b>
3.1	A MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO	21
3.2	A MONOGAMIA É OU NÃO NATURAL?	22
3.3	INTERESSE ESTATAL NA RELAÇÃO MONOGÂMICA	24
2.4	O DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA	25
<b>4</b>	<b>AS TRANSFORMAÇÕES DAS RELAÇÕES FAMILIARES</b>	<b>29</b>
4.1	A TRAJETÓRIA DA MULHER NA BUSCA PELA IGUALDADE E A INFIDELIDADE	29
4.1.1	A Mulher Casada antes do Código Civil de 2002	31
4.1.2	A Mulher Moderna no Direito de Família	32
4.2	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL	33
4.2.1	Dever de Fidelidade X Dever de Lealdade	34
4.3	FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS	35
4.3.1	O Poliamor e o Dever de Fidelidade	37
<b>5</b>	<b>O REPENSAR DO DEVER DE FIDELIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES</b>	<b>39</b>
5.1	A BUSCA PELO CULPADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	40
5.1.1	Anulação do Casamento e a Culpa	41
5.1.2	A Separação e a Necessidade de um Culpado	42
5.1.3	Alimentos Devidos ao Cônjuge Culpado	43
5.1.4	O Papel da Culpa nas Sucessões	45
5.2	A INEFICÁCIA DO DEVER DE FIDELIDADE	46
5.3	INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AO CÔNJUGE TRAÍDO	47
5.4	PACTOS ANTENUPCIAIS E CLÁUSULAS SOBRE TRAIÇÃO	48
5.5	UM REPENSAR PARA O PAPEL DE FIDELIDADE	52

**6.**

**CONCLUSÃO**  
**Referências**

**56**  
**60**

## 1. INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade e por conta disso tem especial proteção do Estado, com esse mandamento constitucional, sentimos a importância com que tal entidade é tratada em nosso sistema legal, o que não poderia ser diferente. A família, como entidade nuclear da sociedade, compõe o Estado em si, o que explica esse interesse a regulamentação e proteção, voltados à estabilidade e desenvolvimento sociais.

O Direito de Família cuida do ser humano desde antes do seu nascimento, ainda como nascituro, continua por toda sua vida e cuida de suas coisas após a morte. Regula sua segurança, proteção, insere-o em uma família, garante sua dignidade, interfere até nos seus laços amorosos. Por ser a finalidade da legislação organizar a sociedade, o Estado procura preservar as estruturas dos convívios existentes.

A intervenção normativa do Estado no Direito de Família, embora haja muitas críticas quanto à sua invasão na esfera dos relacionamentos privados e afetivos, se mostra eficaz, muitas vezes, para estabelecer abrigo e resguardar direitos aos entes familiares, compreendidos seus aspectos pessoais e patrimoniais. Porém, é sempre necessário que haja respeito ao princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família.

A família vem sofrendo significativamente grandes alterações nas últimas décadas, o que reflete no direito, essas novas demandas, muitas vezes, requerem regulamentação do Estado, principalmente quando nossa Constituição Federal de 1988 fixa um modelo de igualdade entre homens e mulheres e atribui valor às pessoas e aos seus sentimentos. O seio familiar passou a ser como um lugar onde a vida deve ser compartilhada, com enaltecimento da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, no Brasil, o casamento é a união civil e voluntária entre duas pessoas para o direito, uma relação monogâmica, onde os cônjuges têm o dever de fidelidade, mas onde há dever, há transgressões e é aí que temos a traição, ou seja, um relacionamento sexual ou amoroso, que pode ser esporádico ou contínuo, com pessoa externa à relação conjugal, que é visto pela sociedade como uma conduta desonrosa, humilhante e desagradável para o cônjuge traído.



O casamento traz deveres que abrangem não somente os explícitos em nosso Código Civil, mas também os de ordem moral, contemplados pelos costumes da sociedade. Nesse sentido, Schopenhauer, ao falar sobre casamento diz que “em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres”.

O presente estudo é direcionado aos direitos e deveres matrimoniais, elencados no Código Civil contraídos com o enlace conjugal, a união estável é discutida também, já que foi equiparada ao casamento pela Constituição Federal, não havendo diferenciação e nem discriminação entre as modalidades de família.

O enfoque principal é no dever de fidelidade recíproca, que provém explicitamente dos anseios morais-religiosos dominantes na cultura ocidental e dos interesses econômicos estatais. A entidade familiar está em constante transformação, em sua constituição, função e finalidade, e a legislação mais lenta, tem grande dificuldade em acompanhar tais alterações.

A lei é retardatária, sempre vem depois, assim vem a tendência em ser conservadora, afinal como relacionar afeto, com formatação de comportamentos preestabelecidos, imposição de limites, molduras nos fatos da vida?

O dever conjugal de fidelidade, insculpido no artigo 1.566, inciso I do Código Civil Brasileiro de 2002, e que foi integralmente transportado do Código Civil de 1916 (artigo 231, inciso I), afigura-se como norma que demanda análise de ordem deontológica, por intimidade a ditames morais e religiosos, mas também sob o enfoque teleológico, pela simples imposição legal e suas consequências jurídicas

Entretanto, neste trabalho, o estudo dos aspectos sociais, culturais ou religiosos do instituto, não será o foco, apesar de debatermos sobre a naturalidade da monogamia e todo o interesse velado que envolve este tema, seja socioeconômico e religioso.

No primeiro capítulo, teremos uma visão geral da história do casamento, como surgiu, o porquê do seu surgimento, toda influência romana e como criou-se o casamento civil. Os princípios norteadores do casamento, também são estudados e quais são os deveres matrimoniais elencados Código Civil Brasileiro.

No segundo capítulo, será discutido a tradição do dever de fidelidade, como ele adquiriu essa importância. Questionando a naturalidade da monogamia, a influência religiosa e estatal que enraizaram a monogamia na sociedade e o aprofundamento no dever de fidelidade nos dias de hoje.

O terceiro capítulo traz as transformações familiares ao longo dos anos com a visão principal na mulher casada. Como os Códigos anteriores tratavam a mulher comparando com o código atual. As novas formas de família, como famílias simultâneas, o poliamorismo e breves considerações sobre a união estável, já que é equiparada ao casamento.

No último capítulo, repensa-se o papel da fidelidade, a partir da culpa, analisando seu afastamento do Direito de Família a partir da Emenda Constitucional 66 de 2010 que desapareceu com o instituto da separação judicial, a ineficácia do dever de fidelidade. Aborda-se a legalidade pactos antenupciais que preveem cláusulas sobre traição e a indenização por dano moral pelo descumprimento do dever de fidelidade.

Discute-se também um paralelo com o direito civil italiano, que está com um projeto em seu parlamento para extinguir a figura da fidelidade dos deveres matrimoniais na Itália. Analisamos como seria essa extinção deste dever no Código Civil Brasileiro e quais as consequências que a extinção desse dever traria a outros institutos, ou se traria?

Sendo sempre tratado as maiores diferenças (e divergências) encontradas na Doutrina acerca do tema. Como se a monogamia é princípio do Direito de Família ou não? Se a monogamia é natural ao ser humano? Se os homens são naturalmente mais propícios a infidelidade? Se a culpa foi extinta das relações familiares? Se há indenização quando houver quebra do dever de fidelidade? E temas polêmicos como o poliamor, famílias simultâneas e a ineficácia do dever de fidelidade.

Ao colocar o aspecto moral e religioso que permeia o tema, e ater-se, exclusivamente, ao aspecto jurídico e científico, é notável que a infidelidade e os amores paralelos esteve sempre presente em toda a história da humanidade e acompanha grande parte dos relacionamentos amorosos, como aponta pesquisa que será apresentada no durante o trabalho.

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com amarras e tradições, gerando a necessidade de sempre ter uma oxigenação das suas leis, ainda mais ao se tratar de relações afetivas.

## 2. UMA VISÃO GERAL DOS DEVERES MATRIMONIAIS

Os seres humanos mudam e concomitantemente mudam seus anseios, necessidades e ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família, a maneira de organizá-la e fazê-la prosperar se altera significativamente no tempo e no espaço. O que sob o vigor e a rigidez do direito, pode se revelar engessado, por ser estreita demais a norma para a tão expansível realidade social.<sup>1</sup>

O Estado tem como dever regular as relações interpessoais, mas é necessário respeitar a dignidade, o direito à liberdade e à igualdade de todos. A norma escrita não deve aprisionar e conter os desejos, às angústias, as emoções e as inquietações do ser humano.<sup>2</sup>

É necessário que haja um limite para a intervenção do direito na organização familiar para que não sejam estabelecidas normas que interfiram em prejuízo da liberdade de cada sujeito.<sup>3</sup> A esfera privada das relações conjugais deve ser protegida e a interferência do público tem que ser evitada, mesmo o Estado tendo interesse na preservação da família. É necessário questionar a sua legitimidade para invadir a intimidade das pessoas, buscando uma participação de intervenção mínima do Estado no âmbito familiar.

Questiona-se se há razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, para justificar essa excessiva ingerência na vida das pessoas. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “uma verdadeira estatização do afeto.”<sup>4</sup>

As relações familiares mudaram e o formato de família hierárquica cedeu lugar às relações de igualdade e respeito entre os familiares, logo não cabe mais essa estrutura, muitas vezes engessada, que o sistema jurídico regula. Ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, a realidade sempre antecederá o direito.

As relações sociais são muito mais amplas do que é possível conter uma legislação, porém o fato de não haver previsão legislativa, não pode servir de justificativa para o juiz negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Euclides de e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Direito de Família e o Novo Código civil (coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias) 4. ed. 2. tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2006, p. 6-7.

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p.31.

<sup>3</sup> Ibidem, p.35.

<sup>4</sup> Ibidem, p.36.

existência de direito que vem acontecendo com os deveres matrimoniais, que por não serem atualizados, não acompanham a dinâmica da realidade.

## **2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO FAMILIAR**

A vida aos pares é um fato natural, os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento que se forma espontaneamente no meio social e sua estruturação se dá através do direito.<sup>5</sup>

A lei é uma resposta ao fato, vem para conservar uma realidade, porém a realidade se modifica, o que deve se refletir na lei, por isso a família juridicamente regulada nunca irá conseguir corresponder a uma família natural. A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições, fazendo-se “necessário uma oxigenação das leis”, conforme pontua Maria Berenice Dias.<sup>6</sup>

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família, essa estrutura psíquica possibilita os indivíduos estabelecer-se como sociedade e desenvolver relações jurídicas.<sup>7</sup>

A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A noção de família é anterior ao instituto do casamento, na Antiguidade, a formação de núcleos familiares não necessitava de uma ritualização, de cerimônia social ou religiosa. Para ter maior controle, o intervencionismo estatal instituiu o casamento como regra de conduta. Uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. O casamento como instituição deriva efetivamente de um sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual ou laico.<sup>8</sup>

O casamento gera o “estado matrimonial”, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da validação do Estado. Numa visão tradicional, a família nasce quando da celebração do casamento, que assegura direitos e impõe deveres no campo pessoal e patrimonial.

