

A INSTITUIÇÃO DA CLÁUSULA DE INFIDELIDADE NO CONTRATO DE CASAMENTO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Luany Gomes Manhães

Graduada pela Faculdade de Direito Anhanguera de Niterói. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Resumo – O casamento é um instituto jurídico previsto no Código Civil Brasileiro, que tem como dever expresso em lei a fidelidade. A natureza jurídica do casamento dispõe de forma clara quanto ao seu caráter contratual. Cabe às partes, neste raciocínio, estipular previamente, de forma consensual, cláusula contratual com previsão de multa pecuniária em caso de possível infidelidade. A essência do trabalho é discutir essa possibilidade e verificar qual a relevância do instituto da cláusula de infidelidade no casamento.

Palavras-chave – Direito de Família. Casamento. Cláusula contratual. Infidelidade.

Sumário – Introdução. 1. Conceito e natureza jurídica do casamento. 2. A monogamia e a responsabilidade civil decorrente da violação do dever de fidelidade. 3. A liberdade contratual e a segurança do cônjuge na consumação do casamento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a possibilidade da instituição da Cláusula de infidelidade ao pactuar o casamento à luz do Direito brasileiro. Busca-se expor a responsabilidade civil decorrente da violação do dever de fidelidade, amparada pelo princípio da monogamia, com o fim de defender a liberdade contratual do casamento e a segurança dos cônjuges em sua consumação.

O primeiro capítulo trata da natureza jurídica do casamento, contrato especial de direito de família, que envolve o âmbito sentimental e patrimonial do indivíduo. O negócio jurídico do casamento nasce da vontade de duas partes, com objeto lícito e forma prescrita em lei. Devido ao princípio da função social e o princípio da boa-fé objetiva, os contratos também sofrem interferência externa de normas de ordem pública em seu corpo e alma, sem que percam sua natureza volitiva e negocial entre os nubentes, que podem estipular livremente, mediante o acordo de vontades, a regulamentação de seus interesses, desde que a vontade das partes não sejam contrárias à lei.

O segundo capítulo, por sua vez, versa sobre os deveres inerentes ao casamento. Ao contrair a união os cônjuges assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e



responsáveis pelos encargos da família. Nesta linha de raciocínio, tem-se como dever de ambos os cônjuges a mútua assistência, o respeito e consideração mútuos e a fidelidade recíproca.

A monogamia é o regime adotado pelo casamento no âmbito jurídico brasileiro. Contudo, inúmeros são os casos de infidelidade no matrimônio registrados no Brasil, e o cônjuge, por sua vez, ao se ver frustrado, tem buscado cada vez mais o amparo do judiciário a fim de obter a compensação por todos os danos sofridos pela traição inesperada.

Dito isto, no terceiro capítulo, discute-se a legalidade da instituição da cláusula de infidelidade no casamento à luz do Direito brasileiro, tendo como argumento a inexistência de impedimento jurídico para sua implementação no pacto antenupcial, desde que exista o livre acordo das partes.

Outro ponto que se discute ao longo do trabalho são os diversos precedentes em que a Justiça, reconhece os danos morais ocasionados ao cônjuge que teve a dissolução conjugal ocasionada por infidelidade do parceiro. Ora, o cenário atual é de evidente insegurança jurídica, devido aos entendimentos divergentes aplicados aos casos.

Dessa maneira, atendendo aos princípios que regem o Direito contratual e buscando a segurança jurídica para a pauta em questão, o trabalho tem como foco discutir sobre a grande eficiência da instituição da cláusula de infidelidade no casamento, de modo que, os próprios cônjuges estipulariam previamente ao contrair o matrimônio a multa valorada, sendo exequível em momento oportuno, com o escopo de sanar a desordem financeira causada pelo divórcio, bem como compensar pelos danos morais suportados.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador pretende realizar a exposição crítico-racional da legalidade da interposição de cláusula de infidelidade no pacto antinupcial.

Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é necessariamente qualitativa, tendo como base percepções e análises acerca da complexidade do problema e a interação de variáveis a partir de normas jurídicas, doutrinas e jurisprudências inerentes ao tema.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

O casamento pode ser definido como ato jurídico solene de livre e espontânea vontade à junção de corpos e patrimônio entre duas pessoas, independente do sexo, com o objetivo de procriar; adotar pessoas; prestar mútua assistência material, patrimonial e sentimental.

