

**ADRIANA MENDES DOS SANTOS**

## **As Consequências Jurídicas do Descumprimento do Dever de Fidelidade Recíproca no Casamento**

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade Projeção como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito sob a orientação da Professora Especialista em Direito Público Suzele Veloso de Oliveira.

**Taguatinga**

**2010**

**ADRIANA MENDES DOS SANTOS**

**AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO DO  
DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA NO CASAMENTO**

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade Projeção como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito sob a orientação da Professora Especialista em Direito Público Suzele Veloso de Oliveira.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em 06/12/2010, com menção 10,0 (dez).

**Banca Examinadora:**

---

Presidente: Prof<sup>ª</sup>. Suzele V. de Oliveira

Faculdade Projeção

---

Integrante: Prof<sup>º</sup>. Marcus Coutinho  
Faculdade Projeção

---

Integrante: Prof<sup>ª</sup>. Ludimila Lara  
Faculdade Projeção

*Dedico o presente trabalho a todos os professores que passaram na minha vida. A todos os mestres, que de alguma forma e em alguma fase da minha evolução, confiaram que eu chegaria até aqui. Que ajudaram na minha formação, que foram verdadeiros*

*exemplos, que ultrapassaram os limites da mera instrução, que transmitiram o gosto pelo saber e que, acima de tudo, me fizeram acreditar que eu posso ir mais longe!*

*[...] e prometo-lhe ser fiel, amar-te e respeitar-te, na alegria e na tristeza, na saúde e na doença, na riqueza e na pobreza, por todos os dias de minha vida, até que a morte nos separe.*

*Juramento tradicional da cerimônia religiosa de casamento.*

## RESUMO

Pesquisa sobre as consequências jurídicas da violação do dever de fidelidade no casamento. Prevalece a utilização do método comparativo para a explanação e alcance dos objetivos traçados. O estudo descreve a evolução histórica e legislativa das famílias, do casamento e da fidelidade. Mostra quais são os deveres do casamento e o que abrange cada um. Indica a falta de definição legal para a fidelidade e a necessidade de se recorrer à conceituação doutrinária. Cita a classificação da infidelidade. Aborda o surgimento, as motivações e o enquadramento jurídico da infidelidade virtual. Conclui sobre a inserção ou não dela como conduta que viola o dever de fidelidade no matrimônio. Apresenta as principais correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica do casamento, sobre a consideração da culpa no fim da relação conjugal e o cabimento da reparação indenizatória pelos danos morais oriundos dessas relações. Aponta as consequências jurídicas para o cônjuge infiel. Destaca a recente mudança no texto constitucional que muda o tratamento dado ao fim do casamento, seus reflexos nas consequências da infidelidade e as mais importantes manifestações doutrinárias sobre a alteração.

**Palavras-chave:** casamento, deveres, fidelidade, consequências, culpa, separação, danos morais.

## ABSTRACT

This is a research on the legal consequences of failing in the duty of marital fidelity. It prevails here the use of the comparative approach for the explanation and fulfillment of the goals set. This study describes the historical and legislative evolution of families, marriage and fidelity. It looks at what the marital duties are and what each entails. It points out the lack of a legal definition for infidelity and the need to resort to doctrinal concepts. It cites the classification of infidelity. It explores the beginning, motivations and legal consideration of virtual infidelity. It draws a conclusion over whether or not this should be added as an action which violates marital fidelity. It cites the classification of infidelity. It presents the main doctrinal currents on the legal nature of marriage, the analysis of guilt at the end of a conjugal relationship and the appropriateness of financial damages thereof. It explores the legal consequences for the unfaithful spouse. It points out the recent change in the constitutional text which alters the treatment given to the end of marriage, its results in the consequences of fidelity and the most important doctrinal manifestations regarding the alteration.

**Key-words:** marriage, duties, fidelity, consequences, guilt, separation, damages.

## LISTA DE SÍMBOLOS

§ parágrafo



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo 1 - FAMÍLIA E CASAMENTO .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 A Família .....</b>	<b>13</b>
1.1.1 Definição .....	13
1.1.2 Breve histórico .....	14
1.1.3 Direito de Família .....	17
1.1.4 Princípios .....	18
1.1.5 Natureza jurídica do Direito de Família.....	20
<b>1.2 O Casamento .....</b>	<b>21</b>
1.2.1 Definição .....	21
1.2.2 Características .....	24
1.2.3 Evolução.....	24
1.2.4 Natureza jurídica .....	27
1.2.5 Finalidades .....	29
1.2.6 Efeitos jurídicos .....	29
1.2.7 Deveres dos cônjuges.....	30
<b>Capítulo 2 - INFIDELIDADE .....</b>	<b>36</b>
<b>2.1 Primeiras Considerações.....</b>	<b>36</b>
<b>2.2 Conceituação .....</b>	<b>38</b>
<b>2.3 Classificação .....</b>	<b>41</b>
<b>2.4 Infidelidade Virtual.....</b>	<b>42</b>
2.4.1 Tempos virtuais.....	42
2.4.2 Surgimento, definição e funcionamento da Internet .....	43
2.4.3 Relacionamentos virtuais .....	44
2.4.4 Enquadramento jurídico.....	47
<b>Capítulo 3 – AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA INFIDELIDADE .....</b>	<b>50</b>
<b>3.1 O Fim do Casamento.....</b>	<b>50</b>
<b>3.2 A Emenda Constitucional nº 66/2010 .....</b>	<b>52</b>
<b>3.3 A Separação Antes da Emenda nº 66/2010 .....</b>	<b>53</b>

<b>3.3.1 As sanções civis .....</b>	<b>56</b>
<b>3.3.2 A consideração da culpa .....</b>	<b>57</b>
<b>3.3.3 O divórcio.....</b>	<b>60</b>
<b>3.4 O Divórcio de Hoje.....</b>	<b>60</b>
<b>3.5 Danos Morais.....</b>	<b>65</b>
<b>3.6 Alguns Julgados .....</b>	<b>71</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>78</b>
<b>GLOSÁRIO.....</b>	<b>81</b>

## INTRODUÇÃO

“A família é a base da sociedade”. Quem diz isso é a própria Constituição Brasileira, que também garante à família a especial proteção do Estado. É no seio familiar que os indivíduos recebem o afeto e a educação necessários para se desenvolverem bem como seres humanos e se preparam para a vida em sociedade. Desde que nascemos, somos treinados para possuir e cuidar de nossa própria família. Por isso, o casamento e as várias temáticas que o envolvem, tornaram-se tópicos centrais do Direito de Família.

O Estado protege a família porque tem interesse na sua manutenção. Se as famílias estão bem estruturadas, se elas perduram, as crianças que delas nascem, não se tornarão responsabilidade quase que exclusiva do Estado, mas serão cuidadas e amparadas pelos seus familiares. Em razão desse interesse, o Estado criou regras para proteger o matrimônio.

Assim, os casais que escolhem formar uma família através do casamento, devem cumprir com certos deveres, quais sejam: o de fidelidade recíproca, de vida em comum no domicílio conjugal, de mútua assistência, de sustento e educação dos filhos e de respeito e consideração mútuos. No entanto, no mundo atual, globalizado e com ampla liberdade em que vivemos, o descumprimento desses deveres, principalmente o da fidelidade, tornou-se algo corriqueiro.

Por esse motivo, o tema proposto para este estudo acadêmico é: “As consequências jurídicas do descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento.

O tema é bem oportuno para uma pesquisa monográfica, uma vez que é abordado nos diversos livros de Direito de Família; é atual; é alvo de um número crescente de demandas judiciais e possui repercussão social.

À primeira vista, o casamento é um assunto bem definido no mundo do Direito. Um estudo mais profundo, porém, mostra que há divergências jurídicas e doutrinárias que permeiam esse tema. Aliás, o Direito em si não é absoluto, pois não é uma ciência exata e, por isso, é passível de diversas interpretações.

Durante muitos anos, as leis fizeram distinção de direitos e deveres do homem e da mulher no matrimônio. Nesse ínterim, a mulher sempre teve mais deveres e menos direitos que o homem. Hoje, após um longo histórico de desigualdade, os deveres do casamento são os mesmos para ambos os cônjuges.

Dos deveres enumerados no Código Civil, o primeiro deles é a fidelidade recíproca. Apesar de ser o primeiro dos deveres do casamento, é também um dos deveres mais desrespeitados pelos cônjuges. Inclusive, tal assunto é fonte de inúmeras pesquisas, estudos, programas de televisão e reportagens em revistas, nos quais se tenta descobrir as mais diversas particularidades desse tema.

A infidelidade é uma conduta que traz grande sofrimento. Porém, a legislação não a define expressamente. Embora pareça simples, seu conceito merece ser estudado. O surgimento e a crescente intensificação dos relacionamentos de cunho afetivo e sexual pela Internet, indagam sobre o que vem a ser a infidelidade e quais os seus verdadeiros limites.

Muitas pessoas estão procurando o Poder Judiciário para pleitearem a indenização por danos morais decorrente da violação do dever de fidelidade e respeito mútuos em âmbito real e em âmbito virtual.

A possibilidade jurídica de ressarcimento pelos danos morais sofridos no casamento não é uma questão pacífica no ordenamento jurídico brasileiro. A lei civil estabelece para os nubentes os deveres que devem ser cumpridos por ambos na constância do casamento, entre eles, o de fidelidade. Quando esse dever é desrespeitado, o direito de família prevê para o cônjuge infiel algumas sanções. Mas, entre essas sanções, não há a previsão de indenização por danos morais. Para alguns doutrinadores, isso quer dizer que a indenização não é cabível.

Tal divergência se inicia na própria natureza jurídica do casamento, que para alguns constitui contrato e, para outros, é uma instituição. Se o casamento for considerado um contrato, a sua dissolução, ensejaria um tratamento oriundo do direito das obrigações. Se, por outro lado, for considerado uma instituição, gera outro tratamento, que afasta a hipótese de ressarcimento patrimonial.

A discussão da culpa quando da dissolução do casamento é outra vertente polêmica, que teve uma mudança recente em razão da Emenda à Constituição nº 66/2010 que acabou com a separação judicial.

Tais aspectos importantes do casamento serão buscados e demonstrados nessa pesquisa, a fim de enriquecer o saber dos operadores do direito, estudantes e dos demais que desse esclarecimento necessitarem.

O capítulo um será voltado para o tema casamento. Nele se fará um breve histórico do casamento, a definição deste instituto, sua natureza, finalidades e efeitos. Também enumerará cada um dos deveres conjugais e o que eles representam.

No capítulo dois o tema principal será a infidelidade. Serão apresentadas as definições de fidelidade/infidelidade e as suas espécies ou classificações, com atenção aos conceitos de adultério, quase-adultério e injúria grave. Será abordado ainda, e com especial zelo, a infidelidade virtual, seu conceito, características e funcionamento.

Por fim, o capítulo três constituirá o ápice do estudo, que mostrará conseqüências jurídicas do descumprimento do dever de fidelidade no casamento. Ali serão demonstradas as hipóteses para dissolução do vínculo conjugal, a diferença entre vínculo e sociedade conjugal, as sanções previstas em lei quando houver violação do dever de fidelidade, bem como a possibilidade ou não da Ação de Indenização por Danos Morais. Além disso, trará alguns julgados relacionados com o tema.

Esta pesquisa poderá servir como instrumento de propagação de conhecimento e atualização para estudantes e para os profissionais do Direito, que terão acesso à uma explanação geral sobre essa temática, bem como às principais correntes doutrinárias sobre o assunto.

De certa forma, pesquisar sobre as conseqüências jurídicas do descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento contribuirá para uma reflexão sobre a família e os seus valores. Uma reflexão sobre a importância da família e da perpetuação dos relacionamentos baseados no amor.

O trabalho é empolgante e pode ser o primeiro, de muitos outros trabalhos sobre o Direito das Famílias. Que as idéias aqui expostas tornem-se claras e induzam à reflexão daqueles que o examinarem.

# 1 FAMÍLIA E CASAMENTO

## 1.1 A Família

### 1.1.1 Definição

A Constituição Federal, ápice do atual sistema jurídico, proclama: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Percebe-se que o Estado atribui grande importância à família, não só agora, como em tempos antigos. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Mas o que é a família? Porque ela é tão importante?

Para encontrar uma definição jurídica de família é necessária uma pesquisa doutrinária, pois nem a Constituição nem o Código Civil trazem esse conceito.

Maria Helena Diniz, nessa tarefa, apresenta três acepções para família:

Na concepção amplíssima, família envolve todos os indivíduos ligados pelo vínculo de consanguinidade ou afinidade.

Na concepção lata, abrange, além dos cônjuges ou companheiros e seus filhos, os parentes em linha reta ou colateral e os afins (parentes do outro cônjuge ou companheiro).

E na concepção restrita, família significa os cônjuges e a prole, sendo também considerada como entidade familiar a união estável e a família monoparental (qualquer dos pais e seus descendentes).<sup>1</sup>

A maioria dos doutrinadores faz uma divisão semelhante a esta, o que leva a entender que dentro do próprio Direito, o conceito de família pode mudar de acordo com o ramo ou a referência. Fácil perceber essa variação, ao analisar as várias legislações que se referem à família. Cada uma faz menção à abrangência do termo; assim, temos a família para o Direito Sucessório (parentes consangüíneos em linha reta ou colateral até o 4º grau), a família para o Direito Previdenciário, a família para o Direito do Trabalho, etc.

Interessante notar, que o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União considera como família do servidor “quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

assentamento individual”.<sup>2</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua família natural como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.<sup>3</sup>

Maria Helena Diniz traz um conceito bem abrangente e atual:

A família é uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela, o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.<sup>4</sup>

Apresentando o sentido técnico de família, a autora complementa: “é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”.

Por fim, a Lei nº 11.340/2006, em seu Artigo 5º, traz um conceito bem interessante de família:

Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação[...]

II- no âmbito da família, compreendida como comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

### 1.1.2 Breve histórico

Não é objeto dessa pesquisa aprofundar-se no desenrolar histórico da família ou do casamento; sendo assim, destacar-se-á apenas alguns aspectos históricos importantes para esse estudo.

A família, com o sentido de agrupamento humano, sempre existiu. Ela precede ao Estado e ao próprio Direito. Seja pelo instinto de perpetuação da espécie ou o incômodo da solidão, o homem agrupa-se naturalmente em núcleos familiares.<sup>5</sup> Com o passar do tempo, a sociedade adotou o casamento como regra social e o Direito, então, passou a disciplinar as relações afetivas.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 8.112, de 27 de dezembro de 1990, Artigo 241, *caput*. **Vade Mecum**, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Artigo 25. **Vade Mecum**, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 5, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.13.

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.27.

O termo família é de origem romana, derivado do latim *famulus*, que significa escravo doméstico e servia para designar um grupamento social que teria surgido entre as tribos latinas que foram introduzidas na prática agrícola e também em função da legalização da escravidão.<sup>6</sup>

Frederich Engels fala da evolução da família através da divisão em três fases:

- a) o estado selvagem: o homem é nômade e se apropria dos produtos da natureza, movimentando-se quando se esgotam os recursos naturais. Prevalece, nessa fase, a “promiscuidade”, os relacionamentos instintivos, sem escolha racional dos parceiros;
- b) o estado bárbarie: o homem fixa-se na terra e passa a explorar a natureza, incrementando as formas de produção. A mulher era submetida ao poder do homem pela supremacia da força;
- c) o estado civilizado: com o início da industrialização, a sociedade se organiza e o modelo de família passa a ser similar ao que conhecemos hoje, que passa a ter o casamento monogâmico como regra.<sup>7</sup>

Vê-se então, que, embora vivamos hoje uma realidade de famílias monogâmicas e patriarcais, nem sempre foi assim. No princípio, a sociedade tinha como regra a poligamia. Em virtude de interesses econômicos e da prevalência da propriedade privada, a monogamia foi surgindo e colocando-se ao lado da poligamia, até então sobrepor-se a esta.

No passado, mais especificamente, no direito romano, a família baseava-se no princípio da autoridade.

O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais, e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade do marido.<sup>8</sup>

Maria Berenice Dias complementa:

A vontade da mulher nada valia e, no máximo, podia ela recorrer-se do juiz para tentar ser ouvida. Ao varão cabia administrar os bens comuns e os bens da mulher, bem como era ele quem fixava o domicílio conjugal. Era o responsável pela manutenção da família. A mulher, ao casar, era obrigada a adotar o sobrenome do marido, perdia sua plena capacidade, pois tornava-se relativamente capaz e precisava da autorização do marido para trabalhar.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> PRADO, Danda. O que é família? p. 51 apud TOALDO, Adriane Medianeira e SUANAZZI, Maria Ester. Separação Conjugal Culposa em face da Infidelidade, **Revista IOB de Direito de Família**, ano XI, nº 55, ago-set 2009, p. 89.

<sup>7</sup> ENGELS, Frederich. A origem da família, da propriedade privada e do estado, p. 111 apud TOALDO, Adriane Medianeira e SUANAZZI, Maria Ester. Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade, **Revista IOB de Direito de Família**, ano XI, nº 55, ago-set 2009, p. 89.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.27.



Com o passar do tempo, as leis se tornaram mais brandas. O surgimento do Cristianismo e da concepção cristã trouxeram alguns benefícios para a mulher e os filhos.

Na Idade Média, as relações de família eram ditadas pelo Direito Canônico. O casamento religioso era o único que existia e não poderia ser dissolvido, pois foi instituído como sacramento. A expressão “o que Deus uniu, não separe o homem” transmite bem essa ideia. Essa sacralização ainda existe e é considerada como fundamento básico do casamento religioso. Havia, porém, uma divergência, pois para os romanos, o casamento poderia ser dissolvido quando não existisse mais a *affectio* (afeição).

Carlos Roberto Gonçalves diz que “a família brasileira de hoje, sofreu influência tanto da família romana, como da canônica e da germânica”.<sup>10</sup> E apenas recentemente, tendo em vista os avanços históricos, sociais e culturais, passou a andar sozinha, ser independente.

Segundo Silvio Rodrigues, “as constituições brasileiras, a partir da de 1934, condicionavam a idéia de família à de casamento”.<sup>11</sup> O Artigo 144 da Constituição de 1934 assim dizia: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. Somente com a Constituição de 1988, o conceito de família foi ampliado, passando a abranger as uniões fora do casamento (uniões estáveis) e as entidades formadas por um dos genitores e sua descendência (família monoparental). *In verbis* o que diz o Artigo 226, §§ 3º e 4º da Magna Carta:

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Dessa forma, a família pós-moderna deixou de ser unicamente patriarcal e matrimonializada. Hoje convivemos com o conceito de família eudemonista, que são aquelas que se baseiam na busca da felicidade individual de seus membros e cujo elemento principal da união é o afeto.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>11</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p.4.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

### 1.1.3 Direito de Família

A família é um instituto tão importante, que possui um ramo do Direito para regular suas relações. Assim, o Direito de Família é um ramo do Direito Civil que rege as relações de matrimônio, união estável, parentesco, o direito patrimonial (regime de bens, usufruto e administração dos bens dos filhos, alimentos e bem de família), a tutela e a curatela.