---

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 33

<sup>6</sup> Ibdem, p. 35.

<sup>7</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Direito de Família: uma abordagem psicanalítica – 4. ed. – Rio de Janeiro; Forense, 2012.

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 114.

As pessoas têm a vontade e a liberdade de escolher casar, mas, uma vez que decidam, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de relações matrimoniais. O interesse da ordem pública, sobrepõe o interesse dos próprios cônjuges.<sup>9</sup>

## 2.2 A HISTÓRIA DA INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO

O casamento empregado como fato jurídico *lato sensu* para a produção de efeitos foi continuamente observada na história da humanidade, principalmente por interesses patrimoniais, como se fosse uma negociação financeira ou de interesses estatais. Outro fator de grande relevância é a influência da religiosidade na história do casamento, pois a união permitia, em especial, a propagação e a continuidade do culto nas famílias constituídas pelos nubentes.<sup>10</sup>

Friedrich Engels, em sua obra sobre a origem da família aponta que nas sociedades primitivas não existia propriamente uma relação conjugal individualizada, mas relações familiares grupais promíscuas.<sup>11</sup> A principal preocupação das sociedades primitivas era a satisfação das necessidades primárias, prover sua própria subsistência. O homem e a mulher tinham suas tarefas divididas, por isso dificilmente os indivíduos permaneciam solteiros.<sup>12</sup>

A família romana, que por todo a sua influência no Direito Civil Brasileiro requer maior vislumbre, não era necessariamente unida pelo vínculo de sangue, mas pela identidade de culto. Um grupo sempre numeroso que era formado por um ramo principal e por um ramo secundário, este formado por serviçais e clientes que se uniam pela religião comum. Essa união religiosa se mantinha ao largo de muitas gerações.<sup>13</sup>

O *parter*, termo latino para referir-se a pai de família, exercia a chefia da família como orientador, acumulando diversas funções como sacerdote, legislador, juiz e proprietário. A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era estabelecida pela linha masculina.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. p. 152.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 114.

<sup>11</sup> ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado, 9. ed. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 1984.

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 136.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

As uniões civis não tinham a característica do sagrado advinda do nascimento do cristianismo, porém aconteciam respeitando alguns aspectos da tradição romana. Havia vários tipos de casamento: o *confarreatio*, cerimônia realizada com um pão de trigo, levava essa denominação porque uma torta de cevada era dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava, essa cerimônia tinha características religiosas; o *coemptio*, venda simulada da mulher ao *pater familias*, todo ritual acontecia em cima da teatralização da venda, consistia em uma venda da mulher por quem exercia o pátrio poder.<sup>15</sup>

Existiam casamentos com características bem modernas para o período: o *usus* e o *sine manu*. O primeiro, *usus*, significava que a mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência, porém se a mulher passasse três noites consecutivas fora de casa, ou seja, longe do marido, o casamento estaria terminado.

O segundo, *sine manu*, era o casamento que se dava sem a subordinação da mulher à família do marido, nesse modelo de casamento a mulher tinha a permissão de usufruir de seus bens sem nenhuma forma de dominação, sem qualquer outra exigência, nem mesmo de convivência. Essa modalidade de casamento, que desonera a mulher dos vínculos estreitos com a família do marido, passa a ocupar lugar predominante nos matrimônios a partir do período da República.

Na época clássica, os casamentos *cum manum* passam a ser excepcionais, abolindo-se definitivamente o *usus*. A *confarreatio* ficou limitada a um reduzido número de pessoas, pois os aspirantes a altos cargos sacerdotais deveriam provir por nascimento dessa modalidade de casamento.<sup>16</sup>

A natureza do vínculo do casamento romano desgarrado do sentido religioso original o aproxima do concubinato ou da atual união estável. Somente o Cristianismo transforma essa noção, ao considerar o matrimônio um sacramento.<sup>17</sup> Outro fato a ser destacado no casamento romano é que era incentivado a prole, impondo perdas patrimoniais aos solteiros e aos casados sem filhos.<sup>18</sup> E por isso, o Direito não era contrário às segundas núpcias.

---

<sup>15</sup>AGUIAR, Lilian Maria Martins de. "Casamento e formação familiar na Roma Antiga "; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/casamento-formacao-familiar-na-roma-antiga.htm>>. Acesso em 01 de agosto de 2017.

<sup>16</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 137.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

A utilização do matrimônio como negociação financeira ou de estados foi continuamente observado na história da humanidade, o que na Idade Média ficou ainda mais a florado quando o casamento era negociado entre nobres de reinos distintos, principalmente nas classes mais nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A Igreja também possuía seu interesse já que o casamento daria continuidade do culto nas novas famílias constituídas.<sup>19</sup> A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica.

Sobre isso Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>20</sup>, escreveram:  
“ Enquanto o casamento romano nada mais era do que um fato social do qual decorriam certos efeitos jurídicos, para o Direito Canônico, era entendido como o fundamento da sociedade. O advento do Cristianismo, portanto, sacralizado o casamento, alterou a própria concepção de família, que deixava de ser, na forma do Direito Romano, simplesmente o núcleo de pessoas submetido à autoridade de um mesmo *pater familias*, para identificar aqueles que estavam unidos pelo sagrado matrimônio religioso. ”

O núcleo familiar, dentro de uma sociedade conservadora, precisava dispor de perfil hierarquizado e patriarcal para ter aceitação social e reconhecimento jurídico e ser chancelado pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família, a partir da Idade Média, tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada pelos parentes formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho, assim o crescimento da família proporcionava melhores condições de sobrevivência a todos.<sup>21</sup>

Com a revolução industrial, esse modelo não sobreviveu, a necessidade de mão de obra aumentou consideravelmente, principalmente para desempenhar atividades terciárias, o que fez com que a mulher ingressasse no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família.

---

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 115.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 34



A estrutura familiar se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e sua prole, modificando totalmente seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores, levando a uma aproximação maior dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes, a concepção de família formada por laços afetivos de carinho e amor surge.<sup>22</sup>

Assim, a valorização do afeto deixa de ser apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. O que resulta na lógica de que se cessado o afeto, estará ruída a base de sustentação da família e a dissolução do vínculo do casamento.

### **2.2.1 ORIGEM DO CASAMENTO CIVIL**

A família ocidental sofreu diversas grandes mudanças, alterando seus valores, e esse modelo institucionalizado do casamento unicamente religioso, passou a ser questionado, assim surgiu paralelo ao casamento religioso, o casamento civil, como negócio jurídico, onde todos podem casar independente de crença ou religião.<sup>23</sup>

No Brasil, durante o Império, apenas se conhecia o casamento católico, por ser essa a religião oficial do Estado. Com o fenômeno das imigrações aumentando, cresceu o número de pessoas que professavam outras religiões, instituiu-se, ao lado do casamento eclesiástico, o de natureza civil. Com a lei de 1861, passou-se a permitir o casamento misto, entre católicos e não católicos, realizado sob a disciplina canônica, e o casamento de pessoas de outras religiões, em obediência às respectivas seitas.<sup>24</sup>

No período republicano foi introduzido o casamento civil obrigatório, como consequência da separação da Igreja do Estado, o que se consolidou com a promulgação do Código Civil Brasileiro. Por seu um país muito religioso, criou-se o costume do duplo casamento, civil e religioso, o que acontecia em sua grande maioria. Com isso, na Constituição de 1934, procurou-se atribuir efeitos civis ao casamento religioso. O legislador disciplinou na lei n. 1.110/50 que o casamento religioso equivale

---

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 116.

<sup>24</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 141.

ao civil quando os consortes promoverem o devido processo de habilitação perante o oficial de registro, na forma da lei civil.<sup>25</sup>

### **2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O CASAMENTO**

Orlando Gomes, doutrina que os princípios que regem o casamento são três, os princípios da livre união dos futuros cônjuges, da comunhão indivisa e da monogamia.<sup>26</sup>

O princípio da livre união dos futuros cônjuges é essencial, afinal o casamento advém do consentimento dos próprios nubentes, que devem ser capazes para manifestá-lo, não sendo possível a substituição do consentimento dos contraentes e nem autolimitação de suas vontades pela condição ou por termo.<sup>27</sup>

A comunhão indivisa, é um princípio que valoriza o aspecto moral da união sexual de dois seres, já que o matrimônio tem como objetivo criar uma plena comunhão de vida entre os cônjuges, que pretendem passar juntos as alegrias e dissabores.<sup>28</sup>

O princípio da monogamia é adotado por diversos países que entendem que a entrega mútua só é possível no matrimônio monogâmico, não permitindo a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa, punindo severamente a bigamia, o que está tipificado como crime no Código Penal Brasileiro, e também, estabelecido no Código Civil de 2002, no artigo 1.521, IV.<sup>29</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho discordam de Orlando Gomes nesse último quesito, pois preferem encarar a monogamia como uma nota característica do nosso sistema, e não como um princípio, dada a forte carga normativa desse último conceito, principalmente por considerar as peculiaridades culturais de cada sociedade.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> *Ibidem* p. 142.

<sup>26</sup> GOMES, Orlando

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 112.

## 2.4 DEVERES MATRIMONIAIS ELENCADOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o matrimônio nascem para os consortes, situações jurídicas que impõem direitos e deveres recíprocos, de interesse social e público, e que não se medem em valores pecuniários.<sup>31</sup> No Código Civil Brasileiro vigente, o instituto do casamento está previsto e dele decorre alguns deveres para ambos os cônjuges, elencados no artigo 1.566.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

O ato matrimonial instaura entre os cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal, pois o matrimônio requer coabitação, o que consiste nos consortes viverem juntos. Ambos são devedores dessa prestação, podendo um exigir do outro seu cumprimento, por ser o dever de coabitação recíproco.<sup>32</sup>

O dever de vida em comum dos consortes sob o mesmo domicílio conjugal não é absoluto, pois existem casos excepcionais que a coabitação física é impedida, como um casal em que um dos cônjuges tenha que viver em um hospital por conta de uma enfermidade ou até mesmo que não possam coabitar por conta de exercer uma profissão em outra localidade, como acontece com os oficiais da marinha.

Nestes casos não há comunhão de vida, porém não há quebra do dever de vida em comum, por se tratar de exceções impostas no interesse do próprio casal.<sup>33</sup> Pois, a quebra do dever seria se um cônjuge abandonasse a esfera de convivência com o outro, passando a residir em local diverso, sem motivo justificado e contra a vontade do seu consorte.<sup>34</sup>

O dever de mútua assistência não se restringe ao amparo recíproco de cunho material, mas de algo maior, apoio mútuo moral e espiritual. Para Pablo Gagliano

---

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro (Direito de Família), 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 146.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>34</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit. p. 298.

Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>35</sup> desdobra a mútua assistência em dois planos: assistência moral e assistência material.

Na assistência material, além das prestações de fazer, o cônjuge tem o dever de assistir materialmente o outro cumprindo o dever de alimentos. Já na assistência moral, os cônjuges ao se casarem assumem mutuamente a condição de companheiros de vida, consolidando a obrigação recíproca de apoio moral, psicológica e espiritual.<sup>36</sup>

A mútua assistência se circunscreve aos cuidados pessoais, ao socorro, ao apoio e ao auxílio constante em diversos momentos da vida. Ao apreciar esses deveres, deve-se levar em conta também as condições e ambiente de vida do casal, bem como as circunstâncias de cada caso. Estão implícitos nesta assistência deveres como o respeito e consideração mútuos.<sup>37</sup>

O dever de mútua assistência dá origem, também, a obrigação alimentar recíproca, a responsabilidade pela subsistência do consorte independe da vontade dos cônjuges. Trata-se de ônus que surge no ato do casamento, mas a exigibilidade da obrigação alimentar está condicionada ao fim da relação, sendo ineficaz sua renúncia em pacto antenupcial, por ser seqüela do dever de assistência que é uma imposição legal.<sup>38</sup>

Já o dever de sustento, guarda e educação dos filhos está equivocadamente previsto nos deveres matrimoniais, pois este dever deriva da condição de pais e não de casados, e este dever é imposto a todo pai e toda mãe, independentemente de estarem casados ou não, é decorrência do próprio poder familiar e não do casamento.<sup>39</sup>

O dever matrimonial de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial. Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro, a liberdade sexual dos consortes fica restrita ao casamento.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 149.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direitos das Famílias* – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 565

<sup>39</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.* p. 303.

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, 164.

### 3. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA FIDELIDADE

O instituto do casamento e os deveres inerentes a ele derivam da organização social, influenciado por interesses religiosos ou econômicos. A noção de “família” é muito anterior ao casamento que se tem hoje, para a formação de núcleos familiares não era necessário a realização de cerimônia social ou religiosa.

Mesmo não havendo uma definição na lei do que seja casamento, sempre foi visto como uma base da sociedade e da moralidade. O que faz com que os nubentes ingressem pela vontade em um casamento, porém tem a forma prevista em lei que estabelece suas normas e seus efeitos. Maria Berenice Dias citando Salvat<sup>41</sup>, traz essa ideia de que as pessoas têm a liberdade de realizar o casamento, mas uma vez que decidem casar, a lei impera na regulamentação de suas relações e a vontade dos nubentes é posta de lado.

Deixando de lado o aspecto eminentemente moral, é de fácil percepção que a infidelidade e os amores paralelos fazem parte da trajetória da própria humanidade, caminhando lado a lado com a história do casamento.<sup>42</sup>

#### 3.1 A MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO

Orlando Gomes<sup>43</sup> diz que são três princípios que regem o casamento: a livre união dos futuros cônjuges, a monogamia e a comunhão indivisa. A palavra monogamia significa “Estado ou condição de monógamo”, monógamo, por sua vez, significa:

“1. Que ou aquele que tem uma só esposa. 2. Diz-se de animal que acasala com uma fêmea.”<sup>44</sup>

A etimologia da palavra monogamia vem do grego *μονός*, *monos*, o que significa “um” ou “sozinho”, e *γάμος*, *gamos*, que significa casamento.

---

<sup>41</sup> SALVAT apud DIAS, Maria Berenice. “O dever de fidelidade” Disponível em: <<http://www.affiguiereido.com.br/artigos/Berenicedever.pdf>>. Acesso: 10 de julho de 2017

<sup>42</sup> GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 461.

<sup>43</sup> GOMES, Orlando

<sup>44</sup> MONOGAMIA. Dicionário online do Aurélio. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/monogamia>>. Acesso em: 08 de julho 2017

Levando em consideração o contexto sociocultural que estamos inseridos no qual impera a ideia de que devemos prezar sempre pela exclusividade nos relacionamentos amorosos com apenas um parceiro, a monogamia é vista como um princípio por uma significativa parte da doutrina.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>45</sup>, enfrentam este debate e preferem encarar a monogamia como uma nota característica do sistema e não como um princípio, justificando ter um princípio uma forte carga normativa, que preferem evitar já que devem considerar a cultura de cada sociedade.

Seguindo esta linha de pensamento Maria Berenice Dias<sup>46</sup>, diz que a monogamia não se trata de um princípio e sim de uma regra que restringe múltiplas relações de matrimônio, constituídas sob a chancela do Estado. Ao Direito interessa saber que em sua essência está uma proibição de ordem sexual.

E mesmo a lei recriminando de diversas formas quem descumpre o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, já que a própria Constituição não a contempla e veda qualquer discriminação aos filhos nascidos de relações adulterinas.<sup>47</sup>

### **3.2 A MONOGAMIA É OU NÃO NATURAL?**

Sigmund Freud citado por Rodrigo da Cunha Pereira<sup>48</sup> associa a origem da monogamia à virgindade da mulher e à ideia de posse e propriedade, afirmando ser essa a essência da monogamia, o direito de posse exclusiva da mulher.

Poucas particularidades da vida sexual dos povos primitivos são tão estranhas a nossos próprios sentimentos quanto a valorização da virgindade, o estado de intocabilidade da mulher(...). A exigência de que a moça leve para o casamento com determinado homem qualquer lembrança de relações sexuais com outro nada mais é, realmente que a continuação lógica do direito

---

<sup>45</sup> GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 112

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p.45.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> FREUD, Sigmund apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004.

de posse exclusiva da mulher, que constitui a essência da monogamia, a extensão desse monopólio para incluir o passado.

Engels<sup>49</sup> teoriza que a monogamia está diretamente entrelaçada a questões econômicas e sobre isso diz que:

“A monogamia não foi de modo algum fruto do amor sexual individual, mas uma mera convenção decorrente do triunfo, da propriedade privada sobre o condomínio espontâneo primitivo. A constituição da família pelo casamento tem por finalidade a procriação de filhos, que têm de ser filhos do patriarca, pois estão destinados a se tornar os herdeiros da sua fortuna. ”

Em pesquisa realizada em junho de 2016 pela Mosaico 2.0<sup>50</sup>, conduzida pela psiquiatra Carmita Abdo, coordenadora do Projeto Sexualidade do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, entre homens e mulheres, a média nacional de traição é de 40,5%, sendo que os homens traem mais do que as mulheres no Brasil. Entre eles, 50,5%, admitem já terem sido infiéis em seus relacionamentos. Entre as mulheres, a traição foi admitida por 30,2%.

É notável que a monogamia foi imposta a sociedade por influências religiosas, econômicas e estatais, já que mesmo sendo um dos deveres impostos ao casamento, na prática temos um índice de quase metade de não cumprimento do dever de fidelidade, o que reforça a não naturalidade desta característica a nós imputada.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplono Filho apontam o discurso da psicóloga Noely Montes de Moraes<sup>51</sup>, professora da PUC-SP, que discorre sobre a naturalidade da monogamia:

“ a etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte

---

<sup>49</sup> ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado, 9. ed. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 1984.

<sup>50</sup> Disponível em: <<http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-da-saude/perfil-sexual-dos-brasileiros-revela-diferencas-entre-homens-e-mulheres/>> Acesso em: 10 de junho de 2017

<sup>51</sup> MORAES, Noely Pontes apud GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 463

da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo”.

A monogamia surgiu como uma forma de controle da sexualidade feminina, com o intuito de assegurar a concentração de patrimônio através da hereditariedade<sup>52</sup>. Quando a civilização ocidental esteve sob o domínio da Igreja Católica, a absorção do conceito monogâmico sob a premissa da espiritualidade e do sacramento da família foi imposta. Ou seja, a monogamia se assenta nesses dois solos, o patrimonial e o religioso.

O dever de fidelidade, pelo menos na concepção tradicional, que a identifica com a exclusividade, já não cabe mais, a monogamia não é algo natural e inerente ao ser humano, a fidelidade não é uma realidade existente para ser um valor juridicamente tutelado, mitigando a vontade das partes de cada relacionamento.<sup>53</sup>

### **3.3 INTERESSE ESTATAL NA RELAÇÃO MONOGÂMICA**

O interesse estatal em manter a estrutura familiar é tamanha, que tornou a família base da sociedade, por isso a relação monogâmica é protegida, por ser uma função ordenadora da família. A monogamia não foi instituída em favor do afeto dos cônjuges, mas tratando-se de uma mera convenção da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo.<sup>54</sup>

A monogamia apesar de dispor de valor jurídico, é um valor muito mais moral, que serve para questões patrimoniais, sucessórias e econômicas por isso tem o interesse do Estado, o que denota um efetivo desvio de função deste.

Apesar da sociedade ocidental ter uma moralidade acentuada, a elevação da fidelidade recíproca como dever do casamento é invasivo e extrapola significativamente o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de família. As relações sentimentais não devem ser expostas, há um excesso por parte do Estado

---

<sup>52</sup> ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado, 9. ed. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 1984.

<sup>53</sup> GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 463

<sup>54</sup>DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 45.



na intimidade, pois só cabem aos cônjuges definir e aceitar as particularidades das suas relações.<sup>55</sup>

Não cabe ao Estado intervir na estrutura familiar da mesma forma como interfere nas relações contratuais, o seu papel deve ser de apoio e assistência e não de invasão e interferência na intimidade familiar.<sup>56</sup> Os órgãos públicos devem ser requeridos quando houver verdadeira lesão ou ameaça a interesse jurídico da família ou de um dos seus integrantes, o que deve ser visto com cautela para não ferir este princípio.

Ocorre que diante do princípio da intervenção mínima no Direito de Família, o Estado não poderia impor, como um dever a fidelidade recíproca, invadido assim a intimidade das relações de afeto matrimoniais, a família contemporânea não admite mais esta ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros.

Questiona-se até que ponto o Estado pode intervir nestas questões que deveriam dizer respeito apenas ao casal, o limite entre o público e o privado para manter-se uma organização jurídica sobre a família, em que o eixo estrutural gira em torno da monogamia. Neste sentido, a infidelidade torna-se interesse do Estado na medida em que ele pretende dar proteção às famílias, o que deveria ser por meio de pacto particular do casal para determinar essas regras.<sup>57</sup>

### **3.4 O DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA**

A monogamia é utilizada como base das relações afetivas no Brasil, mesmo a realidade da sociedade tendo índices alarmantes de casos extraconjugais, independentemente deste conceito encontra-se no juízo de realidade, como uma causa social, antropológica ou psicológica ou ainda no juízo de valor, positivado em nosso ordenamento jurídico.