O art. 1.511 do Código Civil Brasileiro¹ conceitua o casamento como a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, desde que atendidas às solenidades legais de habilitação, celebração e registro impostas pelo Estado, vinculando os cônjuges mutuamente como consortes e companheiros entre si, responsáveis pelos encargos da família.

Destaca-se que o casamento reveste-se de considerações pertinentes à ordem pública e privada, isto porque, por um lado temos o âmbito sentimental, baseado nos preceitos do amor, afeto, amizade e compreensão, em que, ao se casar o indivíduo pretende ter um companheiro para toda a vida.

O âmbito patrimonial por sua vez, manifesta a natureza contratual do casamento, tendo em vista toda a mudança jurídica que advém com o matrimônio. Dito isto, temos como exemplo, a necessidade da outorga uxória - com exceção do regime da separação absoluta de bens - para concretizar alienações de bens na constância do casamento; prestar fiança ou aval, e até mesmo para fazer doações que não sejam remuneratórias, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Para uma melhor definição, não se pode excluir a análise da natureza jurídica do casamento. O Direito Brasileiro deixou este mister à cargo da doutrina, qual, por sua vez, se dividiu em três teorias. Posto isto, cabe analisarmos mais profundamente as teorias acerca da natureza jurídica do casamento, compreendendo-as como: a) teoria contratualista; b) teoria institucionalista; c) teoria eclética.

Para a teoria contratualista, o casamento é um negócio jurídico bilateral, que tem natureza de contrato e depende da livre manifestação de vontade das partes, de modo a produzir seus efeitos patrimoniais regulados pelo regime de bens.

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



O artigo 1.514 do Código Civil² prevê expressamente que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal perante o juiz.

Nesse sentido, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, será apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Define o doutrinador Silvio Rodrigues³:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”, conceito do qual acreditamos adequar-se à realidade atual.

Explica Silvio Rodrigues⁴ que o casamento, sendo um contrato, obedece à vontade dos contratantes, desde que essa vontade não seja contrária à lei.

Em contrapartida, tal corrente é rebatida pela teoria institucionalista, que identifica o casamento como a união sagrada do homem e da mulher. Trata-se de uma instituição que nasce com o pleno consentimento dos nubentes para o enlace matrimonial, instituição secular. Por meio da criação deste poderoso instrumento de perpetuação da espécie consolida-se o ser humano, tendo como fim a criação de seus descendentes.

De acordo com Maria Helena Diniz⁵ “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.

Insta frisar, que tal teoria fundamenta seu ponto de vista na interferência direta da autoridade pública, que impõe normas para definir os direitos e deveres dos cônjuges, que não se limitam, como nos contratos, a constituir direitos de crédito entre os nubentes, mas sim, a família legítima e uma série de relações de cunho extrapatrimonial.

Diante do impasse, surge uma terceira corrente, que define o casamento como um ato complexo de natureza mista, híbrida ou eclética, pois coexistem características contratuais e institucionais.

Assim, para a teoria eclética, a autonomia da vontade das partes está limitada a escolha do parceiro; do regime de bens e da permanência ou não da relação familiar. Por outro lado, efeitos pessoais como a alteração do estado civil; o surgimento dos vínculos de

²BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*. 28. ed. V. 6 São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

⁴ Ibidem, p. 19.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.051.

parentesco; a alteração do nome e os demais deveres de coabitação não podem ser regulados por contrato.

Com efeito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁶ conceitua o casamento como:

união formal entre um homem e uma mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio jurídico solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida, além de efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com reflexos em outras pessoas.

Desse modo, esta terceira corrente defendida pelo autor supracitado sustenta que o casamento é um contrato na sua formação, mas no seu curso é uma instituição, de modo que toma uma feição mista, híbrida e eclética que mescla, de forma mais ponderada, as duas correntes anteriores.

Pelo exposto, diante da constante e obrigatória consulta às teorias já explanadas, cravamos a natureza jurídica do casamento como contrato especial de direito de família, que envolve o âmbito sentimental e patrimonial do indivíduo.

Ora, o negócio jurídico do casamento nasce da vontade de duas partes, com objeto lícito e forma prescrita em lei. Devido ao princípio da função social e o princípio da boa-fé objetiva, os contratos também sofrem interferência externa de normas de ordem pública em seu corpo e alma, sem que percam sua natureza volitiva e negocial entre os nubentes, desde que a vontade das partes não sejam contrárias à lei.