O Direito de Família é uma área jurídica extremamente complexa, pois lida com a vida, a privacidade e os sentimentos mais íntimos das pessoas. Por isso é um ramo do direito que se destaca dos demais, porque possui particularidades que dificultam o engessamento de normas jurídicas. Trata-se da vivência de cada um, não sendo possível resolver os conflitos jurídicos que surgem, sem passar pela análise dos fatores emocionais.

Veja-se o que Maria Helena Diniz diz a respeito:

O Direito de família, devido a sua singularidade, submete-se a critérios, técnicas e princípios que são estranhos ou tidos como inválidos aos demais ramos do direito civil, desenvolvendo-se, por isso, à margem da sistematização do Código Civil, em razão das mutações por que passou e continua passando.<sup>13</sup>

O Direito de Família cuida de quatro grandes áreas: o direito matrimonial, o direito convivencial, o direito parental e o direito protetivo.<sup>14</sup> O direito matrimonial trata da capacidade para o casamento, impedimentos, habilitação e celebração; sua eficácia, invalidade e dissolução e, ainda, da proteção aos filhos. E o direito convivencial se aplica à união estável. Já o direito parental, regula as relações de parentesco: reconhecimento dos filhos, adoção e poder familiar. Já o direito protetivo ou assistencial, diz respeito à guarda, tutela e curatela.

Dos tópicos enumerados no Código Civil, na parte de Direito de Família, o casamento se destaca. Carlos Roberto Gonçalves fala que ele é o mais importante de todos.

Embora existam relações familiares fora do casamento, elas ocupam posição secundária e ostentam menor importância social. O casamento é o centro, o foco de onde irradiam as normas básicas do direito de família, sendo estudado em todos os seus aspectos.<sup>15</sup>

Silvio Rodrigues destaca a importância da família, segundo o aspecto social, dizendo:

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

Dentro dos quadros de nossa civilização, a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. Daí a interferência, por vezes até exagerada, do Estado nas relações familiares.<sup>16</sup>

### 1.1.4 Princípios

Alguns Princípios do Direito de Família merecem ser destacados por guardarem relação direta com o tema proposto. São eles: a Dignidade da Pessoa Humana, a Liberdade, a Igualdade dos cônjuges e dos filhos e a Afetividade.

#### a) Respeito à Dignidade da Pessoa Humana:

Em decorrência do Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que coloca a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República, todos os ramos do Direito devem atender a esse princípio. Tal fundamento indica uma organização estatal voltada para o ser humano, sua proteção e sua satisfação, e não para a propriedade, ou para o próprio Estado.

A Dignidade da Pessoa Humana representa um direito de proteção individual frente ao Estado e aos demais indivíduos e também um dever de tratamento igualitário com o próximo. Assim, a proteção do conjunto família deve observar a proteção da dignidade individual de seus membros.

#### b) Liberdade:

Significa a liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar. Esse princípio abrange a liberdade dos conviventes em optar pelo casamento ou união estável; de fazer o planejamento familiar; de adquirir e administrar seus bens; de escolher o regime de bens e a formação educacional, cultural e religiosa dos filhos.

#### c) Igualdade jurídica dos cônjuges:

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p.5.

Esse princípio está expresso na atual Constituição, no Artigo 226, § 5º, *in verbis*: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Após longos anos de inferiorização da mulher, a Constituição Federal de 1988, enfim, reconheceu sua isonomia. Dessa forma, o Código Civil de 1916 teve de ser reformulado para se adaptar à inovação. Assim, o Código Civil de 2002, não mais separou os direitos e deveres do homem e da mulher, mas enumerou-os no mesmo Artigo.

Sobre essa grande mudança, Carlos Roberto Gonçalves aponta:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.<sup>17</sup>

d) Igualdade jurídica de todos os filhos:

Baseia-se no Artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, que diz: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Há igualdade absoluta entre todos os filhos, não sendo mais admitida diferenciação entre filhos legítimos ou ilegítimos, de pais casados ou não, adotivos ou não.

Desse princípio, decorrem vários dispositivos legais, como a proibição de distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; a possibilidade de se reconhecer os filhos nascidos de relações fora do casamento, a qualquer tempo e a proibição de que conste no registro de nascimento qualquer referência à filiação legítima.<sup>18</sup>

e) Afetividade:

Com o reconhecimento dos valores humanitários na Constituição Federal de 1988, o Direito de Família passou a estar calcado na afetividade.

Sobre esse princípio, Laura de Toledo Ponzoni comenta:

---

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

Descobriu-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, ao revés, nascem voltadas para busca de sua felicidade e realização pessoal, como consequência lógica da afirmação da dignidade do homem. É a partir desse impostergável direito de ser feliz que se edifica uma nova concepção de família, informada por laços afetivos, de carinho e amor.<sup>19</sup>

### 1.1.5 Natureza jurídica do Direito de Família

Como a família é a célula básica da sociedade é natural o Estado querer preservá-la. Afinal, a sobrevivência da família representa a sobrevivência do Estado; pois numa sociedade com famílias bem estruturadas, o Estado terá, certamente, menos trabalho porque os problemas sociais serão menores.

Por isso, as normas de Direito de Família são, em sua maioria, de ordem pública. Normas de ordem pública são aquelas que não podem ser revogadas pela vontade das partes. Aliás, a vontade só é considerada em alguns momentos no Direito de Família, pois em vários aspectos, como no matrimônio, na filiação e até na união estável, é a lei que regulamenta como tudo ou, quase tudo, deve funcionar.

Isso ocorre porque o Estado não pode deixar ao arbítrio das partes a estabilidade ou o êxito nos núcleos familiares. Assim, as normas do Direito de Família são imperativas e não podem ser alteradas por convenções particulares. O interesse da família prevalece sobre o interesse individual.

Em virtude da intervenção estatal no Direito de Família, ditando regras que disciplinam o comportamento de seus membros, os doutrinadores em geral criticam e consideram demasiada essa intervenção. Alguns doutrinadores chegam a classificar o Direito de Família como pertencente ao Direito Público. Outros preferem classificá-lo como direito *sui generis* ou “direito social”.<sup>20</sup>

Carlos Roberto Gonçalves é a favor de sua classificação como Direito Privado. Diz ele:

Malgrado as peculiaridades das normas de direito de família, o seu correto lugar é mesmo junto ao direito privado, no ramo do direito civil, em razão da finalidade tutelar que lhe é inerente, ou seja, da natureza das relações jurídicas a que visa

---

<sup>19</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, vol. 102, São Paulo, 2007.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

disciplinar. Destina-se, a proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole e interesses afins.<sup>21</sup>

O autor ressalta, ainda, que a doutrina em geral entende dessa forma. Citando Pontes de Miranda, ele escreve:

Sob esse título, os Códigos Civis modernos juntam normas de direito que não pertencem, rigorosamente, ao direito civil: ora concernem ao direito público, ora ao comercial, ora ao penal e ao processual. Esses acréscimos não alteram, todavia, o seu caráter preponderante de direito civil.<sup>22</sup>

Maria Helena Diniz fala que essa intervenção estatal na família é um fato universal:

O poder público de todas as nações pretende garantir a família, protegendo-a, evitando abusos, propiciando melhores condições de vida às novas gerações, ajudando-a a exercer beneficentemente seus poderes, criando órgãos sociais que a tutelam.<sup>23</sup>

Para finalizar esse tópico, convém mencionar que os direitos de família são personalíssimos, ou seja, intransferíveis, intransmissíveis por herança e irrenunciáveis.

## 1.2 O Casamento

### 1.2.1 Definição

O casamento é, sem dúvidas, um instituto muito debatido. Se de um lado, há muitos defensores, de outro, há os acusadores. Schopenhawer é um dos que lembra: “em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres”.<sup>24</sup> Popularmente se fala: “quem está fora quer entrar, mas quem está dentro quer sair”.

Independentemente da simpatia ou não com o casamento, é inegável que ele é a principal forma de constituição da família. A ideia de família sempre esteve ligada à de casamento. Sendo assim, o Estado está interessado na sua tutela.

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

<sup>22</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família, p. 70 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

Carlos Roberto Gonçalves destaca os três vínculos oriundos do casamento: o conjugal: entre os cônjuges; o de parentesco, pessoas unidas pelo mesmo tronco ancestral e o de afinidade, “estabelecido entre um cônjuge e os parentes do outro”.<sup>25</sup>

Maria Helena Diniz, destaca a importância do casamento, ao escrever:

O casamento é a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país.<sup>26</sup>

Sílvia Rodrigues complementa, falando de uma característica muito marcante do casamento: “com efeito, em virtude da importância do casamento na vida social, o legislador emprestou a esse ato jurídico, grande solenidade. Aliás, o casamento é mesmo o negócio mais solene que se conhece”.<sup>27</sup>

Inúmeras são as definições de casamento, sendo difícil escolher uma delas. Algumas refletem o pensamento filosófico ou religioso da época, como a de Modestino, no século III:

*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani júris communicatio*, ou seja, casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.<sup>28</sup>

Duas definições clássicas, a de Lafayette e Clóvis Beviláqua, não podem faltar. Lafayette Rodrigues Pereira descreve o casamento como “um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.<sup>29</sup> Clóvis Beviláqua o define como:

Um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.<sup>30</sup>

Sílvia Rodrigues conceitua casamento como “contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

<sup>26</sup> Eduardo Espínola, A família no Direito Civil brasileiro, p. 239 apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>27</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

<sup>29</sup> RODRIGUES, Lafayette. Direitos de família, p. 34 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

<sup>30</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de Família, § 6º, p. 46 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.<sup>31</sup>

Merecem consideração, ainda, as definições de Washington de Barros Monteiro e Pontes de Miranda.

Washington de Barros diz que casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.<sup>32</sup>

Pontes de Miranda, após elaborar uma longa definição, a resume dizendo que “o casamento é contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”.<sup>33</sup>

Diante de tantas definições, é difícil elaborar uma nova definição sem tornar-se repetitivo. Assim, faça-se como Carlos Roberto Gonçalves, que em vez de criar seu conceito, filiou-se a um já existente.

Desta forma, é bem adequada a definição de Maria Helena Diniz: “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e constituição de uma família”.<sup>34</sup>

Por fim convém mencionar o conceito trazido pelo Código Civil português de 1966, um dos poucos no mundo, segundo Carlos Roberto Gonçalves, que definiu casamento. Declara seu Artigo 1.577 que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste código”.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

<sup>32</sup> BARROS, Washington de. Curso de Direito Civil, vol. 2, p. 12 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

<sup>33</sup> MIRANDA, Pontes, de. Tratado de Direito de Família, v. I, p. 93 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.



## 1.2.2 Características

De todos esses conceitos pode-se retirar como principais características do casamento atual:

- a) A liberdade na escolha do nubente: o casamento depende de consentimento mútuo, não vigorando mais a tradição de escolha do cônjuge pela família como já existiu outrora;
- b) A solenidade do ato nupcial: não basta a união, o casamento tem de ser celebrado seguindo os detalhes da lei;<sup>36</sup>
- c) A legislação de ordem pública: as normas que regem o casamento são imperativas e estão acima da vontade dos nubentes;
- d) União permanente: o matrimônio é uma comunhão plena de vida sem prazo determinado, ou seja, deve durar toda a vida. Admite-se, porém, no plano jurídico, a sua dissolubilidade;
- e) União exclusiva: vigora no nosso país o casamento monogâmico, ou seja, o homem só pode ter uma esposa e vice-versa.

Carlos Roberto Gonçalves fala de mais dois caracteres: a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e a diversidade de sexos.<sup>37</sup>

## 1.2.3 Evolução

Durante muito tempo o Direito Canônico regulou o casamento: sua celebração e suas nulidades. Até 1890 os casamentos eram celebrados segundo o rito religioso.

Em 1889, com a Proclamação da República, houve a divisão entre Igreja e Estado. Então, o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, estabeleceu o casamento civil. Depois, em 1937, a Lei nº 379 de 16 de janeiro do mesmo ano, regulamentou o casamento religioso com efeitos civis.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> BRASIL. **Código Civil**, *Vade Mecum*, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, Artigos 1.533 e seguintes.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

Mesmo após a instituição do casamento civil, muitos continuam a considerar como verdadeiro o casamento religioso. Esse casamento, talvez em razão do *glamour* e da forte tradição que o acompanha, não perdeu força em nossa sociedade; pelo contrário, construiu uma grande indústria em torno de sua realização.

As transformações sociais remodelaram o Direito de Família. Várias normas surgiram e com elas, algumas alterações. No entanto, foi só com Constituição de 1988, que o conceito de família foi ampliado, deixando de considerar como pressuposto de família, o casamento e a procriação.

Maria Berenice Dias cita alguns dispositivos que constavam do Código Civil de 1916:

Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos vínculos afetivos, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanesca, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre.<sup>39</sup>

Mais tarde, a Lei do Divórcio<sup>40</sup> substituiu a palavra desquite por “separação judicial”, mas manteve as mesmas exigências do desquite, ou seja, continuava sem dissolver o vínculo.

No Código Civil de 1916, como visto, os direitos e deveres do casamento eram separados em capítulos diferentes em direitos e deveres do homem e da mulher. A mulher tinha poucos direitos e muitos deveres. Era uma legislação que discriminava a mulher e colocava o homem em situação de superioridade. A mulher ao casar, passava a ser considerada relativamente capaz, assim como os índios, os pródigos e os menores.<sup>41</sup>

Só havia dois tipos de família no Código Civil de 1916: a legítima, originada no casamento e a ilegítima, originada fora dele. A família ilegítima produzia filhos ilegítimos naturais ou espúrios. Os naturais eram os nascidos de homem e mulher que não tinham impedimentos de se casar. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar, podendo ainda, de acordo com o impedimento, serem classificados em espúrios adúlteros ou

---

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977. **Vade Mecum**, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

incestuosos. Os filhos ilegítimos não eram reconhecidos, não tinham sua filiação assegurada, pelo contrário, eram discriminados.

Com a Constituição de 1988, várias coisas mudaram. Em apenas um artigo, a Carta Magna garantiu uma verdadeira revolução no Direito de Família. Os filhos foram tornados iguais, independentemente de qualquer condição. Estabeleceu-se a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher. E ampliou-se o próprio conceito de família, que como visto, passou a envolver as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

A partir daí, toda a legislação civil contrária à igualdade de direitos e deveres caiu por terra. Foi então que o Código Civil de 2002 adaptou-se e trouxe no Artigo 1.511 a plena igualdade de direitos e deveres e unificou, no Artigo 1.566, os direitos e deveres do casamento, inerentes a ambos os cônjuges.

Carlos Roberto Gonçalves enumera várias inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 no âmbito do casamento:

- a) Art. 1512: A gratuidade da celebração do casamento e, da habilitação, registro e da primeira certidão para as pessoas cuja pobreza for declarada sob as penas da lei;
- b) Art. 1516: regulamentação e facilitação do registro civil do casamento religioso;
- c) Art. 1517: redução da capacidade do homem para casar para 16 anos;
- d) Art. 1521: previsão somente dos impedimentos absolutos, reduzindo-se o rol;
- e) Art. 1550: tratamento das hipóteses de impedimentos relativos do Código Civil de 1916 como casos de invalidez relativa do casamento;
- f) Art. 1523: substituição dos antigos impedimentos ou meramente proibitivos pelas causas suspensivas;
- g) Art. 1526: exigência da homologação da habilitação para o casamento pelo juiz;
- h) Art. 1565 e 1567: consolidação da igualdade dos cônjuges, com desaparecimento da figura do chefe de família;
- i) Art. 1565, § 1º: oficialização do termo sobrenome e possibilidade de adoção do utilizado pelo outro por qualquer dos nubentes.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

### 1.2.4 Natureza jurídica

Aqui está uma questão polêmica: o casamento é uma instituição ou um contrato? A doutrina diverge sobre o assunto e apresenta três correntes de pensamento: a concepção contratualista, a institucionalista e a eclética.

a) contratualista: também chamada de concepção clássica ou individualista, foi aceita pelo racionalismo jusnaturalista do século VIII, constou do Código Francês de 1804 e influenciou a Escola Exegética do século XIX, sobrevivendo até os dias atuais.<sup>43</sup>

Por essa corrente, o matrimônio é um contrato civil, pois depende do consentimento dos nubentes. Sendo contrato civil, segue as regras comuns a todos os contratos; podendo o casamento ser dissolvido por mútuo consentimento das partes (distrato).

No entanto, alguns civilistas, embora adeptos dessa concepção, entendem que o casamento constitui contrato especial ou *sui generis*. Ou seja, as normas dos contratos de direito privado podem ser aplicadas ao casamento, no entanto, devido aos efeitos peculiares e relações específicas do mesmo, não se aplicam a ele os dispositivos dos negócios de direito patrimonial quanto à capacidade dos contraentes, aos vícios de consentimento e aos efeitos.<sup>44</sup>

b) institucionalista: considera o casamento como instituição social. Como as regras para o casamento são impostas por lei, são de natureza pública e cogente, os nubentes não têm a liberdade de escolher diferente do que está escrito na lei, nem de modificar essas regras, apenas se submetem a elas. Para essa corrente, o casamento não é um contrato porque os noivos simplesmente aderem às regras ou ao estatuto já estabelecido para o casamento, não podendo permanecer suas vontades sobre elas.<sup>45</sup>

c) eclética: entende o casamento como ato complexo. Na origem é contrato, mas no conteúdo é instituição. Segundo esse entendimento, o casamento não deixa de ser um contrato, embora seja bem mais que um contrato. São adeptos desta corrente: Eduardo Espínola, Caio Mário, Sílvio Rodrigues e Pontes de Miranda.