A fidelidade recíproca é o primeiro dos deveres de um cônjuge para com o outro, conforme artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro, este dever representa a

---

<sup>55</sup> GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit, p. 290.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>57</sup> Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004.

sociedade altamente monogâmica que se vive, não constituindo tão somente um dever moral, mas sendo exigido pelo direito em nome dos interesses da sociedade. A fidelidade ao tornar-se um dos deveres do casamento demonstrou que o “impulso” da infidelidade existe. Maria Berenice Dias<sup>58</sup> define lucidamente que:

“O interesse pela manutenção da família como base da sociedade leva o Estado a arvorar-se no direito de impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges. [...]. Para o estabelecimento de relações familiares é necessário impor limitações e interdições ao desejo. Daí a imposição de um interdito proibitória a infidelidade. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o direito funciona como uma sofisticada técnica de controle das pulsões, e a imposição da fidelidade é uma renúncia pulsional.”

O dever da fidelidade recíproca mesmo sendo indicado na lei como requisito obrigacional a manutenção da fidelidade, trata-se de direito cujo adimplemento não pode ser exigido em juízo.<sup>59</sup>

Ou seja, se um dos cônjuges não cumprir com esse dever ainda durante o casamento não há demanda para que cumpra esse dever, que seria no caso uma obrigação de não-fazer. E, caso viessem a demandar esse direito, como poderia o juízo executar uma sentença determinado o réu de abster-se sexualmente com outros indivíduos fora da sua relação matrimonial.<sup>60</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>61</sup> divide em dois grupos os seres humanos em relação ao dever de fidelidade, alguns tem a fidelidade intrínseca a sua personalidade e mantém-na funcionando como um pressuposto natural de respeito e para este grupo não haveria necessidade de colocar a fidelidade como um dever, já que é inerente a elas.

Já para os demais, torna-se necessário a fidelidade como um dever legal, pois têm uma propensão natural à infidelidade e precisam sofrer um interdito proibitório

---

<sup>58</sup> DIAS, Maria Berenice. “O dever de fidelidade” Disponível em: <<http://www.affigueiredo.com.br/artigos/Berenicedever.pdf>>. Acesso: 10 de julho de 2017

<sup>59</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> Idem.

com a função de barrar os excessos daquilo que extrapola o convencional no campo social.<sup>62</sup>

A infração ao dever de fidelidade pode se dar de diversas maneiras, desde que haja um terceiro elemento não autorizado com relação afetiva ou sexual com um dos cônjuges, não sendo caracterizado somente com a conjunção carnal.<sup>63</sup> Para Orlando Gomes<sup>64</sup>, a ruptura do dever de fidelidade só se caracteriza com o adultério, ou seja, somente com a conjunção carnal com outra pessoa fora da relação conjugal.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>65</sup> em contraponto trata a conjunção carnal como a forma mais drástica de quebra do dever de fidelidade, porém não é a única e fazem uma diferenciação de várias modalidades de infidelidade.

A primeira modalidade é o “quase-adultério” em que um dos cônjuges trocam carícias e preliminares, mas não consumam a conjunção carnal, com outro alguém que não esteja na relação conjugal. Nesta modalidade configura-se a ruptura do dever de fidelidade, apesar de não haver a conjunção carnal.<sup>66</sup>

O segundo é o “adultério casto ou de seringa” a infidelidade se dá por meio de uma inseminação artificial heteróloga, usa-se o material genético de um terceiro, sem a autorização do outro cônjuge.<sup>67</sup>

O “adultério precoce” é quando um cônjuge abandona o outro de modo vexatório logo após a realização do matrimônio. E, por fim, o “adultério virtual” que caracteriza as relações afetivas e de intimidade com terceiros, sem consentimento do cônjuge, por vias eletrônicas. Apesar de não haver um contato físico, ainda sim esse comportamento transgressor configura-se como infidelidade.<sup>68</sup>

Logo, o que configura a infidelidade é a união conjugal fora do laço familiar, sendo necessário, portanto, saber se esse laço comporta uma, duas ou mais relações conjugais. O que torna ilusória a noção de que a monogamia é forma única de

---

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit, p. 290.

<sup>64</sup> GOMES, Orlando. p.

<sup>65</sup> GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit, p. 294.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> Ibidem. p. 295.

organização conjugal, se a relação para além de um único cônjuge já consubstanciaria a infidelidade.

O dever moral e jurídico do dever de fidelidade recíproca, decorre do carácter monogâmico das relações conjugais e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.

## **4. AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

### **4.1 A TRAJETÓRIA DA MULHER NA BUSCA PELA IGUALDADE E A INFIDELIDADE**

A Constituição Federal de 1988 enfatizou que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações no seu artigo 5º, inciso I. Desse modo, foi banida juridicamente qualquer forma de desigualdade de gêneros. O que só veio acontecer depois de séculos de tratamento discriminatório, expostos, inclusive, nas legislações pretéritas. A distância entre os homens e as mulheres vem, mesmo que em um processo lento, sendo diminuída.<sup>69</sup>

A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros que não podem ser ignoradas pelo direito, seguindo o princípio constitucional da isonomia, a maior dificuldade é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos oferecendo-lhes as mesmas oportunidades e sem discriminá-los.

Está superado o entendimento de que modelo não é masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. Sendo que a forma de implementar a igualdade é concedendo à mulher o tratamento diferenciado de que os homens sempre desfrutaram.<sup>70</sup>

A fidelidade como uma expressão natural da monogamia, muitas vezes, é vista como algo natural enraizado à mulher e não para o homem. Desta forma é questionado se o impulso à infidelidade é uma propensão natural ao ser humano e se existe diferença para o gênero masculino e feminino.

Porém, do ponto de vista jurídico, com a proclamação da igualdade de direitos entre homens e mulheres, a obrigação do dever de fidelidade é recíproca, conforme previsão do artigo 1.566 do Código Civil. Embora na lei esteja presente essa reciprocidade, na prática sempre houve pesos e valores diferentes para homens e mulheres.<sup>71</sup>

Com a Revolução Industrial e o acesso da mulher ao mercado de trabalho a relação homem e mulher começou a ser remodelada, comprovando a teoria de

---

<sup>69</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 50.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004

Friedrich Engels<sup>72</sup>, de que a monogamia está fortemente influenciada pela questão econômica:

(...) desde que a grande indústria arrancou a mulher do lar para atirá-la ao mercado de trabalho, e à fábrica, convertendo-a, frequentemente, em sustentáculo da casa, ficaram desprovidos de qualquer base os restos da supremacia do homem no lar proletário, excetuando-se, talvez, certa brutalidade no trato com as mulheres, muito arraigada desde o estabelecimento da monogamia.

A monogamia foi imposta aos relacionamentos conjugais como uma forma de escravização de um sexo pelo outro, do homem sobre a mulher, principalmente garantindo que a paternidade seja indiscutível e que os filhos como herdeiros terão assegurada a transmissão da herança, simplesmente, apenas como uma forma de proteção do patrimônio e não como uma forma mais elevada do matrimônio, uma reconciliação entre o homem e a mulher.<sup>73</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>74</sup>, ressalta que a monogamia só prevalece até os dias de hoje, porque é utilizada contra a parte economicamente mais fraca, no caso as mulheres, sendo utilizada para os interesses masculinos, ele acredita que a partir do momento que as desigualdades entre os gêneros desaparecerem a regras de fidelidade chegarão ao seu fim.

A monogamia foi um grande progresso histórico, mas foi também uma forma de garantir as riquezas privadas e paradoxalmente a escravidão e o regime patriarcal se instalaram às custas da dor e da repressão de outros. (...) O sistema monogâmico surgiu, portanto, por razões econômicas, e com uma divisão sexual do trabalho que atribuiu ao homem uma preponderância. Este sistema só se sustentou até hoje porque suas regras de fidelidade eram válidas para a parte economicamente mais fraca. A partir do momento em que não houver mais diferenças econômicas entre os gêneros e na medida em que as leis vão proclamando a igualdade, certamente as regras da fidelidade também sofrerão modificações, como parece que já está acontecendo. A infidelidade masculina provavelmente terá o mesmo peso e valor que a feminina.

---

<sup>72</sup> ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado, 9. ed. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 1984.

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004

No mundo ocidental, a infidelidade masculina sempre foi vista como algo natural e tolerável, acreditando ser a infidelidade masculina sempre um desejo momentâneo, algo inerente aos homens, que não afetaria a relação conjugal, já que era algo natural a eles, enquanto que para as mulheres, que sempre foram reprimidas em suas vontades e sexualidade, a infidelidade teria a ver com afetividade, o que comprometeria a estabilidade do seu lar. Numa demonstração clara de toda desigualdade e controle de um gênero sobre o outro.

Ainda que a infidelidade masculina seja mais frequente, todos os seres humanos estão da mesma forma sujeitos a desvios e tropeços de conduta nas relações conjugais, não sendo possível, ainda que em nível psicológico, uma escala de gravidade,<sup>75</sup> já que isso depende de pessoa para pessoa, e não de gênero. O dever de fidelidade é exigido, tanto para o homem quanto para a mulher, não há espaço para configurar diferentes tipos de dor de ser traído, por conta unicamente de gênero.

#### **4.1.1 A MULHER CASADA ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O Código Civil de 1916 retratava todo conservadorismo e patriarcalismo da sociedade naquela época, demonstrando uma superioridade elevada ao homem, que era o chefe da família.

A situação da mulher casada era ainda mais degradante que as mulheres solteiras, já que ao casar ela se tornava relativamente capaz, perdia sua capacidade plena, era obrigada a adotar o sobrenome do marido e precisava de autorização do cônjuge até mesmo para trabalhar. O patrimônio normalmente ficava em nome do homem, se houvesse separação ou morte nada a mulher recebia.

A “família legítima”, considerada à época, era constituída somente com o casamento, as relações extramatrimoniais eram chamadas de concubinatos, que eram relações excluídas socialmente e juridicamente.<sup>76</sup> Os filhos advindos dessas relações eram considerados filhos ilegítimos e não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado, enquanto a mãe sustentava o filho sozinha.

A Lei do Divórcio 6.515/77 ajudou a começar a romper a hegemonia masculina, trazendo alguns avanços para a mulher, tornando facultativa a adoção do sobrenome

---

<sup>75</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 289.

<sup>76</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 106.

do marido, estendeu o direito a alimentos a ambos os cônjuges, retirando a exigência da mulher ser honesta e pobre. Mas a mais significativa das mudanças no Direito de família para a mulher foi com a Emenda Constitucional 66 de 2010 em que foi retirado o instituto da culpa, o qual a mulher sempre foi estigmatizada.<sup>77</sup>

#### **4.1.2 A MULHER MODERNA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

O Código Civil de 2002 acompanhou alguns avanços da mulher, porém ainda sacraliza a fidelidade da mulher, como quando presume que os filhos da esposa sempre serão de seu marido, manteve a separação impondo a instituição de culpados e colocando prazos para o divórcio, esses últimos que já foram extintos pela Emenda Constitucional 66 de 2010.