Nas palavras de Carvalho Santos⁷:

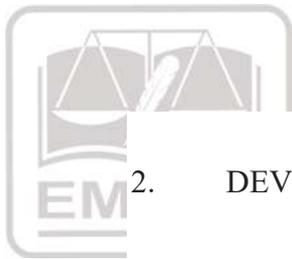
o casamento é um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor”.

Por fim, acrescenta-se que apesar da menção aos sexos distintos, retirada do conceito clássico de casamento, o Brasil admite, na atualidade, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Isto porque, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução n° 175⁸, que veda todos os cartórios do País a recusa de habilitar e celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo e converter a união estável homoafetiva em casamento.

⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Direito de Família*. V. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012, p. 10-11.

⁸ CNJ. *Resolução N° 175*, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



2. DEVER DE FIDELIDADE: O CARÁTER MONOGÂMICO DO CASAMENTO

O artigo 1.566, do Código Civil⁹ preceitua que são deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, guarda e educação dos filhos; e, o respeito e consideração mútuos.

Neste sentido, temos como base do dever de fidelidade recíproca, a família monogâmica, de modo que a quebra do dever de fidelidade culmina com o adultério, que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa.

Historicamente, o surgimento da monogamia teve como objetivo a proteção do patrimônio da família e, conseqüentemente, da linhagem de filiação do casal. Por conseguinte, tornou-se a norma social que rege as relações afetivas na cultura do Ocidente, de maneira que, despontou-se também como um fato relevante juridicamente, haja vista que a norma jurídica surge a partir de um fato valorado pela sociedade, sendo necessária sua existência para assegurar o cumprimento das regras sociais¹⁰.

No contexto jurídico brasileiro, a monogamia foi incorporada inicialmente como um princípio do ordenamento jurídico¹¹, sendo a fidelidade um de seus deveres inerentes. No âmbito do Direito Penal, a infidelidade qualificava-se como infração penal, tipificada como crime de adultério, previsto no art. 240 do Código Penal¹², até ser posteriormente revogado pela Lei 11.106/2005¹³, que alterou o Código Penal de 1940, transformando a conduta um mero ilícito civil.

Por sua vez, na seara do Direito Civil brasileiro, tanto o revogado Código Civil de 1916, quanto o atual Código Civil de 2002, trazem a fidelidade recíproca no rol de deveres de ambos os cônjuges no matrimônio, devendo estes se relacionarem sexual e afetivamente apenas entre si¹⁴.

Com efeito, Maria Helena Diniz conceitua fidelidade¹⁵:

⁹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16-18.

¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 120-121.

¹² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹³ BRASIL. *Lei n° 11.106*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 298.

o dever moral e jurídico da fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial. Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro.

O autor Jesualdo Eduardo de Almeida Filho¹⁶, por seu turno, também conceitua a fidelidade recíproca:

essa obrigação de restrição sexual repousa no caráter monogâmico das entidades familiares, do qual resulta a exclusividade das relações sexuais entre os cônjuges. A espécie de fidelidade que provê a base para a satisfação é uma simbiose de amizade, ternura, interesse, entendimento, consideração e responsabilidade. Assim, ser fiel é ajudar o companheiro a perseverar quando surgem dificuldades, quando a doença física ou mental obstrui as relações sexuais, ou quando a idade remove o vigor e a beleza.

É necessário destacar que não só o adultério - ilícito civil - viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal.

Maria Helena Diniz enfatiza¹⁷:

a infração desse dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência da moral familiar, desagregando toda a vida da família, além de agravar a honra do outro cônjuge, injuriando-o gravemente. Para que se configure adultério, (ilícito civil) basta uma só transgressão ao dever de fidelidade por parte do marido ou da mulher; não se exige, portanto, a continuidade de relações carnais com terceiro.

A partir desta perspectiva, a infidelidade pode ser detectada em relacionamentos que demonstrem o *animus*¹⁸, mesmo que de forma psicológica, de estar unido a outra pessoa que não o seu cônjuge.

Conclui-se, portanto, que qualquer deslize conjugal, perfazendo-se em excessiva intimidade com outra pessoa, injuria gravemente o outro cônjuge, ofendendo a dignidade familiar.