---

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

<sup>44</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Silvio Rodrigues ressalta que, se nem o contrato é capaz de traduzir completamente o que é casamento, tampouco o faz o conceito de instituição.<sup>46</sup> Por isso, em sua definição ele faz questão de dizer “contrato de direito de família” para diferenciá-lo dos demais contratos de direito civil. O casamento não é como um contrato qualquer, mas um contrato no qual as partes não podem modificar suas cláusulas, nem por consentimento mútuo. Para exemplificar, pode-se citar a aceitação dos deveres conjugais e a formalidade da celebração. Apesar de depender da vontade das partes em se casarem, a lei estabelece até o que o celebrante deve dizer: “de acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.<sup>47</sup>

Para resumir o assunto, o autor escreve:

O casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento de contrato de direito de família.<sup>48</sup>

Maria Helena Diniz, por outro lado, se filia à concepção institucionalista. A autora apresenta vários argumentos:

- a) enquanto o contrato é uma especulação, onde o vendedor propõe um preço e o comprador quer o preço mais baixo, a instituição é *consortium*, no qual os interesses são comuns;
- b) enquanto o contrato é regido pela igualdade, a instituição é regida pela disciplina;
- c) o contrato impõe efeitos apenas entre as partes, já a instituição impõe efeitos às partes e a terceiros;
- d) o contrato é uma relação exterior aos contratantes, a instituição uma interiorização;
- e) o contrato é precário, extingue-se com o pagamento, a instituição é feita para durar.<sup>49</sup>

Diante o exposto e, sem maiores aprofundamentos, é apropriado filiar-se à corrente eclética, pois essa abarca tanto o conceito de contrato como de instituição. A amplitude dessa linha de pensamento permite continuar a pesquisar o tema da infidelidade pelas três vertentes: sendo o casamento um contrato, uma instituição, ou ambos.

<sup>46</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>47</sup> BRASIL. **Código Civil, Vade Mecum**, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, Artigo 1.535.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

<sup>49</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

### 1.2.5 Finalidades

As finalidades do casamento podem mudar de acordo com a concepção pela qual são consideradas. Na concepção canônica o fim principal do matrimônio é a procriação, ficando a mútua assistência e a satisfação sexual no plano secundário. Para a concepção contratualista, o fim principal do casamento é a satisfação sexual ou o amor físico.

No entanto, são várias as finalidades do casamento, e não apenas a de procriação e satisfação sexual. Maria Helena Diniz destaca como finalidades a instituição da família matrimonial, a procriação dos filhos, que não é fator essencial; a legalização das relações sexuais; a prestação do auxílio mútuo; o estabelecimento de deveres entre os cônjuges; a educação da prole; entre outros.<sup>50</sup>

Para Silvio Rodrigues três são os fins do casamento:

- a) o disciplinamento das relações sexuais entre os cônjuges: no casamento irão realizar o desejo sexual inerente à própria natureza humana;
- b) proteção à prole: a sobrevivência e educação dos filhos exigem a atenção dos pais;
- c) mútua assistência: decorre do afeto recíproco que se desenvolve através da convivência familiar.<sup>51</sup>

A principal finalidade do casamento, porém, entende-se estar na própria lei. Prevê o Artigo 1.511 do Código Civil de 2002: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Portanto, a comunhão plena de vida, movida pelo amor conjugal e a solidariedade, resume a finalidade do casamento.

### 1.2.6 Efeitos jurídicos

Segundo a classificação doutrinária, três são os efeitos jurídicos principais do casamento: os efeitos sociais, os pessoais e os patrimoniais.

---

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>51</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

Os efeitos sociais dizem respeito à instituição de uma família reconhecida pela sociedade: a família matrimonial com proteção estatal. Assim, os casados passam a usufruir certas condições estabelecidas em leis, a exemplo das sucessórias, tributárias e previdenciárias. A restrição à venda de imóveis ou prestação de fiança sem autorização do cônjuge são outros exemplos dos efeitos sociais do casamento.

Nos efeitos sociais também se incluem a emancipação do cônjuge menor, o planejamento familiar, de livre decisão do casal e a proibição de interferência estatal na comunhão de vida instituída pela família.

Os efeitos pessoais são os direitos e deveres dos cônjuges um com o outro e deles para com seus filhos. Alguns efeitos pessoais do casamento são: o vínculo de afinidade com os parentes do cônjuge; a alteração do nome, se desejada<sup>52</sup>; a emancipação e os próprios direitos e deveres conjugais.<sup>53</sup>

Os efeitos patrimoniais são os vínculos econômicos que se estabelecem: o regime de bens, as doações recíprocas, a obrigação de sustento de um ao outro e da prole, o direito de pedir alimentos, o usufruto dos bens dos filhos e o direito sucessório.

### 1.2.7 Deveres dos cônjuges

Quando se casam, os nubentes aderem a uma gama de deveres recíprocos a serem cumpridos por eles na constância do casamento. A lei civil é que estabelece esses deveres, a fim de fazer durar a convivência conjugal e de preservar a integridade física e moral de cada cônjuge individualmente.

A legislação civil enumera não todos os deveres, mas apenas os principais. Eles estão descritos no Artigo 1566 do Código Civil de 2002, que dispõe:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

---

<sup>52</sup> Atualmente é facultado aos cônjuges utilizar o sobrenome do outro, nos termos do Artigo 1.565, § 1º do Código Civil.

<sup>53</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

#### a) Fidelidade Recíproca

O dever de fidelidade recíproca é o objeto de estudo desta pesquisa, por isso ele será mais bem explorado no capítulo dois. Por ora, se fará uma rápida abordagem sobre ele.

A fidelidade no casamento reflete o caráter monogâmico das famílias. Sem a fidelidade, o casamento perde o seu sentido, perde a sua finalidade.

Fidelidade, em sentido estrito, significa abster-se de praticar relações sexuais fora do casamento. Dessa forma, cada cônjuge abre mão de sua liberdade sexual, no sentido de se comprometer a praticar sexo somente com seu cônjuge, dando-lhe exclusividade, e não apenas preferência. Portanto, o dever de fidelidade tem conteúdo negativo, já que exige uma abstenção de conduta. É uma obrigação de não fazer.<sup>54</sup>

#### b) Vida em comum no domicílio conjugal

Muitas são as possibilidades para o que seria “vida em comum no domicílio conjugal”. A doutrina comumente o considera como dever de coabitação.

Carlos Roberto Gonçalves observa que “para se exercer esta convivência conjugal, impõe-se, ordinariamente, a vida em comum sob o mesmo teto”.<sup>55</sup> Porém, alguns casais modernos, por motivos variados, moram em casas diferentes.

Apesar de não ser a regra, a lei permite “o afastamento do lar por motivo de “encargos públicos, exercício de profissão ou interesses particulares relevantes”, conforme disposição do Artigo 1.569 do Código Civil de 2002.

A coabitação vai além da convivência no domicílio conjugal. Representa o “*jus in corpus in ordine ad actus per se aptos prolis generationem*”, ensejando, por decorrência, o *debitum conjugale*, cujo pagamento pode ser exigido pelo cônjuge.<sup>56</sup>

Carlos Roberto Gonçalves traz um entendimento jurisprudencial sobre o assunto:

O cumprimento do dever de coabitação pode variar, conforme as circunstâncias. Assim, admite-se até a residência em locais separados, como é comum hodiernamente. Porém, nele se inclui a obrigação de manter relações sexuais, sendo

<sup>54</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>56</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.



exigível o pagamento do *debitum conjugale*. Já se reconheceu que a recusa reiterada da mulher em manter relações sexuais com o marido caracteriza injúria grave, sendo justa causa de separação litigiosa, salvo se ela assim proceder com justa causa.<sup>57</sup>

No entanto, Silvio Rodrigues diz que a obrigação ao débito conjugal não é absoluta, havendo exceção em razão da idade ou saúde do cônjuge. Também não são admitidas “*taras ou abusos sexuais*”.<sup>58</sup>

No dever de coabitação, mesmo para os que defendem a existência do *debitum conjugale*, não são permitidas exigências de prática de aberrações sexuais, pois isso fere a liberdade sexual que cada pessoa tem de escolher as práticas sexuais normais.<sup>59</sup>

A comunhão de vida vai bem além da comunhão de vida sexual. Maria Berenice Dias é persuasiva ao excluir desse conceito o débito conjugal. Para ela, “*vida em comum*” não tem nada a ver com relacionamento sexual. A autora ressalta ainda, que o dever de coabitação já surgiu retrógrado, pois, a cada dia, aumenta o número de casais que moram em casas separadas.<sup>60</sup>

A comunhão de vida não impede que cada um dos cônjuges tenha sua própria vida social. As decisões individuais de lazer, de convívio social e de preferências devem ser respeitadas pelos cônjuges. Qualquer proibição a essas liberdades implica em restrição ao direito de liberdade do cônjuge.

Havendo justa causa, o dever de vida em comum no domicílio conjugal passa a ser inexigível, de acordo com as circunstâncias, conforme ressalta Carlos Roberto Gonçalves:

Cessa, todavia, o dever de vida em comum, havendo justa causa para o afastamento do lar. Aplica-se à hipótese, o princípio comum a todas as convenções, de que uma parte não pode exigir o cumprimento da obrigação da outra se ela própria não cumpre a sua.<sup>61</sup>

### c) Mútua assistência

<sup>57</sup> TJDF, EI 32.617, 2ª T., Rel. Des. Fátima Andrighi, DJU, 17-5-1995, p. 6411; RT, 328/313; RJTJRS, 102/457 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

<sup>58</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

<sup>59</sup> RJTJRS, 176/763: ‘O coito anal, embora inserido dentro da mecânica sexual, não integra o débito conjugal, porque este se destina à procriação. A mulher somente está sujeita à cópula vagínica e não a outras formas de satisfação sexual, que violem sua integridade física e seus princípios morais’.

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>61</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

Obriga os cônjuges ao auxílio mútuo em todos os níveis: material, moral e espiritual. É o verdadeiro vínculo de solidariedade que se estabelece entre eles, decorrente do amor marital. Às vezes, se traduz nos gestos, preocupações, cuidados e atenções diários que cada um tem com o outro.

É interessante o que lembra Maria Berenice Dias:

A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia religiosa do casamento nada mais significa do que o compromisso de atender ao dever de mútua assistência, assim como aos deveres de mútuo respeito e consideração, que são impostos a ambos os cônjuges.<sup>62</sup>

Silvio Rodrigues diz que esse é o dever que se manifesta de maneira mais vaga. Suas palavras:

Note-se, pois, ultrapassar o conceito a mera assistência material ou puramente econômica. É o conforto espiritual e emocional dedicado por um ao outro durante a convivência. Com essa abrangência mais ampla, a infração ao dever de mútua assistência pode ficar sem ação objetivando o seu cumprimento, pois difícil será demonstrar a existência do dever de consolar um cônjuge e a recusa do outro em fazê-lo.<sup>63</sup>

A assistência material existe durante o casamento e até após a sua dissolução. A consequência do seu descumprimento se traduz na Ação de Alimentos, na qual o cônjuge pode ser obrigado a prestar alimentos ao outro.

d) Sustento, guarda e educação dos filhos

Esse é o dever voltado para os cuidados com os filhos. É dever que ultrapassa a sociedade conjugal, pois mesmo após a sua dissolução, o dever dos pais de sustentar, ter a guarda e educar os filhos permanece. E é exatamente nesse momento, por ocasião da separação ou no caso de morte de algum dos genitores, que geralmente se recorre a esses deveres/direitos.

Tal dever estende-se até a maioridade dos filhos e, em alguns casos, até o término da faculdade, quando os filhos universitários precisam da ajuda dos pais para se manter na faculdade. Seu descumprimento, por outro lado, pode suspender e até causar a perda do poder familiar. Também pode ensejar a Ação de Alimentos, com o fim de suprir o sustento material e a educação dos filhos.

---

<sup>62</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

<sup>63</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

Silvio Rodrigues lembra muito bem que essa obrigação não depende do estado civil dos pais, pois provêm do poder familiar. No entanto, a sua inserção entre os deveres do casamento, gerando o direito de pedir a separação por culpa do cônjuge que deixasse de cumpri-lo, ressalta a importância desse dever.<sup>64</sup>

Carlos Roberto Gonçalves explica o que significa cada um desses deveres:

O dever de sustento envolve: alimentação, vestuário, habitação e tudo mais que seja necessário à sua sobrevivência. O dever de fornecer educação abrange a instrução básica e complementar, na conformidade das condições sociais e econômicas dos pais. Já o dever de guarda obriga à assistência material, moral e espiritual, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais.<sup>65</sup>

A guarda, em regra é direito dos pais, mas em algumas circunstâncias, no interesse do menor, o juiz pode concedê-la a outrem por sentença judicial.

e) Respeito e consideração mútuos

Esse dever está intimamente ligado ao tema dessa pesquisa, pois ele ampliou o alcance da infidelidade. As ligações amorosas suspeitas, o flerte e até os relacionamentos com pessoa do mesmo sexo, que não eram considerados adultério, com a inserção desse dever, podem agora ser enquadrados como violação do dever de respeito e consideração mútuos.<sup>66</sup>

Está relacionado de forma direta com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois, em razão dele, não se permite que um cônjuge humilhe ou ofenda seu consorte. Para Regina Beatriz Tavares da Silva são exemplos de condutas que violam esse dever:

A tentativa de morte, a sevícia, injúria grave, a conduta desonrosa, a ofensa à liberdade profissional, religiosa e social do cônjuge, dentre outros atos que importem em desrespeito aos direitos da personalidade do cônjuge.<sup>67</sup>

No entanto, Carlos Roberto Gonçalves nos lembra bem que as acusações em processos judiciais não caracterizam violação desse dever:

São comuns acusações infundadas e injuriosas ao outro cônjuge em petições iniciais ou em contestações, nas ações de separação judicial, divórcio, cautelares de separação de corpos e alimentos. Mas a simples imputação de fato desonroso ao consorte não configura, de per si, a injúria. 'O só fato de não ter sido provada a acusação não implica, necessariamente o reconhecimento da injúria; no caso, o que se procura coibir é a leviandade ou temeridade do autor, reveladores de uma

<sup>64</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

<sup>66</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131.

<sup>67</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código Civil comentado, p. 1365-1366 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

intenção injuriosa ou incompatível com o decoro e o respeito mútuo que deve existir entre os cônjuges. Domina, a respeito, o entendimento de que há infração dos deveres conjugais, no caso, se a imputação tiver sido feita de má-fé, maliciosamente, com a utilização de palavras e expressões não essenciais à defesa do direito, com a imputação de atos manifestamente inverídicos'.<sup>68</sup>

Para concluir, convém reafirmar que esses deveres conjugais, aqui citados, não são os únicos, mas os principais. Carlos Roberto Gonçalves fala de outros:

A doutrina criou, com efeito, ao lado dos deveres legais ou explícitos, outros tantos deveres conjugais, extraídos da apreciação das situações fáticas retratadas nas ações de separação, construindo assim a teoria dos deveres implícitos, dentre os quais destacam-se: o dever de sinceridade, o de respeito pela honra e dignidade própria e da família, o dever de não expor o outro cônjuge a companhias degradantes, o de não conduzir a esposa a ambientes de baixa moral.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação, p. 364-365 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

<sup>69</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

## 2 INFIDELIDADE

### 2.1 Primeiras Considerações

O impulso natural do ser humano é a troca de parceiros. Esse comportamento faz parte do instinto humano. Helen Fisher, uma antropóloga da Universidade Rutgers, nos Estados Unidos, “estudou o comportamento sexual de homens e mulheres em 62 sociedades ao redor do planeta e concluiu que o adultério em todas as partes é tão comum quanto o casamento”.<sup>70</sup>

A mesma pesquisadora, baseada em uma teoria evolucionista, afirma que a infidelidade masculina decorre de “sua necessidade inconsciente e pré-histórica de espalhar seus genes, multiplicando sua contribuição para as próximas gerações”. Já a infidelidade feminina, origina-se de quatro motivos principais: “obter bens e serviços extras que lhe garantissem melhor proteção e saúde”; garantir o futuro, caso “o companheiro morresse ou abandonasse o lar”; “melhorar a linhagem genética de sua prole”, prevenindo herança de defeitos físicos ou de personalidade do atual companheiro (“caçador medroso”, por exemplo) e alcançar uma diferenciação de características biológicas que aumentassem as chances de sobrevivência dos filhos.<sup>71</sup>

A infidelidade não é um comportamento atual, muito pelo contrário, ela é bem antiga. Desde a época de Moisés, a sociedade convive com a proibição do adultério. A Lei das Doze Tábuas prescreve: “não cometerás adultério”. Mais tarde, essa proibição perpetuou-se nas normas jurídicas.

Yussef Cahali nos lembra que “as relações matrimoniais frustradas, as decepções pós-matrimoniais, os desencantos e as derivações em busca de novas aventuras ou de prazeres transitórios sempre existiram, aqui ou acolá, em todos os tempos, com maior frequência”.<sup>72</sup>

A fim de evitar a desordem geral, o Direito precisou impor restrições à liberdade humana para que houvesse controle desses impulsos naturais capazes de trazer enormes

---

<sup>70</sup> PINHEIRO, Daniela. **Revista VEJA**, 13 de outubro de 2004, ed. 1875, p. 87.

<sup>71</sup> **Revista VEJA**, 02 de agosto de 1995, p. 125.

<sup>72</sup> CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação, p. 20 apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

consequências sociais. Dessa forma, a infidelidade foi tão abominada que, até bem pouco tempo, o adultério era considerado como crime. O Código Penal estabelecia no seu Artigo 240: “Cometer adultério: Pena – detenção de quinze dias a seis meses”. Somente em 2005, com a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, o adultério deixou de ser delito penal. O que ocorreu foi o que se chama no Direito Penal de *abolitio criminis*, ou seja, ouve a descriminalização da conduta. Hoje restam apenas os efeitos civis dela.<sup>73</sup>

A bigamia, por outro lado, continua sendo crime. O Artigo 235 do Código Penal estabelece: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de dois a seis anos. § 1º Aquele que não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos”. Essa disposição reforça o impedimento do Código Civil, disposto no Artigo 1.521, VI, que diz não poderem casar as pessoas que já são casadas. Tudo isso, no esforço conjunto de preservar a cultura monogâmica ocidental.

A infidelidade, embora muito condenada, foi observada de diferentes formas no decorrer da história. No passado, quando o direito de propriedade era uma das principais preocupações da sociedade, a infidelidade era vista como uma afronta a esse direito. Isso porque dela poderia decorrer a transferência de patrimônio a filhos ilegítimos. Na época em que a sexualidade era marcada pela brutalidade, a infidelidade era uma forma de libertar os impulsos sexuais, uma vez que as relações não eram revestidas de afetividade.

Houve tempos em que as punições eram muito severas, especialmente para a mulher. A Lei mosaica punia com a morte os culpados de adultério. No Egito, a mulher adúltera sofria a mutilação de seu nariz e a morte era reservada para seu amante. Na Índia, o adultério representava tanto ofensa aos deuses como à indesejada mistura de raças, de forma que a mulher era condenada a ser devorada por cães em praça pública. Em Roma, segundo Ester Kosovski, a mulher era castigada com desterro e o confisco de metade de seus bens. Na era de Justiniano, a mulher era açoitada e ia para um mosteiro e, se após dois anos o marido não a perdoasse, as religiosas aplicavam-lhe o castigo e a surra diante de toda a comunidade.<sup>74</sup>

Com respeito às punições do homem, Rolf Madaleno escreve:

---

<sup>73</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 3, p. 141.