Já que é absolutamente desnecessário a identificação de um culpado para a separação. O que em uma sociedade patriarcal causava maiores prejuízos a mulher, pois sempre foi mais restrita a moral sexual feminina.

Porém, o Código Civil Brasileiro pecou com a mulher, que na nossa sociedade na maioria das vezes é a vulnerável deste tipo de relação, ao negar proteção legal às uniões paralelas, como bem explana Maria Berenice Dias<sup>78</sup>:

Mas cabe perguntar: quem mantém uniões simultâneas? Não é um comportamento exclusivamente masculino? Não é o homem quem trai? Assim, quem afrontou o dogma da monogamia, cometeu adultério e deixou de cumprir o dever de fidelidade? Logo, injustificável que seja beneficiado aquele que mantém um duplo vínculo afetivo. Questiona-se somente a ele a intenção de constituir família. Presume-se que o fato de manter duas entidades familiares significa que não quis formar família com uma ou nenhuma das mulheres. Assim, o homem sai do relacionamento sem qualquer responsabilidade, e o prejuízo é sempre da mulher. O que parece ser um castigo é um privilégio que só beneficia o parceiro adúltero, que não divide o patrimônio amealhado com a colaboração da mulher, nem lhe presta alimentos.

#### **4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL**

Com a evolução dos costumes, e principalmente após a Constituição da República Federativa do Brasil, houve o reconhecimento e a legitimação do Estado a

---

<sup>77</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>78</sup> Ibidem p. 109.



outras formas de constituição de família, e à expressão cônjuge deve ser estendida a compreensão de qualquer forma de família conjugal.

Sobre a comparação entre os institutos da união estável e do casamento, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>79</sup> escrevem:

Com a admissão expressa da Constituição Federal da união informal entre o homem e a mulher como família, rompeu-se uma tradicional supremacia do modelo casamentário como único *standard* possível e legitimado. Consoante já tivemos oportunidade de afirmar, a normatização constitucional consagrou um sistema aberto, inclusivo e não discriminatório, não se afigurando admissível permanecer de fora do seu âmbito de tutela uma forma de união familiar tão antiga quanto o casamento. Mas, note-se que ao consagrar a união estável como forma de família, o constituinte equiparou-a, mas não a indentificou-a ao casamento. É voz recorrente na doutrina que identificação não há, não apenas por se tratar de institutos distintos, com as suas próprias peculiaridades, pois, se assim o fosse, o constituinte, no referido § 3º do art. 226, não teria referido que a lei ordinária facilitaria a conversão da união estável em casamento. Mas dessa previsão de conversibilidade, não se conclua, equivocadamente, haver uma hierarquia entre os institutos. Aliás, em nosso sentir, nem espaço haveria para supremacia de direitos dos cônjuges em face do companheiro: uma vez reconhecida a união estável, afrontaria o próprio sistema constitucional conceber-se um tratamento privilegiado ao cônjuge em detrimento do dispensado companheiro.

Deve ser inexistente hierarquia entre estes dois institutos, até porque a Carta Magna equiparou a união estável ao casamento, tornando-se inconstitucional quaisquer tratamentos diferenciados ou discriminatórios a este instituto. Visto que a base do conceito de família é o afeto, não deve haver nenhuma diferenciação entre as modalidades de família.

#### **4.2.1 DEVER DE FIDELIDADE X DEVER DE LEALDADE**

O Código Civil Brasileiro, ao tratar sobre casamento, dispõe em seu artigo 1566, inciso I, sobre os direitos e deveres de ambos os cônjuges, entre estes, a fidelidade recíproca. Já no seu artigo 1.724, o Código Civil dispõe sobre os direitos e deveres recíprocos no que tange à união estável:

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

---

<sup>79</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. p. 420

Os deveres de lealdade, respeito e assistência podem ser considerados direitos e deveres de ambos os companheiros reciprocamente. Já o de guarda, sustento e educação dos filhos são obrigações dos companheiros para com seus filhos.

O termo “infidelidade” tem o prefixo *in*, que significa negação e o termo “fidelidade” tem por raiz *fides*, que significa, fé. Ou seja, infiel é aquele que não comunga da mesma fé, ou que rompe a confiança.<sup>80</sup>

No âmbito da união estável poderia se imaginar que pela ausência do termo “fidelidade” proporcionaria uma maior liberalização neste sentido. Entretanto, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º, bem como a doutrina de forma dominante, equipara a união estável e casamento em vários aspectos, entre eles ao dever de fidelidade que está expresso no termo “lealdade”.

O dever de fidelidade, previsto expressamente no caso do casamento, está implícito dentro do dever de lealdade, em razão do conceito traduzir-se no conceito de fidelidade. Ao verificar os sinônimos da palavra fidelidade<sup>81</sup> os termos encontrados são: lealdade, honradez, honestidade, integridade, pontualidade, constância, firmeza, perseverança, entre outros. É possível, assim, conceituar o dever de fidelidade como a lealdade entre os parceiros, principalmente no que diz a respeito das relações cujo principal objetivo seja o prazer físico e a satisfação sexual.

Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>82</sup> destaca que o termo lealdade deveria ter sido utilizado como dever matrimonial, também, já que seu sentido é mais amplo.

A lealdade, qualidade de caráter, implica um comprometimento mais profundo, não apenas físico, mas também moral e espiritual entre os

---

<sup>80</sup> SIMÃO, José Fernando. Fidelidade: um dever jurídico ou um dever moral. Conjur. São Paulo, 28 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-28/processo-familiar-fidelidade-dever-juridico-ou-elemento-moral>. Acesso em: 10 de agosto de 2017

<sup>81</sup>FIDELIDADE. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/fidelidade/>. Acesso em: 20 de agosto de 2017

<sup>82</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit. p. 288.

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. Se um cônjuge trai o outro e não esconde tal fato, não estará sendo desleal. Mas na maioria dos casos a fidelidade está conectada ao conceito de lealdade. O legislador deveria utilizar para os cônjuges a lealdade como na união estável, que é tecnicamente mais amplo.

Estes deveres conjugais, fidelidade e lealdade, tão enfatizados em nosso Código Civil até que ponto poderão acarretar maiores consequências jurídicas aos cônjuges e companheiros em face de um descumprimento.

O desrespeito a estes deveres configura-se, a princípio pela prática de relação sexual com pessoa estranha ao casamento ou à união estável.<sup>83</sup> Entretanto, não necessariamente o descumprimento se dá pela conjunção carnal, mas por práticas que demonstrem o propósito de satisfação de instinto sexual e afetivo fora da relação conjugal.

#### **4.3 FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS**

A manutenção de famílias simultâneas é algo predominantemente masculina, que sempre foi tolerado e incentivado pela sociedade machista, geralmente um homem mantendo duas ou mais relações conjugais em simultaneidade. São relações que geram consequências merecedoras de tutela, principalmente quando envolve filhos ou aquisição de patrimônio, o que leva a diversas vertentes entre os doutrinadores sobre este assunto.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>84</sup>, classifica este tipo de relação como concubinato adúlterino e por defender a monogamia como um princípio norteador do Direito de

---

<sup>83</sup> GARCIA, Carolina Ribeiro. O dever de fidelidade no casamento e na união estável e suas possíveis consequências Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5222>>. Acesso em: 21 agosto 2017.

<sup>84</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004.

Família, questiona se ao conceder direitos aos concubinos estaria indo contra este princípio basilar.

(...)é necessário para manter coerência com o princípio da monogamia, fazer uma diferenciação entre concubinato adúlterino e não-adúlterino. São relações que têm pesos e consequências patrimoniais diferentes. O concubinato não-adúlterino, ou seja, a união estável, é aquela relação sem casamento oficial, mas que constitui uma família e cujas consequências patrimoniais, caso não haja contrato firmado entre as partes, são as mesmas de um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o art. 1.723 e segs. do Código Civil de 2002. Da mesma forma constitui uma união estável se uma das partes é casada, mas aquele casamento é mera reminiscência cartorial, seja porque já há uma separação de fato, ou mesmo não tendo uma separação de fato o casamento é uma mera aparência. É que o direito deve proteger a essência muito mais que a forma ou a formalidade das relações. O concubinato adúlterino, ou simplesmente concubinato, como estabelece o art. 1.727 do Código Civil de 2002 é aquela relação que originou uma família, fazendo com que existam duas famílias ao mesmo tempo, seja paralela ao casamento ou a uma união estável. O elemento definidor aí é a simultaneidade das relações de família, que fere a monogamia, um dos princípios norteadores do Direito de Família. Não estaria quebrando um princípio basilar na medida em que confere direitos aos sujeitos dessa relação paralela ao casamento, se para isto é necessário reconhecer aquela relação como uma forma de família? Por outro lado, não conceder direitos aos concubinos (geralmente à concubina) estar-se-ia fazendo injustiça e inclusive beneficiando os sujeitos da relação protegida oficialmente, seja o casamento ou a união estável.

Em contraponto a este posicionamento, Maria Berenice Dias<sup>85</sup> diz não enxergar a monogamia como um princípio e pontua que quando houver simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos aos relacionamentos sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, faz com que o cônjuge infiel tenha enriquecimento ilícito.

---

<sup>85</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. 46

Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, que ainda predomina na doutrina e é aceita pela jurisprudência, além de chegar a um resultado de absoluta afronta a ética, se afasta do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana.

#### **4.3.1 O POLIAMOR E O DEVER DE FIDELIDADE**

O poliamorismo admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que todos os envolvidos se conhecem e aceitam a relação múltipla.<sup>86</sup> Mas como aplicar o dever matrimonial da fidelidade recíproca, que é característica das entidades familiares, em uma relação poliafetiva?

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>87</sup>, é que neste tipo de relacionamento, o dever de fidelidade, pelo menos no conceito tradicional que é no sentido de exclusividade, é mitigado pela vontade dos próprios envolvidos na relação. A fidelidade apesar de ser um valor juridicamente tutelado, não é um aspecto comportamental absoluto e inalterável com a anuência das partes.

O poliamor vêm buscando reconhecimento, mesmo existindo o impedimento para o casamento, estão sendo formalizadas, por escritura pública, relacionamentos poliafetivos, em que os integrantes assumem deveres pessoais e de natureza patrimonial.<sup>88</sup>

Mesmo que se discuta a eficácia destes instrumentos, não tem como negar efeitos jurídicos a estas manifestações de vontade. O dever de fidelidade, nessas relações, vem sendo flexibilizado quando há aceitação das partes.

---

<sup>86</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit. 463.

<sup>87</sup> *Ibidem*, 464.

<sup>88</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. p. 46.

## **5. O REPENSAR DO PAPEL DA FIDELIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

O tempo passa, a sociedade muda e o direito deve acompanhar essas mudanças. Se o Direito Penal, como última ratio, se alterou para não mais tipificar o adultério nas leis penais, compreende-se que a regra não cabe mais na atualidade. O sistema assumiu que o problema da infidelidade não interessa ao Estado repressor, tendo questões efetivamente mais sérias que merecem penas restritivas de liberdade.