Nestes termos, os artigos 1.572 e 1.573, I do Código Civil dispõem que a infidelidade constitui justa causa para separação judicial, enquanto a infidelidade moral -

¹⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. *As relações entre cônjuges e companheiros no novo código civil*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2004, p. 416.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

¹⁸ *Animus*: Expressão latina que, traduzida por ânimo, serve para mostrar o elemento intencional, que se leva em conta em um certo número de situações jurídicas, para determinar a natureza exata destas últimas. A qualidade da intenção é sempre designada pelo acréscimo de outro vocábulo, que assim completa o sentido da impressão.



quando não ocorrem relações sexuais - pode constituir infração civil consistente em conduta desonrosa, nos termos do art. 1573, VI, do Código Civil¹⁹.

Em conformidade, o julgado colacionado²⁰ reconhece o dever de indenizar decorrente da prática do adultério, conforme se verifica:

APELAÇÃO. PREPARO. VALOR DA CONDENAÇÃO. DANO MORAL. CASAMENTO. INFIDELIDADE. PROVA. DANO MORAL E MATERIAL. CABIMENTO. Nas ações em que se busca indenização por dano moral, o valor do preparo deve ser feito com base na condenação ante o caráter provisório do valor atribuído inicialmente à causa. Comprovada nos autos a ofensa ao dever matrimonial de fidelidade, é cabível a condenação do cônjuge infiel ao pagamento de indenização por dano moral e material decorrentes do ato ofensivo. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA - TJ-RO - Apelação Cível : AC 1003372-75.2005.822.0001 RO 1003372-75.2005.822.0001. 05/05/2006. Relator Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia.

No entanto, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça entende que a infidelidade por si só não gera nenhuma causa de indenizar, sendo necessária a comprovação de grave humilhação e constrangimento público do cônjuge ofendido para configurá-la²¹.

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE DIVÓRCIO E INDENIZATÓRIA. INFIDELIDADE COMPROVADA. HUMILHAÇÕES E CONSTRANGIMENTOS PÚBLICOS. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR. R\$ 30.000,00. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

Nesta linha de raciocínio, por configurar ato ilícito, resultante do descumprimento de um direito, caberá a Responsabilidade Civil, nos termos do artigo 186 do Código Civil²², que dispõe expressamente que, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete

¹⁹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Cível nº 1003372-75.2005.822.0001*. Relator Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia. Disponível em <<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2025950-16.2019.8.26.0000 SP 2020/0051590-6*. Relatora Ministra Maria Isabel. Disponível em <[²² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm\)>. Acesso em: 05 abr. 2021.](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=202595016.2019.8.26.0000&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&ckMorto=MORTO.>>. Acesso em: 18 jul. 2021.</p></div><div data-bbox=)

ato ilícito. Desta forma, desde que gere grave desrespeito à honra do consorte, preenchidos estarão os pressupostos da Responsabilidade Civil.

3. O INSTITUTO DA CLÁUSULA DE INFIDELIDADE NO PACTO ANTENUPCIAL E A LIBERDADE CONTRATUAL

Além de promover uma maior segurança jurídica e de diminuir a sobrecarga do judiciário, o instituto da cláusula de infidelidade no contrato de casamento tem como bojo materializar a vontade das partes, abrigado pelo princípio da liberdade contratual.

O contrato é o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, sobre objeto lícito e possível, com o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, que se sujeita aos princípios da autonomia da vontade; consensualidade; relatividade dos efeitos; proibidade e boa-fé.

Convém destacar o conceito elaborado por Maria Helena Diniz²³:

contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Para que o contrato seja válido, é preciso que seu objeto seja lícito e possível; que as partes contratantes sejam capazes, ou seja, estejam legalmente aptas para contratar, bem como que tenha forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos preconizados pelo artigo 104 do Código Civil²⁴. Destaca-se que além dos elementos essenciais gerais, isto é, comuns a todos os atos jurídicos, existem contratos específicos que exigem elementos essenciais especiais para sua validade.

O pacto antenupcial ou contrato antenupcial, por sua vez, é um negócio jurídico bilateral de Direito de Família, sob a possibilidade de celebração do casamento. Este é o instrumento pelo qual os cônjuges, no âmbito da sua autonomia privada, antes da celebração do casamento, acordam não apenas sobre o regime de bens a que pretendem submeter o seu patrimônio, mas também, se assim desejarem, sobre tudo que esteja relacionado à relação matrimonial, desde que não viole disposição absoluta de lei.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

²⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



Neste raciocínio, não podem ser contratadas, no pacto antenupcial, situações contrárias à norma legal, como aquelas que ferem direta ou indiretamente a dignidade, os direitos e garantias fundamentais de um ou ambos os nubentes.