<sup>74</sup> KOSOVSKI, Ester. O crime de adultério, p. 47 apud MADALENO, Rolf, **Direito de Família em pauta**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

Em contrapartida, o adultério masculino só poderia ser punido se fosse praticado com mulher casada, sofrendo o varão a punição não por ser adúltero, mas por ser cúmplice do adultério da mulher. Sempre foi muito tolerada a infidelidade masculina, a ponto do dever de fidelidade ser relativo para o homem e absoluto para a mulher, tradicionalmente posta em situação de inferioridade. E em tempos nem tão distantes, ainda era ardorosa a tese da legítima defesa da honra conjugal, para justificar e absolver o crime passional.<sup>75</sup>

Não se pode deixar de mencionar que ainda na atualidade há sociedades que em quase nada evoluíram nesse aspecto. No Irã, os adúlteros são punidos pelo método religioso do apedrejamento ou lapidação. Em uma reportagem da Revista Veja há a explicação do método: “os homens são enterrados até a cintura com as mãos para trás; as mulheres, até o pescoço”.<sup>76</sup> A reportagem também fala da execução pública de um adúltero que foi puxado na forca por um guindaste. O mais recente caso é o da iraniana Sakineh que, em 2006 “foi acusada de manter relações ilícitas com dois homens e sentenciada a 99 chibatadas”. A Revista Veja informa que depois, “no julgamento da mulher suspeita de matar seu marido, foi acusada de adultério enquanto casada e sentenciada ao apedrejamento”. Agora estão acusando-a de ter matado o próprio marido, o que poderá conduzi-la ao enforcamento.<sup>77</sup>

No Brasil, atualmente, o adultério não é mais crime. Mas o dever de fidelidade persiste, ele é uma obrigação para os casados. Vários são os dispositivos legais que mostram que a infidelidade é realmente desaprovada pelo Estado: o estabelecimento da fidelidade recíproca como dever do casamento, a previsão do crime de bigamia, a possibilidade de anular as doações feitas pelo cônjuge ao concubino<sup>78</sup> e a falta de reconhecimento jurídico às famílias paralelas. O não reconhecimento de direitos aos chamados amantes, ainda que, na prática seja enriquecimento ilícito, é mais uma prova de que o Estado quer manter a posição de defesa da família, do princípio da monogamia e da fidelidade nas relações afetivas.

## 2.2 Conceituação

O conceito de infidelidade sempre esteve muito ligado ao de adultério, talvez em razão da tipificação deste como crime. No entanto, as expressões não são sinônimas. Veja-se no que se diferenciam.

---

<sup>75</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

<sup>76</sup> **Revista VEJA**, 29 de dezembro de 2007, p. 78.

<sup>77</sup> CARVALHO, Júlia. **Revista VEJA**, 11 de agosto de 2010.

<sup>78</sup> Artigos 550 e 1.642, V, do Código Civil de 2002.

Tanto a legislação cível como o Código Penal, quando instituíam o crime de adultério, não se preocuparam em definir o dever de fidelidade. Talvez isso tenha ocorrido porque todos, popularmente falando, sabem o que significa infidelidade. Porém, situações práticas, especialmente no ramo jurídico, mostram que é importante definir os limites de tal preceito.

O Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa define adultério como: “infidelidade conjugal; prevaricação; união destoante; aberrante”. O adúltero é aquele que “violou ou viola a fidelidade conjugal”.<sup>79</sup>

No dicionário jurídico de Maria Helena Diniz a autora coloca:

Adultério. 1. Direito Civil. Relação sexual entre uma pessoa casada e outra que não seja o seu cônjuge, constituindo uma infração ao dever recíproco de fidelidade, desde que haja voluntariedade de ação e consumação da cópula carnal propriamente dita. É causa de ação de separação judicial litigiosa [...]. ‘Infidelidade conjugal. 1. Direito Civil. Transgressão por qualquer dos cônjuges do dever recíproco de fidelidade, decorrente do caráter monogâmico do casamento. Prática por um dos consortes de relação sexual com terceiro’.<sup>80</sup>

Percebe-se que os conceitos apresentados são poucos esclarecedores, girando em torno de sinônimos que não delimitam especificamente e de forma concreta o que vem a ser infidelidade. Assim, é necessário recorrer-se à doutrina para melhor entender tal definição. Nesse sentido, Domingos Sávio Brandão Lima observa:

O vocábulo adultério não encontra uniformidade na sua origem, entretanto seu sentido é inequívoco. Usualmente, expressa ajuntamento carnal ilegítimo de homem com mulher, onde um dos dois ou ambos são casados.<sup>81</sup>

Guilherme Calmon da Gama diz o seguinte:

A fidelidade envolve o dever de lealdade entre os partícipes, sob aspectos físico e moral, no sentido de abster-se de manter relações sexuais com terceira pessoa, e mesmo de praticar condutas que indiquem esse propósito ainda que não consuma a traição. Envolve, portanto, tanto a infidelidade material quanto a moral.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

<sup>80</sup> DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, vol. 102, São Paulo, 2007.

<sup>81</sup> LIMA, Domingos Sávio Brandão, p. 449 apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, vol. 102, São Paulo, 2007.

<sup>82</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família, p. 194 apud GUIMARÃES, Marilene Silveira. Adultério Virtual, infidelidade virtual. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos-pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010.



Maria Berenice Dias fala que “o dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas também é uma norma jurídica, porque sua transgressão admite punição na esfera civil e criminal”.<sup>83</sup>

Ao falar sobre esse assunto, Maria Helena Diniz, citando Luiz Carlos de Azevedo, traz grande contribuição ao nos lembrar que “o adultério exige a consumação da cópula carnal e a voluntariedade da ação”. Assim, não se enquadram no conceito as relações oriundas de estupro, hipnotismo, coação, sonambulismo ou embriaguez involuntária, por faltar o elemento subjetivo. Também não se enquadram no conceito a cópula frustrada e as aberrações sexuais.<sup>84</sup>

O termo, cópula carnal, que caracteriza o adultério, para a maioria dos doutrinadores, significa a cópula efetiva e normal, mas alguns defendem que envolva até os simples atos de libidinagem. Alguns definem a conjunção carnal como a “introdução do órgão genital de uma pessoa no corpo da outra, por via normal ou anormal”.<sup>85</sup>

A doutrina deixa clara a diferença entre o adultério e a infidelidade. Como aquele foi tipificado como crime, escolheu-se para ele as condutas mais graves da época. Por isso, o adultério envolve a relação sexual propriamente dita. Já a infidelidade é termo mais amplo e complexo, que abarca as diversas outras formas de ser infiel no casamento. No tópico seguinte ver-se-á com mais clareza essa diferença.

---

<sup>83</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

<sup>84</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. Aspectos jurídico-penais da inseminação artificial apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298.

<sup>85</sup> Nesse sentido, CARNEIRO, Alaim de Almeida. Adultério. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. 2, p. 345. Laura de Toledo Ponzoni, em Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, cita outros posicionamentos: Carrara entende que o momento consumativo é o da ejaculação dentro da vagina. Bento de Faria defende “a introdução do órgão genital de uma pessoa no corpo da outra, pela via normal ou anormal”. Liszt reputa suficiente a união das partes genitais. Outros autores excluem a conjunção carnal da tipificação do adultério e advogam a integração por qualquer contato libidinoso. Magalhães Noronha adota um conceito mais amplo, abrangendo os equivalentes fisiológicos e sucedâneos – coito anal, interfemoral, *fellatio in ore*, *cunnilingus*, *aniilingus* e outros mais. Nelson Hungria entende que basta o ato sexual inequívoco.

## 2.3 Classificação

A doutrina tradicional divide a infidelidade em física e moral. A infidelidade física significa a relação sexual com outra pessoa que não o cônjuge, ou seja, o adultério. Já a infidelidade moral significa a violação da lealdade para com o parceiro.

A principal diferença entre o adultério e a infidelidade é a cópula carnal. Assim, pode-se considerar como adultério a prática de cópula carnal com pessoa estranha ao relacionamento conjugal. Objetivamente falando, o adultério exige a existência de um elemento físico: a cópula carnal e um elemento moral: a vontade ou a consciência de estar violando o compromisso firmado.

Majoritariamente, a doutrina entende que a infidelidade deve, atualmente, ter um sentido mais amplo que o adultério, ou seja, uma interpretação mais abrangente que alcance outras práticas. Assim, o adultério seria apenas uma das modalidades de infidelidade.

Yussef Said Cahali classifica a infidelidade da seguinte forma:

- a) adultério *stricto sensu*: prática de relação sexual com outra pessoa, que não o cônjuge;
- b) quase-adultério: de interpretação mais abrangente, inclui os atos que denunciam o propósito de concluir o adultério, não-ultrapassada a fase preparatória dos atos tendentes à sua prática;
- c) adultério casto: caracteriza-se pela inseminação artificial realizada sem o conhecimento e consentimento do outro cônjuge, com sêmen de homem estranho.<sup>86</sup>

O quase-adultério e o adultério casto podem ainda ser chamados de injúria grave. Para Carlos Roberto Gonçalves, “os atos meramente preparatórios da relação sexual, o namoro e os encontros em locais comprometedores não constituem adultério, mas podem caracterizar a injúria grave (quase adultério), que também é causa de separação”.<sup>87</sup>

Yussef Cahali ensina que:

Na figura do quase-adultério inclui-se o comportamento conjugal intencionado no sentido do congresso sexual com estranho, exaurido nos atos preparatórios ou

---

<sup>86</sup> CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação, p. 234 apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual - Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

<sup>87</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses jurídicas: direito de família, p. 46 apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual - Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

circundantes, como também se inclui o deslize envolto em sensualidade, porém despido de qualquer contato carnal, representado pela infidelidade moral ou espiritual.<sup>88</sup>

Na união estável, embora não se fale em dever de fidelidade, fala-se em dever de lealdade. Segundo Laura de Toledo Ponzoni, “a *fides* (fé, fidelidade) é elemento primordial da união estável, assim como do casamento, sendo que na união estável esse dever é chamado de lealdade, que melhor exprime o seu vínculo”.<sup>89</sup>

## 2.4 Infidelidade Virtual

### 2.4.1 Tempos virtuais

Assim como em épocas remotas o homem descortinou os mares e descobriu um mundo inimaginável, superando todos os limites, assim hoje o faz o homem moderno através da Internet. Com a Internet o mundo tornou-se pequeno, nada é tão longe que não possa ser alcançado. Ela representa o marco da era virtual. Comunicação fácil e rápida que soluciona uma variedade de problemas, mas que também produz outros.

O surgimento da Internet interferiu muito nas relações humanas. Trouxe uma via de mão dupla: une e separa. Une pessoas distantes, mas separa pessoas próximas. Com ela percebe-se que, a cada dia, as pessoas estão mais distantes de quem está perto – seu vizinho, sua família, seus colegas de escola ou do trabalho – e, por outro lado, tornam-se íntimos de pessoas distantes, que podem estar até do outro lado do mundo.

Tudo parece favorecer o uso freqüente da Internet: a cultura do individualismo, o isolamento decorrente do medo da violência e a falta de tempo para usufruir a vida. A falta de tempo é com certeza um dos fatores que mais contribui para o uso da Internet; pela rede fazemos coisas de uma forma tão rápida que seria inalcançável de outras formas.

Atualmente, é inegável que a Internet é utilizada por todos, alcançando as mais diversas camadas sociais, pessoas de todas as idades, de todos os gêneros, de todas as

---

<sup>88</sup> CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação, p. 343 apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual - Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007, p. 1003.

<sup>89</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual - Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007, p. 1006.

formações, de todos os países e para todas as finalidades. Ela verdadeiramente revolucionou o comportamento humano.

Uma das mudanças trazidas pela Internet no campo das relações humanas foi no que diz respeito ao comportamento sexual. A Revista *Veja* falou sobre um levantamento que mostra que 60% das páginas visitadas na Internet têm algum conteúdo sexual. Além disso, a publicação destaca que a palavra *sex* é a mais escrita nos *sites* de busca em todo o mundo.<sup>90</sup>

Muitos buscam na Internet a satisfação sexual, seja relacionando-se de maneira romântica, compartilhando sonhos e ideais, seja na busca de uma relação carnal. Embora os conteúdos da Internet não se diferenciem muito dos conteúdos pornográficos em geral, ela apresenta a possibilidade de interação com outras pessoas, fazendo surgir o sexo virtual. Desta feita, essa realidade têm relevantes reflexos nos casamentos.

#### 2.4.2 Surgimento, definição e funcionamento da Internet

A Internet significa uma rede mundial de computadores interligados entre si. Sem a pretensão de querer esgotar o assunto, nem de trazer informações técnicas demais, a finalidade deste tópico é explicar de forma superficial e o mais simples possível o funcionamento da Internet, voltado para o tema dessa pesquisa.

A Internet originou-se a partir de um programa militar americano que pretendia facilitar a transmissão de dados em época de guerra. No Brasil, ela foi lançada oficialmente em 1989, através da Rede Nacional de Pesquisa, de iniciativa do Ministério da Ciência e Tecnologia. No princípio, ela só era utilizada no meio acadêmico, mas posteriormente, com a Internet comercial, foi aberta aos demais setores da sociedade.<sup>91</sup>

Sobre o funcionamento dela, Marcel Leonardi explica:

Cada computador conectado à Internet é parte de uma rede. Quando um usuário doméstico utiliza a rede através de seu provedor de acesso, seu computador conecta-se à rede daquele provedor. Este, por sua vez, conecta-se a uma rede ainda maior e

---

<sup>90</sup> Traição Virtual: a nova modalidade de infidelidade é pela Internet: e tumultua a vida dos casais. **Revista VEJA**, ed. 1940, ano 39, n. 3, 25 de janeiro de 2006.

<sup>91</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

passa a fazer parte desta, e assim sucessivamente, possibilitando o acesso, dentro de certas condições, a qualquer outro computador conectado à Internet.<sup>92</sup>

Laura Ponzoni diz que a transmissão de dados ocorre através de pontos de acesso que interligam os provedores. Tal transmissão é feita pelo melhor caminho, o mais curto entre as rotas disponíveis, por isso a Internet é tão rápida e eficiente, permitindo o acesso de milhões de pessoas ao mesmo tempo.<sup>93</sup> Ainda segundo ela, todos esses computadores conectados à rede podem ser chamados de servidores: fornecem informações e/ou serviços; ou clientes: acessam as informações e/ou serviços. São os chamados protocolos que permitem a comunicação e compartilhamento de dados do computador servidor com o computador cliente. Esse processo acontece de forma invisível, imaterial e contínua.

Na Internet, vários são os meios de transmissão e obtenção de informações, porém, nesse trabalho os que mais interessam são o correio eletrônico e os *chats* de bate-papo. O *e-mail* ou correio eletrônico possibilita que qualquer pessoa envie mensagens escritas, imagens e sons a outra, desde que conheça o endereço eletrônico do destinatário. Até que o destinatário possa visualizar sua caixa postal eletrônica, tais mensagens ficam armazenadas em um servidor. Já os *chats* são sistemas de conversação simultânea, ou seja, possibilitam a comunicação dos usuários em tempo real. Nesse tipo de sistema, os usuários precisam estar conectados ao mesmo tempo para se comunicarem em tempo real. Eles podem enviar mensagens para todos os usuários conectados, como podem restringir a comunicação a um grupo ou apenas a um usuário. Cada pessoa adota um pseudônimo ou *nickname*, para não ser identificado. Podem, ainda, utilizar diversas formas de interação como a *webcam*, transmissão de voz (teleconferência) e de imagem (videoconferência).

### 2.4.3 Relacionamentos virtuais

Com o aumento do uso da Internet, pela sua comodidade e a relativa segurança que esse meio proporciona às pessoas, muitos passaram a manter relacionamentos virtuais. Em razão do relativo anonimato que caracteriza as comunicações eletrônicas, o que existe é um

---

<sup>92</sup> LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

<sup>93</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007.

crescente número de pessoas casadas utilizando-se de *sites* e salas de bate-papo especializadas em relacionamentos erótico-afetivos. Esse quadro tem causado um grande debate no mundo jurídico a cerca da caracterização da infidelidade através de meio virtual.

Como visto, o adultério necessita do contato físico para existir. Por isso a denominação “adultério virtual” não é adequada. O relacionamento virtual nunca será adultério, a menos que saia do mundo virtual e adentre o mundo real. Dessa forma, a nomenclatura correta para os relacionamentos erótico-afetivos virtuais é “infidelidade virtual”.

Muitas são as razões que as pessoas têm para se relacionarem pela Internet: uns procuram apenas fazer amizades; outros querem passar o tempo; alguns querem esquecer dos problemas, mudar a rotina; já outros vêm até mesmo a chance de melhorar seu casamento. Assim, a Internet torna-se uma espécie de mundo imaginário onde as pessoas podem interagir sem o desgaste natural da convivência e os problemas comuns dos relacionamentos reais.

Nesse mundo imaginário as pessoas podem idealizar, sonhar, fantasiar. O que antes só era possível nos sonhos ou no pensamento, agora é possível se realizar através da Internet. Fantasias que eram antes irreveláveis, agora podem ser compartilhadas com alguém desconhecido.

Quando se tecla com alguém pela Internet, uma imagem mental da pessoa é formada. Geralmente, essa imagem é a melhor possível, pois idealiza-se alguém com as características que se gostaria que ela tivesse. É o mundo do faz-de-conta no qual se pode ser o que quiser e ver o outro como gostaria que fosse. E com apenas um clique “mágico” pode-se sair do mundo imaginário e ingressar na realidade novamente. E aí ninguém o vê, ninguém o acha, ninguém sabe qual é a verdade.

Uma das grandes problemáticas dos relacionamentos virtuais é que eles dão a impressão de segurança, de que não serão descobertos. O anonimato é um grande convite à liberdade. O internauta está livre para falar o que quiser: mentir, omitir, exagerar.

Além disso, a facilidade é um fator que contribui muito para a ocorrência dos relacionamentos virtuais. É possível acessar rapidamente a rede e já começar a conversar com alguém ou com várias pessoas. Muitas vezes é a curiosidade que leva as pessoas a terem relacionamentos erótico-virtuais.

Outra problemática é que, por ser virtual, as pessoas parecem não ter o mesmo sentimento de culpa dos relacionamentos reais. Alguns nem consideram que praticaram infidelidade. No entanto, escondem os relacionamentos do cônjuge porque, no fundo, sabem da conotação sexual envolvida.

Os relacionamentos virtuais se diferem dos demais em razão de trocar a atração física pela descoberta de afinidades. Enquanto no namoro real a atração surge a partir do olhar, das características físicas, do perfume ou do sorriso, no namoro virtual tudo isso dá lugar às características não vistas que a própria pessoa diz que tem. Ou seja, a atração surge pela afinidade que se tem com o jeito de ser do outro, sem considerar a aparência física.