No campo do Direito Civil a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010 visou trazer fundamentalmente a extinção do instituto da separação judicial, o que fez com que ocorresse a supressão da subsistência da culpa e seus efeitos jurídicos na ruptura do vínculo conjugal fossem suprimidas.

Esta “PEC do Divórcio” foi uma mudança no paradigma neste tema, pois o Estado procurou afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo-os com autonomia para extinguir, por sua livre vontade, o vínculo conjugal, abandonando os requisitos temporais ou de motivação vinculante.<sup>89</sup>

O propósito da Emenda Constitucional 66/ 2010 e a própria finalidade do divórcio veda a discursão da culpa, sendo direito de qualquer um dos cônjuges optar pelo divórcio. A alteração no artigo 226, parágrafo 6º da CF, fez com que o instituto da culpa desaparecesse do Direito de Família no tocante ao fim da conjugalidade, a questão que surge é a seguinte: qual é o efeito jurídico do descumprimento dos deveres matrimoniais que estão elencados no artigo 1.566 do Código Civil? <sup>90</sup> Qual o sentido de ainda mantê-los no CC? Qual a consequência da infidelidade?

Antes de EC 66/2010 a quebra dos deveres conjugais era causa de separação-sanção com penas imputadas ao culpado. A separação judicial desapareceu com esta emenda constitucional do sistema brasileiro em 2010, e com ela desapareceram, também, as punições decorrentes da culpa. <sup>91</sup>

### **5.1 A BUSCA PELO CULPADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

---

<sup>89</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 538.

<sup>90</sup> MADALENO, Rolf, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 621

<sup>91</sup> Idem.

A apenação de um culpado deveria somente ter significado quando o agir deste coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psicológica ou patrimonial de outra pessoa, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito, fora disso, o Estado não tem porque perseguir os culpados.<sup>92</sup>

O histórico interesse em preservar o casamento fez o instituto da culpa migrar para o âmbito do direito das famílias numa tentativa de desestimular sua dissolução, intimidando os cônjuges com a busca por identificar os culpados, aplicando-lhe penas, no mais das vezes, de conteúdo econômico.<sup>93</sup>

Com a Emenda Constitucional 66 de 2010, que tornou o divórcio um direito postetativo, ficou extinto do sistema jurídico o instituto da separação judicial e com ele a possibilidade de imposição de sanções pelo descumprimento dos deveres do casamento. Não cabendo mais o questionamento sobre a responsabilidade pelo fim da união.<sup>94</sup>

Sobre o desaparecimento da culpa, pela EC 66 de 2010, Rolf Madaleno<sup>95</sup> faz algumas conclusões:

A culpa não impede o divórcio e, mesmo o cônjuge culpado tem acesso à sentença de divórcio e, que será alcançada se o próprio autor requerer o divórcio ou se o réu reconvir na ação de separação judicial, proposta por seu cônjuge e requerer a dissolução do vínculo conjugal. Estando o juiz diante de um conflito de interesses, tem pertinência o uso da ponderação dos valores, com a supremacia da norma constitucional; A culpa não tem mais influência na fixação dos alimentos, e ela só pode ser discutida em sede de separação judicial. A culpa sequer sobrevive no discursão do divórcio ou de uma separação judicial para efeitos de dano moral, primeiro porque nunca existiu um dano moral ou material específico no Direito de Família, mas unicamente uma regra geral que integra a Parte Geral do Código Civil, cujo o instituto denominado responsabilidade civil é independente e desatrelado da dissolução do casamento.

---

<sup>92</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 33

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> MADALENO, Rolf, op. cit. p. 626.

A infração ao dever de fidelidade poderia significar alegação de causa da separação, antes da EC 66/2010. Entretanto, os ordenamentos jurídicos mais modernos, e entre eles o brasileiro, adotou uma tendência de abolição de culpa pelo fim da conjugalidade. Se dever de fidelidade perde sua força como regra jurídica para alegação de separação, qual a sanção aplicável à quebra deste dispositivo? É possível obrigar alguém a ser fiel?

### **5.1.1 ANULAÇÃO DO CASAMENTO E A CULPA**

A anulação do casamento ocorrerá, caso seja ausente algum dos elementos essenciais à formação do matrimônio, como o consentimento válido e a sua celebração por autoridade competente, o casamento nunca existirá no mundo jurídico, e aquilo que nunca existiu no mundo jurídico não precisa ser judicialmente declarado inexistente.<sup>96</sup>

O Código Civil Brasileiro elenca as causas que geram a nulidade absoluta e relativa do casamento e quem, eventualmente, pode ter tido alguma responsabilidade pela anulação do casamento pode ser penalizado.

O culpado perderá as vantagens havidas do cônjuge inocente e pode ser obrigado a cumprir as promessas feitas no pacto antenupcial, mesmo que a anulação do casamento subtraia a eficácia do pacto, permanecerá para o culpado as obrigações assumidas.<sup>97</sup>

### **5.1.2 A SEPARAÇÃO E A NECESSIDADE DO CULPADO**

A separação só era possível se um dos cônjuges conseguisse imputar ao outro uma grave violação aos deveres do casamento provando que se tornou insuportável a vida em comum. O culpado não poderia pedir a separação, somente o “inocente” tinha legitimidade para a ação.<sup>98</sup>

O único fundamento para um casamento ruir é a falência afetiva da relação, o que torna totalmente desnecessário a análise de culpa em um divórcio.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> MADALENO, Rolf, op. cit. p. 628.

<sup>97</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. 89.

<sup>98</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 89.

<sup>99</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit. 586.



A infidelidade servia de fundamento para a ação de separação, pois importava em grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, de modo a comprovar a impossibilidade de comunhão de vida. Com o fim da separação judicial com a Emenda Constitucional 66 de 2010, o divórcio tornou-se potestativo, não sendo mais necessário um motivo ou culpado para findar um casamento ou uma relação.<sup>100</sup>

### **5.1.3 ALIMENTOS DEVIDOS AO CÔNJUGE CULPADO**

Os cônjuges e conviventes tem direito de pleitear alimentos para viver de modo compatível com sua condição social. Porém no artigo 1.694 § 2º do Código Civil Brasileiro há uma ressalva que quando a situação da necessidade resultar da culpa de quem pleiteia, os alimentos serão ofertados apenas os indispensáveis a subsistência, uma eventual limitação de valores estaria condicionada a comprovação de que o estado de necessidade não surgiu de culpa sua.<sup>101</sup>

Porém, ao se perquirir a culpa, está sendo violado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e ao direito à privacidade e à intimidade que são tutelados pela Constituição Federal. Os alimentos por serem indispensáveis a sobrevivência deve sempre obedecer ao binômio possibilidade de quem os paga e necessidade de quem os pleiteia. Assim, torna-se descabido qualquer fator redutor por conta da culpa.<sup>102</sup>

Na legislação pretérita, tanto o Código Civil de 1916 tanto a Lei do Divórcio, quando a culpa ainda era utilizada como o motivo para a separação, previam que a culpa excluía totalmente o direito a alimentos do cônjuge culpado pela separação. O Código Civil de 2002 trouxe o direito de mesmo os cônjuges culpados poderem receber alimentos, porém com limitações. Com a Emenda Constitucional 66 de 2010, a separação foi extinta e pôs um fim ao instituto da culpa. Assim, todos os cônjuges divorciados, independentemente de culpa, podem receber alimentos com base, somente, na proporcionalidade entre a possibilidade e a necessidade.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. 46.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 563.

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. p. 563.

#### 5.1.4 O PAPEL DA CULPA NAS SUCESSÕES

A ausência de culpa no direito sucessório trazia benefícios ao ex-cônjuge, pois ainda que o casal estivesse separado de fato há dois anos, se o cônjuge sobrevivente não foi o culpado pela separação ele fazia jus a herança.<sup>104</sup>

Com a Emenda Constitucional 66 de 2010 e o afastamento do instituto da culpa, desaparece também a possibilidade de ser invocada no âmbito sucessório, extinguindo essa possibilidade de comunicabilidade dos bens após a separação de fato.

Sobre essa peculiaridade, Maria Berenice Dias<sup>105</sup>, expõe:

Ainda que estivesse separado de fato há dois anos, era possível que o cônjuge sobrevivente fizesse jus a herança: bastava que a convivência não estivesse se tornado insuportável por responsabilidade sua. No entanto, com o afastamento do instituto da culpa, desaparece também a possibilidade de ser invocada no âmbito sucessório. Aliás, nada justifica persistir o direito à herança após a separação de fato, que rompe a comunicabilidade de bens. Mesmo que tenha ocorrido o divórcio, se não houve a partilha, o sobrevivente faz jus à sua meação, caso assim autorize o regime de bens do casamento.

#### 5.2 A INEFICÁCIA DO DEVER DE FIDELIDADE

Ao analisar as nuances da inefetividade de uma norma jurídica com a eficácia observada no atual cenário do dever de fidelidade recíproca conjugal, conclui-se que esta obrigação matrimonial se encontra em meio a uma crise jurídica.

Maria Berenice Dias<sup>106</sup>, questiona a eficácia do dever de fidelidade e a forma como poderia executar essa obrigação e ressalta que os cônjuges decidindo por não cumprir esta norma não afetaria a existência do vínculo matrimonial.

(...)mesmo sendo indicada na lei como requisito obrigacional a manutenção da fidelidade, trata-se de direito cujo adimplemento não pode ser exigido em juízo. Ou seja, desatendendo um do par o dever de fidelidade, não se tem notícia de ter sido proposta, na constância do casamento, demanda que busque o cumprimento de tal dever. Tratar-se-ia de execução de obrigação

---

<sup>104</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>105</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual das Sucessões - 4. ed, rev., atual. e ampl. - São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 60.

<sup>106</sup> DIAS, Maria Berenice. "O dever de fidelidade" Disponível em: <<http://www.affigueiredo.com.br/artigos/Berencedever.pdf>>. Acesso: 10 de julho de 2017

de não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Ademais, se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges dito dever, que em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal, seria de admitir-se que deixou de existir e de se poder exigir a fidelidade, quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges?

O dever está perdendo continuamente o caráter coercitivo que é esperado de um dispositivo legal, ainda mais quando impõe de forma literal e direta a observância da conduta de fidelidade, sem alcançar qualquer êxito. É nítido o desuso desta norma pelos tribunais brasileiros, concomitantemente a conduta da sociedade é contrária a lei, enquanto o Estado continua inerte em expulsá-la do ordenamento jurídico brasileiro.

O dever conjugal de fidelidade recíproca não mais se configura como ilícito ensejador de reparação civil, não é juridicamente relevante apuração de culpa no fim conjugal e quando a conduta social se mostra conforme a lei, cônjuges fieis, é por conta do reflexo da moral ou da religião dos indivíduos do que um estrito cumprimento do dever legal.<sup>107</sup>

Até porque a grande parte da sociedade desconhece os deveres matrimoniais elencados no Código Civil e não sabe que o dever de fidelidade é uma imposição normativa, acreditando que a fidelidade recíproca seja apenas uma regra moral ou religiosa, fruto de uma tradição cristã ou outras convenções éticas.

Sobre a ineficácia dos deveres conjugais expostos no Código Civil Brasileiro vigente, Maria Berenice Dias<sup>108</sup> explana:

O dever de fidelidade recíproca e de manutenção de vida em comum entre os cônjuges, bem como o dever de lealdade imposto aos companheiros, não significam obrigação de natureza sexual. Não há como obrigar o adimplemento de *debitum conjugale*, infeliz locução significa o dever de alguém se sujeitar a contatos sexuais contra a sua vontade. Ora, se existisse débito, precisaria haver crédito conjugal. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja

---

<sup>107</sup> CARDOSO, Michel João Rodrigues. A (in)eficácia do dever de fidelidade conjugal. Revista Jus Navigandi, Teresina, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24152>>. Acesso em: 20 agosto. 2017.

<sup>108</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. 96.

reconhecida como inadimplemento de dever conjugal a justificar obrigação indenizatória por dano moral.

Como a fidelidade não é um direito exequível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, a permanência da previsão legislativa desse dever legal é ineficaz e totalmente desnecessário. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem consagrada em lei.<sup>109</sup>

Os outros direitos e deveres matrimoniais igualmente não resistem a uma análise acerca de sua efetividade.<sup>110</sup> Se eventualmente um ou ambos cônjuges não cumprem dito dever em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial.

A ausência de efetividade do dever conjugal de fidelidade recíproca na tentativa de regular afeto nas relações humanas, que reduz a norma à condição de letra morta. Não condiz com um Estado Democrático de Direito, a permanência de uma norma morta no ordenamento jurídico contaminando a efetividade de todo o sistema.<sup>111</sup>

### **5.3 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AO CONJUNGE TRAÍDO**

A simples violação aos deveres do casamento exposto no Código Civil Brasileiro não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte, a ponto de gerar obrigação por danos morais, os dissabores recorrentes de um fim de relacionamento não são indenizáveis.<sup>112</sup>

Não cabe indenização pelo desfazimento de uma relação conjugal, afinal a dor e frustração, são ao menos previsíveis em relacionamentos amorosos, logo, não indenizáveis. A infidelidade não gera o pagamento de indenização, afinal como seria monetizado esse valor, pelas amantes do cônjuge traidor ou pelas relações sexuais mantidas fora do casamento?<sup>113</sup>

A violação do dever de fidelidade não gerará por si só obrigação indenizatória, mas quando compromete a reputação, a imagem e a dignidade do cônjuge, pode

---

<sup>109</sup> DIAS, Maria Berenice. "O dever de fidelidade" Disponível em: <<http://www.affigueiredo.com.br/artigos/Berencedever.pdf>>. Acesso: 10 de julho de 2017

<sup>110</sup> Idem.

<sup>111</sup> CARDOSO, Michel João Rodrigues. *A (in)eficácia do dever de fidelidade conjugal*. Revista Jus Navigandi, Teresina, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24152>>. Acesso em: 20 agosto. 2017

<sup>112</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. 96.

<sup>113</sup> Idem.

caber danos morais. O que será necessário a comprovação de elementos caracterizadores da culpa, que seriam o dano, a culpa e o nexo de causalidade.<sup>114</sup>

O dever de fidelidade conjugal, para efeitos de reparação civil, não é cabível as condenações reparatórias proferidas pelo judiciário se devem por conta das derivações de uma conduta infiel e não da infidelidade em si. Estão sempre condicionadas as exposições extraordinárias suportadas pelo traído, que, em hipótese análoga, independeriam da observância do dever de fidelidade.<sup>115</sup>

Assim, o próprio dever de fidelidade está enfraquecido, em termos jurídicos, já que, mesmo sendo um ilícito civil, estando presente entre os deveres matrimoniais, a única forma de punir um infiel seria responder por danos morais, se estes forem efetivamente causados, o que leva para o campo da responsabilidade civil, e não por conta dos deveres conjugais previsto no art.1.566 do Código Civil.

Sobre a responsabilidade civil no Direito de Família Maria Celina Bodin de Moraes<sup>116</sup> faz uma ressalva:

O problema mais grave é o fato de que a compensação do dano moral se faz, especialmente, em dinheiro. Em casos de infidelidade, de descumprimento do débito conjugal, de abandono do lar, de culpa específica na separação, que tipo de proteção às relações familiares, em particular, aos filhos deste casamento, tal consequência ensejaria? O que há aí de útil para que se adote esta solução? Apenas uma visão estreita de logicidade entre causa e consequência, e a interpretação literal e errônea da concepção de quem sofre um prejuízo psicológico, acontecimento causador de tristeza e humilhação, de vexame ou de outras dores, tem direito a uma compensação pecuniária.

#### **5.4 PACTOS ANTENUPCIAIS E CLÁUSULAS SOBRE INFIDELIDADE**

A infidelidade torna-se interesse do Estado na medida em que ele pretende dar proteção às famílias, com intuito de manter uma organização jurídica sobre as

---

<sup>114</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>115</sup> CARDOSO, Michel João Rodrigues. A (in)eficácia do dever de fidelidade conjugal. Revista Jus Navigandi, Teresina, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24152>>. Acesso em: 20 agosto. 2017.

<sup>116</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 843.

famílias. O eixo estrutural dessa organização para controlar do Estado gira em torno da monogamia, e por isso torna-se necessário que haja interditos.<sup>117</sup>

Mas ao pensarmos nas relações conjugais onde os cônjuges ingressam por vontade própria e é baseado na afetividade, deveria ser o pacto particular do casal que deveria determinar essas regras. Logo, confronta-se novamente com o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família e enfrentar o limite entre o público e o privado.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>118</sup> questiona até que ponto o Estado pode intervir nestas questões que deveriam dizer respeito apenas ao casal, e traz a discussão acerca do pacto antenupcial com cláusula sobre infidelidade.

Se o casal tem livre determinação para estabelecer em um pacto de convivência, ou pacto antenupcial, as regras econômicas da relação, não poderia então, estabelecer livremente sobre os deveres pessoais, entre eles o da infidelidade, por exemplo? Se se estabelecer em um pacto antenupcial ou de união estável, que após dez anos de convivência, um dos dois poderia ter relações extraconjugais, seria válido? Se fosse em um pacto antenupcial esta cláusula invalidaria tipo penal adultério? Se a relação extraconjugal for apenas eventual, uma simples aventura, provavelmente isto ficaria na ordem do privado, e entre o próprio casal deveria ser resolvido se aquele “arranjo” é viável e suportável, ou se levaria ao rompimento da relação. Situação diferente é se daquela relação extraconjugal originasse uma outra família conjugal. Aí estaria ferindo o princípio jurídico da monogamia, ainda que tivesse a permissão do cônjuge ou companheiro. Em contrapartida, aquela outra família, paralela ao casamento ou à união estável, foi constituída de fato. Tornou-se uma realidade jurídica. Como é possível conciliar o justo e o legal, ou seja, como compatibilizar o princípio da monogamia com essas situações fáticas? Infidelidade, independentemente das causas ou consequências que ela pode ter, remete a todos que sobre ela falam, pensam, ou se deparam, aos fantasmas mais ocultos. Há aqueles que a relativizam, condenam, são complacentes, têm horror, medo, enfim, ela desperta os mais variados sentimentos e fantasias, alguns não reveláveis a ninguém.

---

<sup>117</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004

<sup>118</sup> Idem.

O artigo 1.639 do Código Civil Brasileiro prever que os nubentes poderão fixar previamente normas relativas ao regime de bens, porém questiona-se acerca dos limites impostos aos pactos antenupciais, quais seriam passíveis de regulação. Indaga-se a possibilidade de exceder os limites das relações puramente patrimoniais e dispor sobre situações jurídicas existenciais.<sup>119</sup>

A doutrina se diverge neste assunto, se os pactos antenupciais são exclusivos para regular direitos patrimoniais ou não existe óbice para regular direitos extrapatrimoniais, já que as partes são legítimas para dispor sobre sua vontade.

Gustavo Tepedino<sup>120</sup> expõe essas duas posições doutrinárias a respeito do pacto antenupcial:

(...) o pacto, por sua própria natureza, destina-se exclusivamente a regular os direitos matrimoniais dos cônjuges. Segundo esse entendimento, cláusulas que flexibilizem, suprimam ou estabeleçam deveres extraconjugais jamais poderiam se considerar válidas. De outra parte, no entanto, sustenta-se inexistir óbice para o ajuste de matéria extrapatrimonial, sendo esta a legítima vontade das partes. Como observado em doutrina, “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas.” De fato, não se verifica, como linha de princípio, impedimento para que se repute válidas cláusulas que estabeleçam regramento da vida espiritual dos cônjuges, que se valem do pacto para fixar aspectos que lhes pareçam relevantes para a vida em comum. Nesse caso, o pacto transcende os contornos do contrato, associado à patrimonialidade de seu conteúdo, tornando-se negócio jurídico com feição híbrida, de natureza patrimonial e existencial. Maior dificuldade, contudo, resulta da análise de cláusulas que afastam deveres tradicionalmente considerados essenciais à vida conjugal. (...) Contudo, no que tange, às formas de vida a dois, especialmente quanto a fidelidade e à coabitação, há de se analisar caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, *a priori*, óbice na ordem pública para a sua admissão.

Se as relações conjugais têm como base o afeto e a vontade das partes envolvidas, a legitimidade para definir sobre questões tão íntimas como fidelidade é

---

<sup>119</sup> TEPEDINO, Gustavo. Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 487.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 488.

muito mais dos cônjuges, que podem optar por acordarem sobre isto em um acordo antenupcial ou não, do que do Estado impondo a fidelidade recíproca a todos os cônjuges, indo totalmente contra a realidade da sociedade brasileira.

## 5.5 UM REPENSAR PARA O PAPEL DA FIDELIDADE

A infidelidade e os amores paralelos fazem parte da história da humanidade, sempre caminhando de perto das relações conjugais.<sup>121</sup> Independentemente das causas ou consequências que possa ter é um tema sempre polêmico e passional, que remete a todos, ao falar sobre infidelidade, aos seus fantasmas mais ocultos.<sup>122</sup>

Um projeto de lei apresentado ao parlamento italiano pretende alterar o artigo 143 do Código Civil de 1942 da Itália<sup>123</sup>, para abolir o dever de fidelidade dos cônjuges.