De fato, em um aspecto os relacionamentos virtuais não podem ser comparados com os relacionamentos reais, pois estes estão marcados pela rotina, que é a destruidora inevitável de qualquer relação. No relacionamento virtual é mais difícil instalar-se a rotina. É um mundo ideal e o ideal é sempre melhor que o real. Maria Helena Diniz lembra:

Os problemas do dia a dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo, platônico com pessoa sem rosto e identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, por exemplo, usando apelido (nickname) e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao consorte.<sup>94</sup>

Normalmente, os relacionamentos começam com um breve contato eletrônico, depois a troca de mensagens torna-se constante, a intimidade aumenta e o vínculo vai se fortalecendo. Por vezes, esses relacionamentos, mesmo quando não se concretizam, podem ser duradouros e pôr em risco o casamento.

Nesse sentido, Alexandre Rosa, diz que o relacionamento virtual se desenvolve em quatro fases:

A primeira é a procura de *chats* ou *sites*, navegando-se na *web* sem maiores preocupações, motivado desde a curiosidade até ausência afetivo-sentimental, quando inicia o contato normalmente e, depois, passa-se para conversa reservada; a segunda, contatos por e-mail, ICQ, dentre outros; a terceira vem o contato pessoal e na quarta fase, vem o contato físico.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>95</sup> ROSA, Alexandre. Existe amante virtual? p. 26 apud BRUM, Jander Maurício e BRUM, Nábia dos Santos. **Revista de Jurisprudência Mineira**, vol. 164, abril-junho de 2003, doutrina: Infidelidade Virtual e o Novo Código Civil, p. 14.

Sobre isso, Laura de Toledo Ponzoni explica que num primeiro momento há conversas de conteúdo erótico, nas quais os internautas, protegidos pelo anonimato, compartilham fantasias e experiências relacionadas com temas sexuais. Quando um participante encontra afinidades com outro, então se aproximam, partilham fotos, utilizam *software* de voz e *webcam*. Depois, passa-se à prática de masturbação, que pode ser recíproca ou não.<sup>96</sup>

É importante ressaltar, que os relacionamentos virtuais podem se tornar bastante humanizados com a utilização da tecnologia, de programas e *softwares* que oportunizam a aproximação das pessoas. Em sua obra, Laura de Toledo Ponzoni cita a criação, por uma empresa americana, do *Genital Drive*, “um aparelho de informática anatômico que reproduz fielmente os órgãos sexuais humanos: uma vagina e um pênis”. O *hardware* funciona como um simulador de “cópula virtual”, incluindo a simulação da ejaculação, no qual os movimentos das pessoas são registrados pelo sistema e reproduzidos em tempo real para unidades.<sup>97</sup>

#### 2.4.4 Enquadramento jurídico

Quando um relacionamento afetivo pela Internet é descoberto, a pergunta que surge é se tal relacionamento pode ser considerado como descumprimento ao dever de fidelidade recíproca.

Sobre isso, Maria Helena Diniz ressalta que a “possibilidade de o internauta casado participar, por meio de programas de computador voltados a envolvimento amoroso geradores de laços afetivo-eróticos virtuais, pode originar a infidelidade e o adultério”.<sup>98</sup>

Embora não seja possível determinar ao certo quantos casos virtuais tornam-se reais, a Revista Veja publicou que estudos recentes indicam que 60% dos casos de infidelidade virtual terminam em sexo real.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007, p. 1029.

<sup>97</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007, p. 1030 (nota).

<sup>98</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol, 5 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>99</sup> Traição Virtual: a nova modalidade de infidelidade é pela Internet: e tumultua a vida dos casais. **Revista VEJA**, ed. 1940, ano 39, n. 3, 25 de janeiro de 2006.



A infidelidade virtual é um comportamento social até então não imaginado pelo legislador. A nova realidade, porém, colocou o tema em debate fazendo surgir correntes doutrinárias sobre o assunto. Para alguns doutrinadores não há a infidelidade, pois não há contato físico. Para outros, o fato só tem efeitos práticos quando as pessoas se conhecem pessoalmente. Já tantos outros consideram haver sim violação do dever de fidelidade, uma vez que há a busca de satisfação sexual.

Maria Berenice Dias fala que “não cabe nominar de descumprimento do dever de fidelidade a relação erótico-afetiva quando inexistente qualquer postura que afronte o dever de respeito mútuo que deve reger as relações interpessoais”. Para ela, não existe traição quando alguém se relaciona exclusivamente por meio virtual com outrem. A pessoa não pode ser culpada, pois é um espaço imaginário formado por pessoas invisíveis.<sup>100</sup>

A autora faz parte da corrente doutrinária que defende que, em regra, os relacionamentos virtuais não violam o dever de fidelidade no casamento, pois isso seria punição do simples desejo, do simples sonho de estar com alguém. Porém, Maria Berenice admite que quando há risco de os relacionamentos gerarem uma relação sexual, então haveria a possibilidade de infidelidade virtual. Nas palavras dela:

Não há como nominar de infidelidade - e muito menos de adultério - encontros virtuais, sob pena de se ter como reprovável o simples desejo, ou a idealização de um contato com o protagonista de um filme que se esteja assistindo. A imposição do dever de fidelidade simplesmente visa a impedir a concepção de prole ilegítima. Assim, somente na hipótese de haver o risco de os relacionamentos gerarem contatos sexuais é que haveria a possibilidade de se cogitar a infidelidade ou adultério. Ainda que um dos 10 mandamentos seja não cobiçar a mulher do próximo, no mundo virtual o outro não está próximo. Não há como reconhecer na “cobiça”, ou seja, no mero desejo por outrem, o adultério ou afronta ao dever de fidelidade. Afinal, ninguém pode ser impedido de sonhar!<sup>101</sup>

Laura de Toledo Ponzoni, entende pela existência da infidelidade nesses casos. A autora escreve que “esse tipo de comportamento tem um potencial tão devastador para um relacionamento que pode afetá-lo, da mesma forma que se um dos cônjuges tivesse literalmente pego o outro na cama”.<sup>102</sup> Laura cita, ainda, a posição de Regina Beatriz Tavares da Silva, que também é adepta do mesmo entendimento:

---

<sup>100</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

<sup>101</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

<sup>102</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007, p. 1031.

É evidente o retrocesso daqueles que concluem que a infidelidade virtual não seria descumprimento desse dever, por inexistir relação sexual no plano virtual. Há muito o Direito evoluiu para concluir que na infidelidade importa a busca de satisfação sexual fora do par conjugal, e não a relação sexual propriamente dita, que pode ou não existir.<sup>103</sup>

Considerando a classificação doutrinária já exposta, bem como a adoção de um conceito mais abrangente de infidelidade, diferenciando-a do adultério, pode-se dizer que se envolver amorosamente com terceiro, estranho ao casamento, mesmo que de forma eletrônica, constitui violação ao dever de fidelidade. Se, porém, ocorrer a relação sexual com um encontro físico, estará configurado o adultério, que na verdade constitui uma espécie de infidelidade.

Por outro lado, Mônica Fideman de Matos afirma:

[...] Neste passo, a injúria grave poderia constituir uma infração ao dever matrimonial de fidelidade, para aqueles que aceitam o conceito de infidelidade moral, ao lado da infidelidade propriamente dita, representada pelo adultério. Ou, por outro aspecto, esse ato que não é o adultério, mas é um adultério pensado ou projetado. Pode ser visto como uma infração ao dever de respeito mútuo que deve existir entre os cônjuges. Em resumo, ou haveria infração ao dever de fidelidade, com uma infidelidade moral ou haveria uma infração ao dever de respeito. Nesse contexto, se insere exatamente a comunicação com a pessoa do sexo oposto por meio de Internet, através dos chamados chats ou e-mail. Aí se configuraria uma situação de intimidade, com a pessoa com quem o cônjuge se comunica, traduzindo-se em injúria grave ao cônjuge inocente. Seria, por assim dizer, uma infração imprópria ao dever de fidelidade – porquanto não constitui o adultério tradicional – ou uma infração ao dever de respeito que deve prevalecer entre os cônjuges [...].<sup>104</sup>

Dessa forma, mesmo que não se considere as ligações amorosas via Internet como violação do dever de fidelidade recíproca, ainda assim, haveria a violação de outro dever do casamento: o de consideração e respeito mútuo.

---

<sup>103</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito Conjugal, p. 533 apud PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007, p. 1031.

<sup>104</sup> MATOS, Mônica Fideman apud BRUM, Jander Maurício e BRUM, Nábila dos Santos. **Revista de Jurisprudência Mineira**, vol. 164, abril a junho de 2003, doutrina: Infidelidade Virtual e o Novo Código Civil, p. 14.

## 3 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA INFIDELIDADE

### 3.1 O Fim do Casamento

Uma das questões mais difíceis de explicar sobre a infidelidade diz respeito ao próprio motivo de sua existência. Se as pessoas podem se separar, porque são infiéis? Esta é uma pergunta a ser respondida com auxílio de outras ciências, mas o fato é que o dever de fidelidade cessa com a separação. O *caput* do Artigo 1.576, do Código Civil de 2002 dispõe: “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”.

Apesar do que diz o Artigo supracitado, boa parte da doutrina e da jurisprudência entendem que a separação de fato põe fim aos citados deveres e ao regime de bens. Nesse sentido, Maria Berenice Dias, escreve:

Não obstante o rompimento da sociedade conjugal se dê mediante a separação e o divórcio, é a separação de fato que, realmente, põe fim ao matrimônio. Todos os efeitos decorrentes da nova situação fática passam a fluir da ruptura da união. Quando cessa a convivência, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. Não há mais sequer o dever de fidelidade, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade que os separados de fato podem constituir união estável. Só há a proibição de casar.<sup>105</sup>

Realmente, o § 1º do Artigo 1.723 do Código Civil de 2002, estabelece: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI (as pessoas casadas) no caso da pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. O dispositivo autoriza claramente a união estável para pessoas casadas, desde que estejam separadas de fato ou judicialmente. Assim sendo, o dever de fidelidade finda com a separação de fato.

A lei determina os motivos que levam ao fim da sociedade conjugal. O Artigo 1.571 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I – pela morte de um dos cônjuges;

---

<sup>105</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 272.

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

VI – pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

A leitura do § 1º permite entender que o legislador estabeleceu um sistema dual para o fim do casamento: primeiro os cônjuges se separam e só depois, com o preenchimento de alguns requisitos, podem se divorciar. Esse sistema faz distinção entre o término da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial. O vínculo matrimonial é o matrimônio em si, um instituto mais amplo que regula a vida dos cônjuges. A sociedade conjugal, porém, é mais restrita, rege apenas o regime de bens e os frutos civis do trabalho de ambos. Assim, enquanto a separação representa a “mera separação de corpos e bens, com a permanência do vínculo conjugal, o que impede novo casamento dos separados; o divórcio dissolve de maneira integral o matrimônio, legitimando os divorciados para se recasarem”.<sup>106</sup>

O legislador civil também estabelece os motivos que ensejam o pedido de separação. O Artigo 1.572, *caput* reza: “Qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. O Artigo 1.573 complementa: “Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante e conduta desonrosa”.

Vê-se que a infidelidade, representada no dispositivo pelo “adultério” e pela “injúria grave” é conduta tão grave dentro do casamento, que enseja o pedido de separação judicial. Laura Ponzoni proclama: “A violação do dever de fidelidade foi, é e será o fundamento mais invocado para a ação de divórcio”.<sup>107</sup>

No entanto, apenas um tipo de separação permite a invocação da violação dos deveres do casamento, em conformidade com o Artigo 1.572. Mas antes de falar sobre as espécies de separação e divórcio, mister destacar uma recente mudança no assunto.

---

<sup>106</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.

<sup>107</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, vol. 102, São Paulo, 2007, p. 1008.

### 3.2 A Emenda Constitucional nº 66/2010

Na tentativa de preservar o casamento, o Estado sempre impôs muitas dificuldades para a sua dissolução. Com a evolução da sociedade, porém, o casamento deixou de ser um vínculo eterno. O preconceito de antes, que pairava sobre as pessoas divorciadas, acabou. A dissolução do casamento passou a ser encarada como solução adequada frente à determinadas circunstâncias.

Juntando-se a isso o fato de a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido as uniões estáveis e ter dado à separação de fato os mesmos efeitos da separação judicial, o que ocorreu é que muitas pessoas passaram a ver o casamento como instituto burocrático e desnecessário. Nestas circunstâncias, a separação judicial foi perdendo a sua utilidade e o Estado passou a verificar que as limitações ao divórcio, ao invés de contribuírem para a manutenção do casamento, na verdade estavam fazendo as pessoas o rejeitarem.

Dessa forma, o movimento pela facilitação do divórcio foi criando forças. Uma das grandes conquistas, nesse aspecto, foi a separação e o divórcio na via administrativa. Em 2007, a Lei nº 11.441 acrescentou o Artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil, autorizando a separação e o divórcio em cartório, por escritura pública, desde que haja consenso entre o casal e não existam filhos menores ou incapazes.

Mais tarde, o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – elaborou um Projeto de Emenda Constitucional para alterar o § 6º do Artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que tratava da dissolução do vínculo matrimonial (divórcio).<sup>108</sup> Foi então que, durante a execução desta pesquisa, a Emenda nº 66, de 13 de julho de 2010 foi aprovada e entrou em vigor.

O § 6º do Artigo 226 da Constituição versava: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Com a Emenda, a redação passou a ser: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Destarte, a Emenda acabou com a separação judicial e facilitou em muito o fim do casamento. Segundo José Fernando Simão, a Emenda não altera o conceito de sociedade conjugal, apenas muda a sua extinção. “Ao casar, surgem a sociedade conjugal e o vínculo.

---

<sup>108</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 13.

Contudo, se antes era possível terminar-se com a sociedade, mas manter-se o vínculo, atualmente, a sociedade conjugal e o vínculo terminam simultaneamente com o divórcio”.<sup>109</sup>

Portanto, em razão da grande alteração que trouxe, a história do fim do casamento pode ser dividida em antes e após a Emenda nº 66/2010.

### 3.3 A Separação Antes da Emenda nº 66/2010

A primeira informação que se faz importante é a diferenciação da separação e do divórcio. Como visto, o Código Civil de 2002, Artigo 1.571, se refere a eles como formas de terminar a sociedade conjugal. Ao mesmo tempo, deixa clara a diferença entre eles: a separação põe fim à sociedade conjugal, no entanto, só o divórcio ou a morte é capaz de dissolver o vínculo, permitindo novo casamento.

Segundo a lei civil, duas são as espécies de separação judicial: a consensual e a litigiosa. A separação consensual é aquela feita de comum acordo entre os cônjuges, quando ambos compartilham o desejo de pôr fim ao relacionamento. Esse tipo de separação tem uma limitação legal: a exigência do prazo de um ano de casamento. Ou seja, antes de completar um ano de casados, o casal não pode se separar, pelo menos não pela separação consensual.

A separação litigiosa é aquela requerida por um dos cônjuges, mediante as causas previstas em lei. Nessa separação, o tempo de casamento não é levado em conta, desde que presente uma hipótese legal que torne “insuportável a vida em comum”.

A doutrina classifica a separação litigiosa em três: separação sanção, falência e remédio.<sup>110</sup> A separação sanção é quando um dos cônjuges imputa ao outro qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento<sup>111</sup>. A separação falência é aquela que visa regularizar a separação de fato, devendo o cônjuge requerente provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição<sup>112</sup>. Aqui não importa a razão da ruptura, e sim o tempo de ruptura. Por último, a separação remédio é aquela requerida por um dos cônjuges quando o outro está acometido de grave doença mental,

---

<sup>109</sup> SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio: A revolução do Século em Matéria de Direito de Família apud DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

<sup>110</sup> Nesse sentido: PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, vol. 102, São Paulo, 2007, p. 1010.

<sup>111</sup> Artigos 1.572 e 1.573, I a VI.

<sup>112</sup> § 1º do Artigo 1.572.

“manifestada após o matrimônio, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável<sup>113</sup>”.

Para este estudo, a espécie de separação que importa é a separação sanção, ou seja, quando há a imputação do descumprimento dos deveres conjugais. A separação sanção, como o próprio nome diz, é a ação judicial que serve como punição ao cônjuge que violou algum dos deveres do casamento. Ela também é conhecida como separação culposa, pois cabe ao autor demonstrar a culpa do outro cônjuge pelo fim do casamento. Os pressupostos para sua proposição são cumulativos<sup>114</sup>, ou seja, é necessário imputar ao cônjuge a violação de algum dever do casamento, bem como a insuportabilidade da vida em comum.<sup>115</sup>

O Artigo 1.573 do Código Civil de 2002 estabelece como condutas que caracterizam a impossibilidade da comunhão de vida: o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave, o abandono voluntário do lar por um ano contínuo, a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa. O adultério, conforme já explicitado, corresponde à conjunção carnal fora do casamento. A tentativa de morte é a tentativa de homicídio, que não precisa da condenação para caracterizar a hipótese de impossibilidade de comunhão de vida.<sup>116</sup> O termo sevícias significa “maltratar, castigar severamente, praticar ofensas corporais graves”. Compreende toda espécie de violência física, que coloque em risco a saúde e a integridade física do cônjuge ofendido”.<sup>117</sup>

A injúria grave envolve não apenas “palavras ultrajantes, ofensivas da honra, reputação e dignidade do cônjuge, mas também toda violação dos deveres conjugais”. A injúria pode ser verbal, escrita, ou real, “por atos e fatos em si mesmo injuriosos”.<sup>118</sup> A injúria grave, portanto, não é usada somente para abarcar os comportamentos infiéis que não configuram adultério, mas abrange também, a violação de outros deveres do casamento. Carlos Roberto Gonçalves diz que, quando a injúria grave atinge diretamente o outro cônjuge,

---

<sup>113</sup> § 2º do Artigo 1.572.

<sup>114</sup> Artigo 1.572 do Código Civil de 2002

<sup>115</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 283.

<sup>116</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.