O projeto foi apresentado pela senadora italiana Laura Cantini, com o argumento de que a fidelidade mútua deve ser retirada dos direitos e deveres dos cônjuges no Código Civil italiano porque se trata de um retalho de uma visão superada e vetusta do matrimônio completando o argumento ao dizer que já foi abolido a distinção entre filhos legítimos e naturais. E que essa distinção seria a base da proibição da infidelidade.<sup>124</sup>

Com forte influência cristã, os países com tradição romano-germânica apresentam em sua maioria a fidelidade como um dever conjugal, que se encontra na tradição histórica desses países. É verdade que no passado a questão era tida como socialmente reprovável e tão grave a ponto de gerar pena de morte.<sup>125</sup>

Porém, o tempo passa, a sociedade muda e as leis não devem ser engessadas e sim refletir as mudanças sociais. O sistema penal se alterou e não mais tipifica o adultério no Código Penal Brasileiro, pois já se compreendia que a regra era

---

<sup>121</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 461.

<sup>122</sup> Idem.

<sup>123</sup> ITALIA. Il Codice Civile Italiano (1942).

<sup>124</sup> SIMÃO, José Fernando. Fidelidade: um dever jurídico ou um dever moral. Conjur. São Paulo, 28 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-28/processo-familiar-fidelidade-dever-juridico-ou-elemento-moral>. Acesso em: 10 de agosto de 2017

<sup>125</sup> Idem.



ultrapassada e não consentânea com a sociedade moderna.<sup>126</sup> Deve ser repensado o dever de fidelidade, também, no Direito Civil.

José Fernando Simão<sup>127</sup> faz ponderações quanto aos efeitos da possível supressão do dever de fidelidade:

A supressão da fidelidade deve gerar necessariamente a supressão da presunção de paternidade *pater is est*. O marido da mulher casada é presumidamente pai do filho desta em razão da fidelidade. Sem tal dever, a presunção perde a razão de existir. A relação paterno-filial passará a independer do vínculo consanguíneo. A supressão da fidelidade exigirá uma revisão da monogamia como princípios. Se a liberdade sexual do casado não sofre restrição, por que a família teria de ser ainda monogâmica? Da supressão do dever de fidelidade decorreria naturalmente a supressão do impedimento matrimonial que se refere à bigamia.

Essas ponderações seriam pertinentes, caso o dever de fidelidade recíproca tivesse eficácia em nosso sistema. Atualmente, com a fácil realização de exames de paternidade biológica, a presunção de paternidade do marido da mulher casada, mostra-se retrograda, presumindo sempre a fidelidade da mulher, o que já devia ter sido superado.

Em relação a monogamia, para uma parte da doutrina a monogamia não é um princípio, e sim uma nota característica do nosso sistema<sup>128</sup>, ou uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas<sup>129</sup>.

Se é necessário a regulação pelo Estado para a fidelidade recíproca é porque os seres humanos têm uma propensão natural à infidelidade e precisam sofrer um interdito proibitório com a função de barrar os excessos daquilo que extrapola o convencionalizado no campo social.<sup>130</sup>

Utilizar a lei no Direito de Família como um interdito proibitório dos impulsos inviabilizadores do convívio social, é um atentado ao princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família. Neste desencontro entre o desejo e a lei, há uma

---

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> Idem.

<sup>128</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6, p. 112

<sup>129</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p.45.

<sup>130</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004

questão relevante a ser indagada. É possível à lei jurídica regular o desejo? A necessidade da lei moral pressupõe a regulação do desejo, ou é a lei jurídica que institui um desejo de transgressão?<sup>131</sup>

No Direito de Família as leis são utilizadas para dispor sobre vínculos afetivos, sobre a intimidade dos indivíduos, o que deve ter ainda mais cautela nesse liame do público e privado. Os vínculos afetivos não são singelos contratos regidos pela vontade, como dispõe Maria Berenice Dias<sup>132</sup>, os relacionamentos têm como causa a constituição do afeto.

A ineficácia do dever de fidelidade recíproca nos leva a questionar se este dever ser retirado do Código Civil assim como pretende a Itália?

O desprezo jurídico dado aos deveres conjugais, principalmente quanto à fidelidade conjugal, conduta de intrínseca regulação familiar, não cabe ao Estado promovê-la, se eventualmente um ou ambos cônjuges não cumprirem o dito dever, em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial<sup>133</sup>. Até porque muitos casam e estão casados há décadas sem saber que estes deveres e direitos matrimoniais estão dispostos no Código Civil Brasileiro.

Os deveres de fidelidade conjugal, assim como diversos outros dispositivos legais, estão no imenso rol de normas desprovidas de eficácia jurídica, que se avolumam nos textos normativos e confundem os operadores do Direito. Confundindo, também, os jurisdicionados, que se questionam sempre sobre o nexo entre a realidade social e a aplicação da norma jurídica. Estas normas ineficazes só alimentam mais a insegurança jurídica da sociedade.<sup>134</sup>

Na sociedade contemporânea a tendência é abrir espaço para a autorregulação dos cônjuges no que concerne aos efeitos pessoais dos relacionamentos afetivos. Não se justifica o Estado, na atualidade, impor modelos de sexualidade, matéria de estritíssimo interesse da sociedade.

---

<sup>131</sup> Idem.

<sup>132</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit. 96.

<sup>133</sup> Idem.

<sup>134</sup> CARDOSO, Michel João Rodrigues. A (in)eficácia do dever de fidelidade conjugal. Revista Jus Navigandi, Teresina, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24152>>. Acesso em: 20 agosto. 2017.

## 6. CONCLUSÃO

Como premissa, espera-se que tenham notado que o objeto do trabalho não é o apoio à fidelidade ou à infidelidade. Não cabe neste estudo defender o sistema conjugal monogâmico, o poligâmico, poliamor, famílias simultâneas, concubinato, entre outras formas.

O que parece ser fundamental neste trabalho é demonstrar a total ausência de efetividade no dever de fidelidade, disposto no Código Civil, a intervenção e o interesse estatal em regular afeto nas relações humanas, e os efeitos decorrentes desta percepção pela sociedade, que reduz a norma à condição de letra morta.

A permanência de uma norma morta no ordenamento jurídico contamina a efetividade de todo o sistema, atentando diretamente ao Estado Democrático de Direito, até porque uma parcela significativa da sociedade não tem conhecimento sobre a vigência dessa norma no Código Civil Brasileiro, e se cumprem-na é por causa de interferências alheias, como religião e moralidade.

A infidelidade é configurada quando há união conjugal fora do laço familiar, sendo necessário, podendo esse laço comportar uma, duas ou mais relações conjugais. A monogamia não é a única forma de organização conjugal, até porque uma relação para além de um único cônjuge já não comporta mais a monogamia.

O interesse estatal e religioso, que influenciou na monogamia como característica do nosso ordenamento jurídico não foi o amor, o afeto e nem porque é natural ao ser humano. Como visto na obra de Engels, e exposto ao longo do trabalho, sugere-se que a monogamia surgiu como uma forma de controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a concentração de patrimônio através da hereditariedade.

Quando a civilização ocidental se encontrou sob o domínio da Igreja Católica, tivemos a absorção do conceito monogâmico sob a premissa da espiritualidade e do sacramento da família. Em aspectos gerais, a monogamia se assenta nesses dois solos, o patrimonial e o religioso.

Na modernidade, com a população concentrada em centros urbanos, a mulher saiu do cenário doméstico e está cada dia mais indo em busca de nivelar-se em direitos e na busca dos mesmos favorecimentos que os homens sempre tiveram.

Com o advento das premissas constitucionais garantistas e a exaltação da dignidade da pessoa humana, assegurando a igualdade entre os sexos, com a possibilidade do controle de natalidade e demais avanços científicos relacionados a liberdade da mulher e da sua repressão sexual e, conseqüentemente, do prisma patrimonial da monogamia, são esvaídas, pois, a herança secular que a moral cristã enraizou em nossa cultura quanto à fidelidade e o casamento devem ser postas de lado em nosso sistema jurídico.

Assim, constatamos que todas as premissas utilizadas para justificar os deveres matrimoniais, em especial o dever de fidelidade no Código Civil, se esvaíram:

1) a culpa, no Direito de Família, foi extinta com o advento da EC 66 de 2010, com o fim da separação judicial, não tem mais porque permanecer o dever da fidelidade, já que não há mais necessidade de culpados para o fim de um relacionamento com o instituto do divórcio;

2) *Pater is est* com a facilidade da realização de exames de investigação de paternidade biológica, a presunção de paternidade do marido da mulher casada, mostra-se retrograda, presumindo sempre a fidelidade da mulher, o que já deveria ter sido superado;

3) O dever de fidelidade como um interdito proibitório fere o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, o que demonstra também, não ser a monogamia natural ao ser humano, já que é necessário coibir a infidelidade e impor a fidelidade;

4) A fidelidade não é um direito exequível, não tem como executar essa obrigação de não-fazer;

5) A ausência total de efetividade do dever de fidelidade, que se tornou uma norma morta em nosso ordenamento jurídico. Esta norma só é cumprida pelos cônjuges por preceitos morais e religiosos e nunca jurídicos, já que grande parte da população desconhece esta norma.

## 6. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian Maria Martins de. "Casamento e formação familiar na Roma Antiga Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilescola.uol.com.br/historiag/casamento-formacao-familiar-na-roma-antiga.htm>>. Acesso em 01 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2017.

CARDOSO, Michel João Rodrigues. A (in)eficácia do dever de fidelidade conjugal. Revista Jus Navigandi, Teresina, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24152>>. Acesso em: 20 agosto. 2017.

DIAS, Maria Berenice, Manual de Direitos das Famílias – 11. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo; Editora Revistas dos Tribunais, 2016

DIAS, Maria Berenice. "O dever de fidelidade" Disponível em: <<http://www.affigueiredo.com.br/artigos/Berenicedever.pdf> >. Acesso: 10 de julho de 2017

Dicionário online do Aurélio. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/monogamia>>. Acesso em: 08 de julho 2017

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado, 9. ed. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil (Direito de Família), 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6

GARCIA, Carolina Ribeiro. O dever de fidelidade no casamento e na união estável e suas possíveis conseqüências Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5222>>. Acesso em: 21 agosto 2017

GOMES, Orlando. Direito de família. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 1996, 7 ed.

MADALENO, Rolf, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 621

MORAES, Maria Celina Bodin de, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 843.  
ITALIA. II Codice Civile Italiano (1942).

OLIVEIRA, Euclides de e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes , Direito de Família e o Novo Código civil (coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias) 4. ed. 2. tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Direito de Família: uma abordagem psicanalítica – 4. ed. – Rio de Janeiro; Forense, 2012.

SIMÃO, José Fernando. Fidelidade: um dever jurídico ou um dever moral. Conjur. São Paulo, 28 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-28/processo-familiar-fidelidade-dever-juridicoou-elemento-moral>. Acesso em: 10 de agosto de 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo, Tratado de Direito das Famílias (org. Rodrigo da Cunha Pereira), 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p.

Disponível em: <<http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-da-saude/perfil-sexual-dos-brasileiros-reveladiferencas-entre-homens-e-mulheres/>> Acesso em: 10 de junho de 2017