<sup>117</sup> CUNHA, Gonçalves, Direitos de família, p. 95 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

<sup>118</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

“é infração de dever conjugal (dever de respeito e consideração mútuos); se só o atinge indiretamente, é conduta desonrosa, na modalidade injúria grave”.<sup>119</sup> Em suma, o conceito abrange uma infinidade de condutas, como: contágio de doença venérea por prática de adultério; comparações depreciativas; atos de aberração sexual sem consentimento do consorte; ciúme doentio; desprezo afetivo com ausência habitual do lar; falta de honestidade na administração dos bens e outros.<sup>120</sup>

O abandono voluntário do lar é causa correspondente ao dever de vida em comum no domicílio conjugal. Condenação por crime infamante, no dizer de Carlos Roberto Gonçalves, envolve a condenação por “ilícito penal que traduz vício de personalidade por parte do seu autor, repercutindo negativamente no meio social pelos propósitos vis de quem o praticou, capaz de provocar a repulsa do consorte e de tornar insuportável a convivência”. Consistem em crimes de “extrema gravidade, como o estupro, a extorsão mediante sequestro, o latrocínio, o tráfico de entorpecentes” e outros.<sup>121</sup>

Por fim, a conduta desonrosa, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “é uma expressão bastante ampla, que se caracteriza pelo comportamento imoral, ilícito ou anti-social de um ou de ambos os cônjuges”. Representa uma violação aos deveres implícitos do casamento. São exemplos de conduta desonrosa “o alcoolismo, toxicomania, namoro com terceiro, prática de crime e contaminação com doença venérea”. Muitas das condutas que eram enquadradas pela jurisprudência como injúria grave, caracterizam a conduta desonrosa.<sup>122</sup>

Após enumerar as hipóteses que justificam o pedido de separação judicial, o legislador passa a mostrar que tudo não passa de uma exemplificação. Afinal, no parágrafo único do Artigo 1.573 ele dispõe: “o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum”.

De toda explanação, o principal a ser dito, é que a infidelidade tem como primeira consequência, a possibilidade do pedido de separação por culpa do cônjuge infiel.

---

<sup>119</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

<sup>120</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

<sup>121</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

<sup>122</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.



### 3.3.1 As sanções civis

A atribuição de culpa ao cônjuge que violou algum dever do casamento, o de fidelidade, por exemplo, gera algumas consequências. O legislador, com a intenção de não permitir que os deveres do casamento se transformassem em meras recomendações e aconselhamentos, estabeleceu punições ao cônjuge que descumprisse a norma.

O Artigo 1.578 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 1578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

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

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

Assim, o cônjuge declarado culpado precisa provar o prejuízo com a perda do nome de casado para ter o direito de continuar com ele. Nas outras espécies de separação isso não ocorre, podendo o cônjuge optar em utilizar ou não o nome de casado.

Outra penalidade está prevista no Artigo 1.704 do mesmo diploma legal:

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

A norma pune o cônjuge culpado com a não concessão de alimentos ou a concessão limitada. Assim, se o cônjuge infiel, por exemplo, tiver condições de se sustentar ou possuir parentes que possam sustentá-lo, não terá direito à pensão do ex-cônjuge, mesmo que este seja bem sucedido financeiramente. Em regra, os alimentos são concedidos de forma a garantir ao alimentando uma vida compatível com sua condição social, mas nesse caso, o alimentando culpado só terá direito ao indispensável à sua sobrevivência.

A Lei do Divórcio e o Código Civil de 1916 também puniam o cônjuge culpado pela separação, tirando-lhe ou limitando a guarda dos filhos.<sup>123</sup> Felizmente o Código Civil de 2002 amenizou a imputação da culpa, não deixando-a atingir a guarda dos filhos, que nada tem a

<sup>123</sup> Artigo 10 da Lei 6.515/77 e Artigo 326 do Código Civil de 1916.

ver com o fracasso conjugal. Assim, o critério hoje considerado para a guarda dos filhos não leva em conta a responsabilidade pelo fim do casamento, mas sim qual dos genitores tem melhores condições para exercê-la segundo o melhor interesse da criança.

Por último, ainda há uma consequência prevista no Direito das Sucessões. Segundo o Artigo 1.830 do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, ainda que esteja separado de fato há mais de dois anos, pode receber a herança, desde que demonstre que a convivência se tornou insuportável não por culpa sua. Em outras palavras, se o cônjuge sobrevivente provar a culpa do falecido pelo fim do casamento e demonstrar a sua inocência, ele fará jus ao recebimento da herança, mesmo que já tenha se separado de fato há mais de dois anos.

Silvio Rodrigues declara que “as repercussões das responsabilidades de um dos cônjuges pelo rompimento do casamento são poucas”. O autor assevera:

O que antes levava à imposição de uma sanção rígida (perda de alimentos, da guarda dos filhos e do patronímico conjugal), hoje tem restrito significado, [...] pois, a responsabilidade pela separação é irrelevante para a guarda dos filhos; permite, ainda, a fixação de alimentos destinados à sobrevivência do faltoso e, em circunstâncias especiais, nem sequer impede a manutenção pelo culpado do sobrenome de casado.<sup>124</sup>

As consequências até agora analisadas dependem da averiguação de um culpado na separação, no entanto, essa análise da culpa sempre foi muito criticada pela doutrina.

### 3.3.2 A consideração da culpa

De acordo com Laura de Toledo Ponzoni, a doutrina se divide em duas grandes correntes no que tange à culpa na separação litigiosa:

A mais antiga e conforme o ordenamento jurídico, recomenda a manutenção da investigação da culpa com as sanções do culpado. A corrente mais atual recomenda uma revisão legislativa para que o princípio da culpa seja substituído pelo princípio da ruptura e o desamor aceito como causa justificadora e autorizadora da dissolução do vínculo, sem outros efeitos.<sup>125</sup>

Vários são os autores contrários à investigação da culpa na dissolução do casamento, entre eles estão: Rodrigo da Cunha Pereira, Renan Lotu, Gustavo Tepedino, Maria Berenice

---

<sup>124</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 226.

<sup>125</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 102, São Paulo, 2007, p. 1002.

Dias, Rolf Madaleno e Antônio Cezar Peluso.<sup>126</sup> Os principais argumentos para essa corrente são a violação da Dignidade da Pessoa Humana e da intimidade.

Para averiguar a existência da culpa, “é necessário que o autor revele como o casal vivia no interior do lar, o que infringe o cânone constitucional do direito à privacidade e à intimidade não de apenas um, mas de ambos os cônjuges”.<sup>127</sup> Sobre isso, Marta Vinagre Bembom escreveu:

O direito do ‘traído’, no caso acima citado, esbarra num direito maior de seu consorte, que é tutelado em sede constitucional, de não ter a sua intimidade e sua vida privada expostas e reveladas, de receber um tratamento digno e humano. Não se trata de fazer, aqui, uma apologia da traição, mas de analisar o tema sob um contexto amplo. De que adianta, afinal, achar um culpado pela separação? [...] Os filhos, estão resguardados, independentemente da culpa de seus genitores. O patrimônio terá que ser dividido segundo o regime de bens adotado. O que sobra? Somente a pensão, que cada vez mais tem se desatrelado da culpa para bem aplicar o binômio possibilidade/necessidade. [...] Diante desse quadro, vê-se a inutilidade da busca desarrazada da culpa.<sup>128</sup>

A autora, ainda traz como exemplo, uma situação real que contribui para reflexão do assunto:

São tantas e variadas as situações no campo das relações familiares, que a condenação do culpado muitas vezes é iníqua. Imagine-se alguém que sofreu um trauma profundo, com a morte prematura, dolorosa e inesperada de um ente querido, ao ponto de alterar seu comportamento, de lhe impigir uma dor tão forte que o impede de se relacionar com as pessoas, inclusive seu cônjuge. Esta pessoa, por si só, não consegue mais se manter, em face do trauma psicológico que veio a sofrer, o qual não tinha estrutura para suportar – e cada um tem sua própria bagagem psicológica, cultural, emocional, absolutamente variável – a inda assim, essa pessoa pode ser acusada de praticar uma conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres matrimoniais. Nosso sistema de separação judicial litigiosa fomenta a discórdia, acaba por extinguir o pouco que ainda restava da relação desmoronada.<sup>129</sup>

Outra reflexão importante é trazida por Marilene Silveira Guimarães:

O insucesso de um relacionamento não acontece de uma hora para outra. É um processo longo para o qual muitas vezes contribuem os dois parceiros com suas dificuldades pessoais. A verdadeira causa da culpa, psicologicamente falando, é subjetiva e se constrói, quase sempre, com a participação de ambos. Portanto, seria temerário atribuir dogmaticamente ao causante aparente a culpa por um

<sup>126</sup> GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adulterio virtual, Infidelidade virtual**. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos\\_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2010.

<sup>127</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110.

<sup>128</sup> BEMBOM, Marta Vinagre. **Infidelidade Virtual e Culpa**. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos-pdf/Marta\\_Vinagre\\_Bembom/InfidelidadVirtual.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos-pdf/Marta_Vinagre_Bembom/InfidelidadVirtual.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2010.

<sup>129</sup> BEMBOM, Marta Vinagre. **Infidelidade Virtual e Culpa**. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos-pdf/Marta\\_Vinagre\\_Bembom/InfidelidadVirtual.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos-pdf/Marta_Vinagre_Bembom/InfidelidadVirtual.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2010.

comportamento que pode ser o reflexo da atitude do outro ou a projeção de um problema do outro.<sup>130</sup>

Maria Berenice Dias aponta que a investigação da culpa é mais um entrave à dissolução do casamento. Ela diz:

Quem nada tem contra o par, não consegue identificar uma causa culposa atribuível ao cônjuge, não tem como ingressar com a ação. Somente o ‘inocente’ tem legitimidade para buscar a desconstituição do casamento. O responsável pelo fim do casamento fica refém da vontade do outro. Não concordando o ‘inocente’ com a separação consensual, precisa o ‘culpado’ esperar que o outro tome a iniciativa da ação. Nada fazendo, precisa aguardar o prazo de um ano do fim da vida em comum para buscar a separação ou o decurso de dois anos para obter o divórcio.<sup>131</sup>

A autora conclui:

Portanto, é de todo incabível que, para a dissolução do casamento, obrigue a lei um dos cônjuges a expor a vida do outro ao juiz, para que ele avalie a conveniência de extinguir o vínculo matrimonial. [...] Parece que o legislador esqueceu que a Constituição prioriza a dignidade da pessoa humana, consagrando como fundamental o direito à liberdade. Assim, não cabe condicionar a desconstituição do casamento ao decurso de prazos e à identificação de causas. Talvez o mais surpreendente é que o pedido de separação pode não ser acolhido, se autor não conseguir provar a responsabilidade do réu pelo fim do casamento. A ação é julgada improcedente, e as partes continuam casadas mesmo depois de todo o desgaste de um processo judicial, em que segredos foram revelados, tendo havido troca de acusações e exposição de mágoas e ressentimentos.<sup>132</sup>

De outra parte, Laura Ponzoni considera que a identificação da culpa deve prevalecer em nosso ordenamento, ainda que de forma atenuada, pois “é ela que justifica o pedido de indenização por danos morais, quando a conduta do cônjuge culpado agravou sensivelmente a honra daquele inocente”.<sup>133</sup> Também defendem a manutenção do princípio da culpa, Yussef Cahali e Caio Mário. Yussef entende que “a sentença da separação ou divórcio ‘concluirá necessariamente pela condenação do demandado como cônjuge culpado’”.<sup>134</sup> E Caio Mário afirma que o divórcio-sanção objetiva ‘aplicar ao cônjuge culpado a dissolução do matrimônio, como penalidade em face de seu comportamento infiel’.<sup>135</sup>

<sup>130</sup> GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério virtual, Infidelidade virtual**. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos\\_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2010.

<sup>131</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 109.

<sup>132</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110.

<sup>133</sup> PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, **Revista da Faculdade de Direito USP**, vol. 102, São Paulo, 2007, p. 1014.

<sup>134</sup> CAHALI, Yussef Said. Separação e Divórcio, t. 1 p. 50 apud GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério virtual, Infidelidade virtual**. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos\\_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2010.

<sup>135</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. V, p. 158 apud GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério virtual, Infidelidade virtual**. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos\\_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2010.

Longe de esgotar o assunto, o importante notar é que a consideração da culpa no Direito de Família é questão polêmica até hoje não pacificada, e que interfere também, no entendimento da concessão de indenização por danos morais oriundos das relações conjugais.

### **3.3.3 O divórcio**

Até a Emenda Constitucional 66/2010, duas eram as espécies de divórcio: o divórcio indireto e o divórcio direto. As duas espécies apareciam no texto constitucional, no Artigo 226, § 6º. Como dito, pela sistemática civilista, apenas o divórcio dissolvia o vínculo matrimonial e autorizava novo casamento.

O divórcio indireto, também chamado divórcio conversão, é aquele que se iniciou com a separação judicial. Após o decurso do prazo de um ano da separação judicial ou da separação de corpos, a parte pode requerer a sua conversão em divórcio<sup>136</sup>.

A outra modalidade, foge ao sistema dual de procedimentos. No divórcio direto não existe a separação judicial, mas apenas a separação de fato. Após dois anos da ocorrência desta, as partes podem requerer o divórcio direto. Não cabe aqui a investigação de causas ou culpas pelo fim do casamento.

Nas duas espécies, o divórcio pode ser consensual ou litigioso. O divórcio, sendo consensual, poderá ser levado a efeito extrajudicialmente, de acordo com o Artigo 1.124-A do Código de Processo Civil. Se for litigioso, a única hipótese de defesa cabível será a alegação da falta do decurso do prazo de dois anos da separação de fato.

## **3.4 O Divórcio de Hoje**

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou o § 6º do Artigo 226 da Constituição Federal, retirando os requisitos de separação e prazos para a concessão do divórcio, um verdadeiro vendaval se instalou no mundo jurídico do Direito das Famílias. Maria Berenice Dias narra a situação:

---

<sup>136</sup> Artigo 1.580 do Código Civil de 2002.

A singeleza do texto da Emenda Constitucional 66/10, [...] ensejou interpretações várias: muitos aplausos e algumas críticas. Posições favoráveis e contrárias floresceram. Há opiniões para todos os lados. Conclusão, ninguém sabe bem o que fazer! Os notários e registradores estão temerosos de aplicar novas regras por receio de descumprirem a lei. Os juízes, no entanto, estão ávidos para acabar com processos que tramitam longos anos e que não têm resultado prático algum, a não ser atender ao desejo de vingança de um do par.<sup>137</sup>

Como o tema é novo, os doutrinadores agora é que começam a escrever sobre a nova Emenda e os seus efeitos. Poucos livros há no mercado que tratam da mudança. “Como o tema é novo, a maioria dos textos são os publicados em jornais ou estão disponíveis na Internet”.<sup>138</sup>

Sem a pretensão de expor todos os posicionamentos ou eliminar todas as dúvidas, objetiva-se falar aqui, sobre os principais aspectos relacionados ao tema da pesquisa, os mais comentados, da alteração legislativa. Maria Berenice Dias faz um resumo das principais correntes doutrinárias que surgiram:

A grande maioria de quem escreveu sobre a novidade sustenta que acabou a separação judicial, e, com ela, a exigência de prazos e a identificação das causas para a concessão do divórcio.<sup>139</sup> O entendimento diametralmente oposto, sustentando que a mudança não é autoaplicável e não pode ser implementada antes de regulamentada pela lei ordinária, tem poucos adeptos.<sup>140</sup> Mas há também posições singulares. Mesmo diante da reforma, persistiria a possibilidade de separação, quando esta for vontade de ambos os cônjuges.<sup>141</sup> Por outro lado, há quem reconhece o fim da separação, mas de forma paradoxal sustenta que remanesce a possibilidade de perquirição da culpa, que migrou para o divórcio.<sup>142</sup> E há autores que afastam a identificação da culpa para a dissolução do casamento, mas que persistiria a identificação de culpados para autorizar a exclusão do nome.<sup>143</sup>

Com a vigência da nova Emenda, o divórcio se tornou o único instrumento para dissolver o vínculo matrimonial. E o casal pode requerê-lo no dia seguinte ao do casamento, pois não há mais limitação de prazos. O divórcio direto ou indireto não existe mais, agora a única classificação é o divórcio consensual ou litigioso. O divórcio consensual pode ser feito extrajudicialmente, se o casal não tem filhos menores ou incapazes; ficando a via judicial reservada a quem tem filhos ou quando não há consenso. No divórcio litigioso, como “nada

<sup>137</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

<sup>138</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

<sup>139</sup> Defendem esse entendimento: Arnaldo Camanho de Assis; José Fernando Simão; Marco Túlio Murano Garcia; Newton Teixeira Carvalho; Pablo Stolze Cagliano; Paula Maria Tecles Lara; Paulo Lobo; Paulo Hermano Soares Ribeiro; Rodrigo da Cunha Pereira; Waldyr Grisard Filho; Wilka Vilela e a própria Maria Berenice Dias.

<sup>140</sup> São adeptos dessa corrente: Daniel André Kohler Berthold, Gilberto Schafer, Sérgio Gischkow e Luiz Felipe Brasil Santos.

<sup>141</sup> Nesse sentido: Karin Regina Rick Rosa.

<sup>142</sup> Nesse sentido: Gladya Maluf Chamma Amaral Salles e Sáloa M. Neme da Silva.

<sup>143</sup> Nesse sentido: Arnaldo Camanho de Assis.

precisa ser alegado ou comprovado, basta a manifestação de um dos cônjuges pelo divórcio. Ainda que o outro resista, cabe ao juiz decretá-lo. Afinal, ninguém pode permanecer casado contra a vontade”.<sup>144</sup>

Entende-se que, com a mudança, o legislador quis facilitar o divórcio, por isso, é evidente que a separação deixou de existir. Mas há aqueles que não pensam assim. Como exemplo, Sérgio Gischkow afirma:

A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas foi elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogado o Código Civil. A Constituição fala que o casamento é dissolvido pelo divórcio; ora, a separação não dissolve o casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio.<sup>145</sup>

Faz parte dos argumentos dos que defendem a permanência da separação, a utilização do verbo “pode” no texto constitucional. Sobre isso, Dimas Messias de Carvalho, um Promotor de Justiça de Minas Gerais, escreveu: “A expressão pode, muito utilizada para justificar a permanência da legislação ordinária, é de simples explicação. O casamento sadio não se dissolve apenas pelo divórcio, mas também pela morte de um dos cônjuges, enquanto o casamento defeituoso pode ser nulo ou anulado”.<sup>146</sup> Por isso, a redação é: “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio,” pois existem outras formas que o dissolvem.

São três as principais justificativas dos que defendem a permanência da separação: a crença religiosa, para a qual o casamento é indissolúvel; a possibilidade de reconciliação e a necessidade de um prazo de reflexão para o casal. Dimas Messias de Carvalho combate cada um dos argumentos:

A crença religiosa não pode ser confundida com o casamento civil, dissolúvel no Brasil desde 1977. Aqueles que por convicção religiosa não querem divorciar, também não devem se separar, já que a separação dissolve a sociedade conjugal e põe fim ao casamento, só não extingue o vínculo. A decretação do divórcio, por outro lado, não veda aos ex-cônjuges reconciliarem, casando-se novamente nas mesmas condições do casamento anterior, o que seria até mais romântico, reafirmando o compromisso de cumprir com os deveres conjugais. Por fim, o prazo para reflexão pode facilmente ser solucionado pela separação de corpos, regularizando a saída de um dos cônjuges do lar, como já era amplamente utilizada

<sup>144</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

<sup>145</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Calma com a separação e o divórcio! apud DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

<sup>146</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Caso Concreto: Emenda do Divórcio e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

quando o casal pretendia separar-se consensualmente e não possuía o lapso temporal de um ano de casados.<sup>147</sup>

Maria Berenice Dias, também argumenta a favor do fim da separação:

A Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: ‘A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as’. (ADI 02-DF, DJ 21.11.1997).<sup>148</sup>

A autora lembra ainda, da ocasião em que a Constituição proclamou em seu texto a igualdade entre o homem e a mulher. Nessa época, destaca a autora, “foi uníssona a conclusão de que estavam derogadas as normas da legislação infraconstitucional que admitiam a anulação do casamento pelo desvirginamento desconhecido pelo marido, bem como a manutenção do homem como cabeça do casal”.

Ela também destaca que a dificuldade remanescente de alguns em insistir na existência da separação é a tentativa de garantir um “nicho de mercado”. Isso porque, a existência da separação continuaria a exigir a “dupla contratação de advogado, a propositura de dois procedimentos judiciais ou a lavratura de duas escrituras”. Por fim a autora é firme na sua posição: “Afastado o instituto da separação do texto constitucional, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema”.

Dessa forma, não existiria mais a investigação da culpa pelo fim do casamento. Também o Artigo 1.578 do Código Civil de 2002, que trata da perda do nome de casado do cônjuge culpado, estaria revogado. Porém, na questão dos alimentos, Maria Berenice pondera que houve a revogação do parágrafo único do Artigo 1.704 do diploma cível, que trata da retirada do direito a alimentos ou a sua limitação ao indispensável à sobrevivência ao cônjuge culpado; no entanto, ainda existe a possibilidade de limitar o valor dos alimentos se o alimentando for culpado pela situação de necessidade. Essa limitação, porém, está expressa em outro dispositivo, o Artigo 1.694, § 2º, que não foi revogado e está sob o subtítulo “Dos Alimentos”. A culpa pela situação de necessidade não se confunde com a culpa pelo fim do relacionamento conjugal.<sup>149</sup> Já o Artigo 1.830, que trata da possibilidade de recebimento da

---

<sup>147</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Caso Concreto: Emenda do Divórcio e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

<sup>148</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

<sup>149</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.



herança pelo cônjuge sobrevivente que não foi culpado pelo fim do relacionamento, segundo a mesma autora, também foi revogado:

Com o banimento do instituto da culpa quando da separação, desaparece também a possibilidade de ser ressuscitada quando a dissolução do casamento decorre da morte. Nada justifica persistir o direito à herança após a separação de fato, que termina com o casamento, suspende os deveres conjugais e rompe o regime de bens.<sup>150</sup>

José Fernando Simão é outro que entende pela abolição da culpa, também no debate sucessório.<sup>151</sup> Rodrigo da Cunha Pereira, chega a enumerar os artigos que foram revogados:

Toda a legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional. Assim, estão automaticamente revogados os Artigos 1.571, III; 1.572; 1.573; 1.574; 1.575; 1.576; 1.577 e 1.578 do Código Civil. Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, os artigos da Lei nº 60.15/73 (Lei de Registros Públicos) deverão ser lidos desconsiderando-se a expressão ‘separação judicial’ [...].<sup>152</sup>

De fato a mudança traz muitas vantagens: primeiro, a economia de tempo, dinheiro e desgaste emocional dos cônjuges e dos filhos; depois, o desafogamento do Poder Judiciário, com a redução do número de ações e mais celeridade para as existentes, pois não há provas a serem produzidas.

No entanto, “para assegurar a efetividade da mudança”, faz-se necessário aplicar as regras referentes à separação judicial, no que couberem, ao divórcio. “Mesmo não mais existindo a separação, o procedimento persiste para o divórcio”.<sup>153</sup>

Apesar de recente a alteração, já se tem notícias de manifestações jurisprudenciais acatando a nova redação e entendendo pela eficácia plena da norma. “A maioria dos juízes também concluíram pelo fim da separação”.<sup>154</sup> Duas decisões, uma no Maranhão<sup>155</sup> e outra em Goiás<sup>156</sup>, tiveram parecer favorável do Ministério Público à aplicação imediata da Emenda nº 66/2010, pondo fim à ação de separação e decretando o divórcio.<sup>157</sup> Em Lavras/MG, o juiz da 1ª Vara Cível, atendendo requerimento do Ministério Público, “determinou nas ações de

<sup>150</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

<sup>151</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 71.

<sup>152</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o Direito intertemporal.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

<sup>153</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

<sup>154</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Caso Concreto: Emenda do Divórcio e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

<sup>155</sup> Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2284700/ministerio-publico-adota-emenda-constitucional-66-2010-em-parecer-sobre-divorcio-consensual>. Acesso em 16 de julho de 2010.

<sup>156</sup> Comarca de Caldas Novas, Autos nº 201002294236.

<sup>157</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

separação judicial em andamento a intimação das partes autoras para readequarem o pedido para divórcio, em razão da Emenda.<sup>158</sup>

Sem necessidade de expor aqui os demais argumentos, entenda-se, como Maria Berenice Dias, pela aplicação imediata do dispositivo, pela exclusão da separação judicial do sistema jurídico, pela permanência da separação de fato e de corpos, pelo fim da identificação da culpa e da espera pelo decurso de prazos.

Do exposto, fica evidente que as consequências, ou sanções civis previstas pelo legislador familista para punir o cônjuge que violou os deveres do casamento, inclusive o de fidelidade, ficaram sem eficácia. Até mesmo a primeira das consequências, o direito de pedir a separação judicial, caiu por terra, uma vez que agora, qualquer um pode pedir o divórcio, tendo ou não um motivo. Resta investigar se existem outras consequências possíveis de serem aplicadas.

### 3.5 Danos Morais

A quebra do dever de fidelidade, seja real ou virtual, traz intenso sofrimento ao cônjuge que foi traído, podendo causar-lhe seqüelas de ordem patrimonial, moral, física e psicológica. As autoras Adriane Medianeira e Maria Ester, na obra “Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade”, entendem que a infidelidade viola o princípio da dignidade da pessoa humana:

A infidelidade conjugal, além de aviltar contra a instituição família, tanto no seu aspecto legal quanto no aspecto emocional, denota flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o cônjuge ultrajado vê seu projeto de vida dilacerado. Em decorrência de tal ato, o consorte traído é humilhado, injuriado e sofre frustração que, por vezes, se constitui em uma agressão moral de maior intensidade que uma lesão física, uma vez que é vítima de um atentado à vida comum, à família e especialmente à sua honra, à sua integridade e à sua personalidade.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Caso Concreto: Emenda do Divórcio e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

<sup>159</sup> TOALDO, Adriane Medianeira e TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 55, agosto a setembro de 2009, doutrina, p. 99.

O descumprimento desse dever gera um abalo tão grande na estrutura familiar, que na maioria das vezes, termina por dissolvê-la. Diante desse quadro, a pergunta que surge é se não seria o caso de haver uma reparação pelos danos morais causados pelo cônjuge infiel. Então, essa seria uma outra consequência do descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento.

No entanto, a possibilidade de mover Ação de Indenização por danos morais não tem previsão no Direito de Família. Como exposto, apenas algumas sanções civis no que diz respeito ao nome, aos alimentos e direitos sucessórios foram previstas, e se quer são aplicáveis, frente à nova Emenda do Divórcio, que acabou com a separação judicial culposa.

O primeiro argumento contrário à reparação dos danos em razão da infidelidade é o fato de não existir dispositivo expresso que autorize essa possibilidade no fim do casamento. Projetos de Lei já foram propostos no sentido de mudar essa realidade, mas não vingaram. O Deputado Bispo Rodrigues propôs o Projeto de Lei nº 4.425/2001 e o Deputado Ricardo Fiúza propôs o Projeto de Lei nº 6.960/2002, para inserir o seguinte parágrafo no Artigo 927 do Código Civil: “§ 2º Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família. Porém os Projetos foram arquivados.”<sup>160</sup>

O Dano Moral está previsto no Código Civil, dentro do Direito das Obrigações, no Artigo 927, *caput*, que diz: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O Artigo 186 complementa o dispositivo, ao explicar o ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Antes da referida Emenda Constitucional nº 66/2010, embora não houvesse legislação específica autorizando a aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar, também não existia vedação. Assim, a admissão da reparação por danos morais decorrentes da infidelidade no casamento era assunto polêmico, sem pacificação.

Muitos doutrinadores defendiam a sua aplicação, entre eles: Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, Adriane Medianeira Toaldo e Maria Ester Zuanazzi, Inácio de Carvalho Neto, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, Belmiro Pedro Welter, Yussef Said

---

<sup>160</sup> Disponível em <http://www.2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html>.

Cahali, entre outros.<sup>161</sup> Eles defendiam, inclusive, a cumulação de ações: Separação e Danos Morais e o seu processamento pelas Varas de Família.

Regina Beatriz, por exemplo, diz:

A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral.<sup>162</sup>

Em sua sabedoria, a autora argumenta:

Se um acidente de trânsito, mesmo que provoque um pequeno prejuízo, gera ao culpado o dever de repará-lo, se a propaganda enganosa fomenta a reparabilidade de danos acarretados aos consumidores, e o extravio da bagagem em transporte aéreo enseja a indenização pelos prejuízos morais ocasionados ao passageiro, se até mesmo a pessoa jurídica é alvo de resguardo da honra objetiva, com direito à reparação dos danos a esse direito da personalidade, qual seria a razão para a inadmissibilidade do direito à indenização pelos danos causados em relações de família?<sup>163</sup>

Yussef Cahali entende no mesmo sentido:

Parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ilícito para o cônjuge afrontado.<sup>164</sup>

Diante o exposto, é fácil perceber que a revogada separação culposa, facilitava o entendimento pelo cabimento dos danos morais em decorrência do descumprimento dos deveres do casamento, inclusive o de fidelidade recíproca.

Pela regra geral da responsabilidade civil, três são os pressupostos para a sua configuração: a ação ilícita, o dano e o nexo causal. A ação ilícita representa uma conduta que viola direitos. O dano representa o prejuízo material ou moral. E o nexo causal significa o liame entre a conduta ilícita e o dano.

<sup>161</sup> TOALDO, Adriane Medianeira e TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 55, agosto a setembro de 2009, doutrina, p. 119.

<sup>162</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reparação Civil da separação e no divórcio, p. 184 apud GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério Virtual, Infidelidade Virtual**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos-pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010.

<sup>163</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reparação Civil da separação e no divórcio, p. 184 apud GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério Virtual, Infidelidade Virtual**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos-pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010.

<sup>164</sup> CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, p. 669 apud GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério Virtual, Infidelidade Virtual**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos-pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010.

A culpa é, sem dúvida, pressuposto essencial da responsabilidade subjetiva. Sendo assim, na vigência da separação judicial culposa era essencial a identificação do culpado para que houvesse a reparação indenizatória decorrente da infidelidade. Mas agora, que a separação culposa não existe mais e não é possível atribuir a culpa pelo fim do casamento a um dos cônjuges, esse entendimento restou dificultado.

Entre os doutrinadores contrários à hipótese de indenização por dano moral, estão Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria Celina Bodan de Moraes. Para as autoras, as punições civis trazidas pelo Direito de Família já são suficientes para punir o infiel, constituindo o próprio rompimento, uma pena dolorosa.<sup>165</sup> Também são contrários Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira.

Sérgio Gischkow Pereira, considera exagerada a concessão de indenização por infidelidade no casamento. Embora admita exceções, em caso de graves lesões, o autor explica que considerar o seu cabimento seria reconhecer a possibilidade de cumulação da Ação em todas as ações de separação judicial, o que seria o mesmo que “monetizar” as relações erótico-afetivas. Ele destaca:

Na verdade, do erro de não querer indenizar o dano moral, está se partindo para o erro oposto, constituído pelo exagero, pelo excesso, pela demasia de exigir dano moral por tudo e qualquer motivo. Com isto, algo sublime está sendo distorcido e amesquinhado por interesses patrimoniais, monetários, materiais, puramente financeiros, com muitos tentando ganhar dinheiro a custa dos outros.<sup>166</sup>

Sobre a aplicação da indenização pecuniária nas relações amorosas, o autor prevê:

Transportar essa visão para o mundo erótico-afetivo é terminar com a paixão, é liquidar com o amor, é aprisionar a libido, é abafar a força do sexo [...] é querer um direito para santos e anjos, e não para seres humanos [...].

Qualquer namoro terminará por originar dano moral. Em pouco tempo, os namorados não poderão mais olhar para pessoas de outro sexo, pois aí estará implementado requisito para pleitear dano moral por parte daquele que, alegadamente, muito sofreu com o comportamento do acompanhante, na medida em que teria havido desrespeito pela possibilidade de que o olhar significasse desejo pelo outro. Mais um passo e o namorado não poderá olhar para ninguém, ainda que do mesmo sexo, pois perpassará a suspeita de desrespeitoso interesse homossexual.<sup>167</sup>

<sup>165</sup> TOALDO, Adriane Medianeira e TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 55, agosto a setembro de 2009, doutrina, p. 123.

<sup>166</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano Moral e Direito de Família: o perigo de monetizar as relações familiares. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 81.

<sup>167</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano Moral e Direito de Família: o perigo de monetizar as relações familiares. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 82.

Para reforçar a perniciosidade de se dar crédito à indústria do dano moral, Sérgio transcreve matéria jornalística de Silio Bocanera, publicada no Jornal O Globo, de 28 de dezembro de 1997, página 38, que descreve casos esdrúxulos, principalmente nos Estados Unidos, onde existe a ‘mania de brigar em tribunais por qualquer motivo’. A matéria destaca a história de um nova-iorquino que se jogou embaixo do trem, sobreviveu ao impacto e depois processou a companhia pela ‘negligência de ter deixado que ele pulasse à frente do trem’. Outro caso é o de uma moça que processou o *MacDonald’s* ‘porque ela mesma derramou café no colo. Ao queimar a perna, a moça culpou a lanchonete por esquentar demais o café e faturou US\$ 4 milhões de indenização. Há também o caso de uma dona de casa israelense que processou o serviço de meteorologia porque ‘prometeu sol e calor para o dia,’ mas choveu; e ela, como vestiu roupas leves, pegou um resfriado.’<sup>168</sup>

Concordando com o pensamento de Sérgio Gischkow, Marilene Silveira Guimarães escreve:

No atual momento socioeconômico brasileiro, muitos têm sido os processos que pleiteiam indenização por dano moral na esfera cível. Contudo, na esfera familiar tais pedidos reclamam uma profunda reflexão e investigação das verdadeiras motivações do autor. Um pedido de indenização só não será imoral se houver um dano realmente grave e a reivindicação não tiver objeto apenas o lucro fácil.<sup>169</sup>

No meio de toda essa divergência, não se deve esquecer que a Constituição Federal garante a reparação indenizatória a qualquer tipo de dano. O Artigo 5º, incisos V e X da Constituição de 1988, estabelecem:

Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

Assim, as autoras Adriane Medianeira e Maria Ester entendem pelo cabimento da indenização baseada “nas cláusulas genéricas de Responsabilidade Civil, contidas no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988, independente de dispositivo específico na legislação brasileira”. Consideram, ainda, que as sanções previstas no Direito de Família não servem para reparar o ofendido, pois não punem efetivamente o infiel. Argumentam,

<sup>168</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano Moral e Direito de Família: o perigo de monetizar as relações familiares. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84.

<sup>169</sup> GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adulterio Virtual, Infidelidade Virtual**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos-pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010.

inclusive, que a não concessão da reparação “produzirá no ofendido revolta que poderá conduzi-lo à vingança privada”.<sup>170</sup>

A manifestação das autoras, bem como de outros que viam nas sanções civis do próprio Direito de Família, a adequada punição da violação dos deveres do casamento, foram escritas antes da vigência da Emenda nº 66/2010. Porém, algumas manifestações posteriores à Emenda, já podem aqui ser inseridas. José Fernando Simão, por exemplo, se posiciona a favor do cabimento dos danos morais nas relações familiares, desde que sejam decididos na esfera cível. Ele observa:

Não se pode afirmar que caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação indenizatória. Isto porque se houver ofensas físicas ou morais, agressão aos direitos de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente. O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal. Novamente, a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes. Sim, discuta-se a culpa, mas não entre os cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.<sup>171</sup>

Da mesma forma, Maria Berenice Dias declara que “o fim da culpa para cancelar a extinção do casamento não exclui a possibilidade de ser perquerida para finalidade outra, como por exemplo, nas demandas de natureza indenizatória”. Porém, ressalta que “a violação dos deveres não constitui, por si só, ofensa à dignidade do consorte, a ponto de gerar obrigação indenizatória por danos morais”. Mas, os danos decorrentes de agressões e injúrias, devem ser indenizados, sempre, seja contra o cônjuge ou qualquer outra pessoa.<sup>172</sup>

Wilka Vilela também entende pelo cabimento dos danos, mesmo com o fim da culpa e da separação, no entanto, a autora é firme em dizer que o ressarcimento dos danos, sejam eles materiais, morais ou estéticos, devem ser ajuizados autonomamente e perante o juízo civil.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> TOALDO, Adriane Medianeira e TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 55, agosto a setembro de 2009, doutrina, p. 127.

<sup>171</sup> SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio: A Revolução do século em matéria de Família apud DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

<sup>172</sup> DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

<sup>173</sup> VILELA, Wilka, O Divórcio e a nova redação apud DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

### 3.6 Alguns Julgados

As decisões nos tribunais mostram a divergência do tema proposto, havendo julgados que apóiam as diferentes correntes de pensamento, seja a favor ou contra a infidelidade virtual, seja a favor ou contra a responsabilização civil nas relações familiares. A título de exemplificação, colocam-se algumas dessas decisões.

Em Brasília, na 2ª Vara Cível, o juiz Jansen Fiallo de Almeida, no Processo nº 2005.01.1.118170-3, condenou um marido infiel a pagar o equivalente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais em razão de infidelidade virtual. Além das fantasias eróticas, o acusado fazia comentários sobre o desempenho sexual da ex-esposa. Ela própria colheu as provas no computador da família e o juiz não considerou quebra de sigilo, pois os e-mails estavam arquivados no computador da família e a requerente tinha acesso à senha do ex-marido. O magistrado disse: “se a traição por si só já causa abalo ao cônjuge traído, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante”.<sup>174</sup>

Já em 1992, uma decisão da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a existência do quase-adultério. A ementa diz que “o adultério que não se completa com a conjunção carnal pode, mesmo assim, ter infringido os deveres do matrimônio” e que “a conduta leviana ou irregular do cônjuge injuria gravemente o outro cônjuge e ofende a dignidade da família”.<sup>175</sup>

Também a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou uma mulher a pagar a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao ex-marido, como indenização por tê-lo traído. A ação foi movida após a separação consensual do casal, quando o requerente, em ação de negatória de paternidade descobriu que não era o pai biológico da suposta filha do casal.<sup>176</sup>

Outro exemplo é o da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em 2008, ao julgar a Apelação de nº 539.390.4/9/SP na qual a Apelante

---

<sup>174</sup> Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 21 de maio de 2008.

<sup>175</sup> TJSP, AP. nº 177.237-1, Rel. Des. Matheus Fontes, julg.: 22 de outubro de 1992.

<sup>176</sup> Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1695731/mulher-indeniza-ex-marido-por-traicao>. Acesso em 18 de agosto de 2009.



pretendia a condenação do ex-marido ao pagamento de indenização por danos morais por adultério, entendeu pelo seu cabimento, inclusive provado, no caso, pelo nascimento de uma filha fora do casamento. O Relator Desembargador Luiz Antonio de Godoy escreveu que “o comportamento do apelado revelou-se reprovável, ocasionando à apelante sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral”. Condenou o ex-marido a pagar R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) de indenização à ex-esposa.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou à cerca da reparação indenizatória nas relações familiares. A 3ª Turma do Superior Tribunal no RESP 37051/SP, reconheceu que é cabível a indenização por dano moral na separação e no divórcio no sistema jurídico brasileiro. Ressaltou que responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.<sup>177</sup>

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, tanto a jurisprudência dos juizados especiais como do Superior Tribunal de Justiça têm aplicado os princípios da responsabilidade civil nas relações familiares, e não só nas separações, como também nas relações entre pais e filhos.<sup>178</sup>

Nesse mister, um caso bastante notório que chegou ao Superior Tribunal de Justiça foi o de uma indenização por adultério no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). A indenização foi requerida pelo marido, um contador de 56 anos, que descobriu, por acaso, depois de separar-se da esposa, que os filhos que criara durante 20 anos, na verdade eram filhos do amante de sua ex-mulher. O Superior Tribunal confirmou a condenação da ré.<sup>179</sup>

De outra parte, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 1999, na Apelação nº 14.156/98, Relator Desembargador Marlan de Moraes Marinho, decidiu negar provimento ao recurso, por unanimidade, ao pedido de reparação de danos morais decorrentes do descumprimento dos deveres do casamento. O Relator defendeu a corrente institucionalista do casamento e disse:

Nessas condições, portanto, parece razoável que a pretensão indenizatória, como a deduzida pela apelante, não pode ser solucionada com fundamento nas regras próprias das simples obrigações [...] O eventual descumprimento dos deveres do casamento não se resolve em perdas e danos, como nas obrigações, porque dá ensejo

---

<sup>177</sup> RESP. 37051/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJ, 25 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 21 de maio de 2008.

<sup>178</sup> Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1476168/tv-justica-separacao-e-divorcio-em-debate-no-programa-defenda-sua-tese>. Acesso em 29 de junho de 2009.

<sup>179</sup> STJ, RESP nº 742.137/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/07/2007.

à separação judicial e posterior divórcio, figuras do Direito de Família, que já trazem em si sanções outras [...].<sup>180</sup>

Um outro julgado interessante foi feito pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embora confirmada a traição da mulher, o Tribunal deu provimento à Apelação da mesma, pedindo reforma da decisão de primeira instância que a condenou ao pagamento de indenização pelos danos morais causados ao marido, no importe de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), fundado na publicidade da conduta e inércia do, então marido e apelado, ao tempo em poderia se manifestar. No acórdão consta que “o efeito da infidelidade diluiu-se e se tornou, na comunidade boato rediscutido, o que esvazia a noção de menoscabo e humilhação do cônjuge traído que se mantém, apesar de tamanha turbulência, em uma passividade inexplicável”.<sup>181</sup>

Em 2009, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou recurso de uma ação de reparação civil por dano moral ajuizada pela ex-esposa que após cinco anos da separação de fato, descobriu conversas entre o então marido e outra mulher, via correio eletrônico, que indicavam a existência de um relacionamento extraconjugal. Apesar de reconhecer a violação dos deveres conjugais, o Tribunal entendeu pelo descabimento da indenização. Consta da ementa:

A jurisprudência mais responsável com a natureza jurídica do dano moral caminha no sentido de que a imposição do rompimento da relação há mais que abalo sentimental, sendo necessária a repercussão grave nos atributos da personalidade. Ou seja, a infidelidade, por si só, não gera, via de regra, causa de indenizar, apenas configurando o dano moral a situação adúltera que ocasiona grave humilhação e exposição do outro cônjuge. Interpretação de julgados do e. STJ e deste TJDFT.<sup>182</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já decidiu pela não indenização decorrente da violação do dever de fidelidade. Esse ano, no julgamento da Apelação Cível de nº 70033605452, o Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, escreveu em seu voto:

Com efeito, o reconhecimento de dano moral no casamento ou na união estável reclama extrema cautela e apuração criteriosa dos fatos. É que brigas fazem parte do cotidiano de um casal quando fenece o amor ou quando desaparece o respeito, e o sofrimento provocado pela ruptura da relação afetiva constitui seqüela natural, permeada de frustrações e mágoas recíprocas. No entanto, quando a briga do casal desborda da discussão civilizada e ingressa na seara da agressão, deixando seqüelas físicas e morais, ensejando sofrimento exacerbado, é possível cogitar-se de

<sup>180</sup> TJRJ, AP. nº 14.156/98, 14ª Cam. Cível, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho, julgado em 13 de maio de 1999.

<sup>181</sup> TJSP, AP. nº 465.038-4/0, 4ª Cam. de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julg. 29 de maio de 2008.

<sup>182</sup> TJDFT, APC nº 20050111181703, 2ª Turma, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho, julgado em 15/04/2009.

indenização por dano moral. E, em tal caso, para se apurar a reparação cabível, deve ser aferido o grau de culpa, o potencial ofensivo, a capacidade de reparação do agente e a intensidade do sofrimento causado [...] <sup>183</sup>

Em outra decisão do mesmo Tribunal, em março deste ano, desta vez na 8ª Câmara Cível, o Relator Desembargador Claudir Fidélis Faccenda achou por bem negar provimento à Apelação de um ex-marido na qual pleiteava reforma da decisão de primeira instância que não concedeu a indenização por danos morais e materiais em razão de adultério da esposa. O relacionamento adulterino foi descoberto com o acesso, pelo marido, aos e-mails da esposa. E mesmo ela tendo confessado o adultério, o Relator manifestou que “a prática de adultério é uma simples consequência do desgaste do relacionamento, e não a sua causa”. O eminente relator ressalta ainda o seguinte:

A inviabilidade da manutenção de uma vida em comum pode estar configurada muito tempo antes da ocorrência de uma relação extraconjugal ou de uma separação fática (invariavelmente é o que acontece), porque o sentimento amoroso, assim como não se inicia de forma instantânea, não se encerra de inopino, de modo que os envolvidos, muito tempo antes do reconhecimento do insucesso de seu relacionamento, têm plena ciência de que o amor acabou – e com ele, todos os sentimentos anexos: respeito, consideração, etc. – apenas não adotando uma postura formal de encerramento do relacionamento em face ou das razões emocionais que os envolvem, ou das diversas conveniências sociais, familiares. <sup>184</sup>

No voto o Relator deixa claro que o adultério não gera dano moral indenizável e argumenta que a dor emocional é inerente a todas as relações afetivas quando essas terminam.

---

<sup>183</sup> TJRS, APC nº 7033605452, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 20/10/2010.

<sup>184</sup> TJRS, APC nº 70034654350, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 11/03/2010.

## CONCLUSÃO

O Direito de Família é marcado por muitos preconceitos. E os preconceitos, por serem antigos, por estarem arraigados na cultura brasileira, não são fáceis de serem eliminados. Por isso, a Constituição Federal de 1988 teve um papel inigualável na evolução do Direito de Família. Foi no texto constitucional que a família passou a existir fora do matrimônio, havendo o reconhecimento da união estável e da família monoparental. Também instituiu a igualdade de direitos e deveres para os cônjuges, dando isonomia à mulher; além de estabelecer como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana e a assistência à família por cada um de seus integrantes. O Código Civil, por outro lado, não avançou tanto. Muitos dispositivos, segundo a crítica doutrinária, estão atrasados, pois, foram, praticamente, cópia do anterior Código de 1916.

Nesse passo, o atraso do legislador em acompanhar o avanço social, faz com que muitas polêmicas permeiem as relações familiares. A fidelidade recíproca no casamento é uma dessas polêmicas.

Os deveres do casamento constam na lei civil com o objetivo de preservar a família, de fazê-la duradoura e forte, ao mesmo tempo em que objetivam o respeito à dignidade de cada um dos seus membros. Porém, o estabelecimento da fidelidade como dever do casamento e a previsão de sanções civis, nunca fizeram desaparecer as traições, que sempre existiram, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade. Pelo contrário, a infidelidade é que tem evoluído, a par da lei. A prova disso é que a infidelidade virtual já é uma realidade presente e atuante nos relacionamentos.

A infidelidade, sem dúvida, significa a destruição de um projeto de vida. O abalo emocional e psíquico que isso traz à pessoa é indescritível e, para muitos, insuperável; isso é certo. O que não é certo são os limites da infidelidade. Os deveres do casamento são normas muito abertas, de ampla interpretação, e que, portanto, geram dúvidas. Além do mais, a infidelidade pode ir da simples troca de mensagens eletrônicas ao adultério em si; o que é infidelidade para uns, pode não ser para outros. Dessa forma, é complexo prever punições para o seu descumprimento, embora seja moralmente correto, pois isso envolve o engessamento de uma definição para a infidelidade, bem como, a própria liberdade de convivência dos cônjuges. Nesse ponto, a única coisa que é possível determinar, por ora, é

que a infidelidade é um conceito subjetivo, mas que, uma vez praticada, gera sofrimento para aquele que se sentiu traído. Convém destacar, que a infidelidade virtual insere-se no conceito de infidelidade porque pode tanto representar a violação do dever de fidelidade recíproca, como pode violar o dever de respeito e consideração mútuos.

É bem verdade que o Estado preocupou-se em impor sanções para o cônjuge que descumprisse os deveres do casamento. Isso mostra, de pronto, que existem consequências jurídicas para o cônjuge que é infiel. Mas essas previsões foram perdendo a eficácia: a culpa do cônjuge deixou de ser considerada para termos de guarda dos filhos, o cônjuge culpado poderia continuar a usar o sobrenome de casado e poderia até receber alimentos do cônjuge declarado inocente. Isso, quando ainda existia a separação judicial culposa que exigia a imputação de culpa a um dos cônjuges. A partir deste ano, com a entrada em vigor da Emenda nº 66, de 13 de julho de 2010, o divórcio, segundo entendimento majoritário, passou a ser o único instrumento legal capaz de dissolver o vínculo matrimonial. Assim, acabou a investigação da culpa e houve uma relativização dos deveres do casamento, que agora são deveres com eficácia de recomendações.

A infidelidade, portanto, deixou de ter várias de suas consequências: não é mais motivo que enseja o pedido de separação por culpa do cônjuge infiel e não traz a este nenhuma das sanções enumeradas na lei civil, de perda do sobrenome de casado, de limitação ao recebimento de alimentos ou de desvantagens nos direitos sucessórios. É bom lembrar, que na questão dos alimentos, a culpa não deixou de existir, pois, nos dispositivos legais que se referem aos alimentos, há a limitação dos mesmos quando o alimentando for culpado pela situação de necessidade. Nesse caso, para o cônjuge infiel, ainda prevalece essa consequência: em virtude de ter causado a situação de necessidade, poderá ele receber apenas os alimentos necessários à sua sobrevivência.

Como se nota, a principal consequência que restou para as condutas infielis é a possibilidade de obter a reparação indenizatória pelos danos morais sofridos. Em que pese as divergências em torno do assunto, a eliminação da culpa no fim do casamento não significa a impossibilidade de reparação de danos.

A reparação de danos está prevista em sede constitucional, por isso, não pode ser afastada a sua aplicação. Mesmo não havendo dispositivos no Direito de Família que autorizem a responsabilidade civil nas relações familiares, os danos morais devem ser

aplicados pelas causas genéricas da responsabilidade civil, previstas no Direito das Obrigações e na Constituição Federal.

No entanto, há que se ter muito cuidado ao aplicá-la no âmbito das relações familiares. O dano tem que ser grave, e não pode indenizar a simples falta de amor. Toda relação quando chega ao fim, traz sofrimentos, especialmente para aquele que não queria o seu fim. O dano moral não pode servir como instrumento de vingança de quem não aceita o fim da relação. Isso seria um limitador da liberdade do cônjuge, que ficaria preso a um relacionamento sem amor. Há que se considerar o perigo de monetizar as relações afetivas. Por isso, cabe ao juiz o bom senso ao aplicar a norma, agindo com razoabilidade em cada caso concreto.

É de verificar-se que a infidelidade, em muitos casos, não é causa e sim consequência do fim de um relacionamento conjugal. Um casamento, em geral, não acaba da noite para o dia, mas seu fim é fruto de um desgastante processo no qual ambos os cônjuges são responsáveis não só pelo seu surgimento, como pelo seu prosseguimento. É importante ter o cuidado de não punir quem, na verdade, é vítima do comportamento do outro. Não se pode olvidar que em muitos casamentos, a infidelidade origina-se pelo comportamento inadequado, ou, pode-se dizer, pela violação primeira dos deveres do casamento de quem se diz vítima da infidelidade.

Em última análise, convém ressaltar que se a preocupação é fortalecer as famílias, então o esforço deve se concentrar na fase que antecede o vínculo, pois os fatores maturidade, educação, valores familiares, compatibilidade de gênios, abertura para o diálogo e possibilidade financeira é que fazem, muito mais, uma relação ser duradoura e feliz, do que a insistência na sua manutenção, através da busca e punição de um culpado, quando ela já se deteriorou.

## REFERÊNCIAS

- BEMBOM, Marta Vinagre. Infidelidade Virtual e Culpa. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos-pdf/Marta\\_Vinagre\\_Bembom/InfidelidadVirtual.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos-pdf/Marta_Vinagre_Bembom/InfidelidadVirtual.pdf). Acesso em 26 de agosto de 2010.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Civil. Processo nº 2005.01.1.118170-3. Juiz Jansen Fiallo de Almeida. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 21 de maio de 2008.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Civil. Apelação nº 177.237-1. Relator: Desembargador Matheus Fontes. São Paulo, julgado em 22 de outubro de 1992.
- BRASIL. Código Civil, *Vade Mecum*, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm). Acesso em 16 de setembro de 2010.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Vade Mecum*, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Lei nº 8.112, de 27 de dezembro de 1990. *Vade Mecum*, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Recurso Especial nº 37051/SP. Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, 25 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 21 de maio de 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Recurso Especial nº 742.137/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 21/07/2007.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Civil. Apelação nº 20050111181703. Relator: Desembargador J. J. Costa Carvalho. Brasília, julgado em 15/04/2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Civil. Apelação nº 465.038-4/0. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, julgado em 29 de maio de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Civil. Apelação nº 14.156/98. Relator: Desembargador Marlan de Moraes Marinho. Rio de Janeiro, julgado em 13 de maio de 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Civil. Apelação nº 70034654350. Relator: Desembargador Claudir Fidélis Faccenda. Rio Grande do Sul, julgado em 11/03/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Civil. Apelação nº 7033605452. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, julgado em 20/10/2010.

BRUM, Jander Maurício; BRUM, Nábia dos Santos. Revista de Jurisprudência Mineira, doutrina: Infidelidade Virtual e o Novo Código Civil, vol. 164, abril-junho de 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. Caso Concreto: Emenda do Divórcio e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

CARVALHO, Júlia. Revista VEJA, 11 de agosto de 2010.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio já! São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa dicionário, 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. VI, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Adultério Virtual, infidelidade virtual. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos-pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2010.

MADALENO, Rolf. Direito de Família em pauta, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Mulher indeniza ex-marido por traição. **JusBrasil Notícias**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1695731/mulher-indeniza-ex-marido-por-traicao>. Acesso em 18 de agosto de 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o Direito intertemporal. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>. Acesso em 30 de setembro de 2010.



PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano Moral e Direito de Família: o perigo de monetizar as relações familiares. Estudos de Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PINHEIRO, Daniela. Revista VEJA, 13 de outubro de 2004, ed. 1875.

PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade Virtual – Realidade com efeitos jurídicos, Revista da Faculdade de Direito USP, vol. 102, São Paulo, 2007.

Revista VEJA de 02 de agosto de 1995.

Revista VEJA de dezembro de 2007.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil Brasileiro, vol. 6, 28ª ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. Revista IOB de Direito de Família. Ano XI, nº 55, agosto-setembro de 2009.

Traição Virtual: a nova modalidade de infidelidade é pela Internet: e tumultua a vida dos casais. Revista VEJA, ed. 1940, ano 39, n. 3, 25 de janeiro de 2006.

TV Justiça: Separação e divórcio em debate no programa Defenda sua Tese. **JusBrasil Notícias**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1476168/tv-justica-separacao-e-divorcio-em-debate-no-programa-defenda-sua-tese>. Acesso em 29 de junho de 2009.

VIEIRA, Liliane dos Santos. Pesquisa e Monografia Jurídica Na era da Informática, 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

## GLOSÁRIO

*Debitum conjugale* – expressão que representa a necessidade de entrega sexual ao cônjuge no casamento.

Libidinagem – atos ou práticas relacionadas ao prazer sexual.

Menoscabo – depreciação, desmerecimento.

Monogamia – costume ou prática segundo a qual uma pessoa (homem ou mulher) não pode ter mais de um cônjuge.

Patriarcalismo – regime social que considera o pai como autoridade máxima.

Poligamia – o contrário da monogamia; união conjugal de um indivíduo com vários outros simultaneamente.

*Software* – em termos simples é a parte lógica do computador, ou seja, os programas e aplicativos.

*Webcam* - micro câmera acoplada ao computador.

**FACULDADE PROJEÇÃO**  
**ADRIANA MENDES DOS SANTOS**

**As Consequências Jurídicas do Descumprimento do  
Dever de Fidelidade Recíproca no Casamento**

**Taguatinga**

**2010**

**ADRIANA MENDES DOS SANTOS**

# **As Consequências Jurídicas do Descumprimento do Dever de Fidelidade Recíproca no Casamento**

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade Projeção como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito sob a orientação da Professora Especialista em Direito Público Suzele Veloso de Oliveira.

**Taguatinga**

**2010**

SANTOS, Adriana Mendes dos.

As Consequências Jurídicas do Descumprimento do Dever de Fidelidade Recíproca no Casamento / Adriana Mendes dos Santos. -- Taguatinga [S.n.], 2010.

81 p.

Trabalho de conclusão de curso Projeção. Curso de Direito.