Em virtude disso, cláusulas que estipulam renúncia à fidelidade; a assistência recíproca, ou, ainda, que desobrigam os nubentes a prestar mútua assistência e sustento aos filhos, mesmo que haja proveito econômico imediato ao renunciante, violam os deveres dos cônjuges arrolados no artigo 1.566 do Código Civil²⁵, de modo que deverá o Poder Judiciário, se provocado, anulá-las de pleno direito para qualquer efeito.

Por outro lado, conquanto tais alternativas não se encontrem expressamente previstas pelo Código Civil, cabendo sua formulação às próprias partes, nada nelas infringe a legislação pátria ou atenta contra normas de ordem pública, pelo que plenamente admitidas e ajustáveis ao intento das partes.

Frisa-se o entendimento de Gustavo Tepedino²⁶:

No que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade. Mas no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, a priori, óbice na ordem pública para a sua admissão. No campo das relações patrimoniais, controversia delinea-se quanto às cláusulas que prevejam indenizações para o caso de infidelidade de um dos cônjuges ou para o caso de término da união. Também aqui não parece persistir impedimento legal apriorístico para tal avença.

Nesse contexto, a estipulação de cláusulas com conteúdo extrapatrimonial, que versem sobre direitos e deveres atinentes à vivência conjugal, parâmetros de ajuste de rotina doméstica, estipulação de indenizações pelo término da relação afetiva, bem como a instituição da cláusula de infidelidade, não possuem impedimento legal.

A cláusula de infidelidade, inclusive, dispõe acerca de um dever inerente ao casamento, previsto expressamente no Código Civil²⁷, concernente a objeto contratual lícito e possível, regido pelo princípio basilar da liberdade, também conhecido como princípio da autonomia privada das partes, podendo os nubentes pactuar livremente suas relações patrimoniais de acordo com seus interesses.

²⁵ Ibidem.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

²⁷ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 ago. 2021.

Neste íterim, Orlando Gomes define que o princípio da liberdade de contratar consiste no poder que os indivíduos têm de declarar sua vontade e suscitar efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, sendo as partes capazes de provocar o nascimento de um direito ou de uma obrigação²⁸.

Cabe destacar que para produzir eficácia perante terceiros, o artigo 1.657 do Código Civil²⁹ exige que o pacto antenupcial seja registrado em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio do casal. A averbação do pacto antenupcial também deverá acontecer no Ofício de Registro de Imóveis de cada um dos bens já existentes, garantindo assim, a oponibilidade das disposições pactuada entre o casal perante terceiros.

Com efeito, o contrato pré-nupcial é um instrumento útil para prevenção de conflitos e eficaz em propiciar segurança jurídica aos casais, comumente vitimados por conflitos de ordem patrimonial, ainda que de acanhado valor econômico, mas que certamente demandam desnecessário e expressivo desgaste sentimental e financeiro.

Oportuno exemplo é o dos indivíduos que abdicam de suas carreiras para dedicarem-se exclusivamente aos cuidados com os filhos, desconhecedores das dificuldades que viriam a encontrar caso almejassem futura reinserção no mercado laboral, ou mesmo de que a pensão de alimentos na espécie dar-se-ia somente por tempo determinado (alimentos transitórios).

A mencionada previsão contratual se faz necessária para impedir a instauração de novos litígios e o surgimento de divergentes precedentes acerca da compensação do dano moral pela autoridade competente no julgamento da demanda.

Assim, nada impede que os cônjuges estipulem por meio de contrato antenupcial, o pagamento de penalidade pecuniária em caso de violação do dever de fidelidade, baseado no interesse das partes de garantir a segurança jurídica e prevenir-se de eventual abalo patrimonial, diante da gravidade emocional do ato.

Veja-se o entendimento de Maria Berenice Dias³⁰ sobre o tema: “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”.

Partindo-se de tal concepção, as condições ajustadas pelas partes em um acordo poderão ser muito mais eficientes do que as que o legislador impõe; os custos de transação

²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217.



serão mais baixos quando os direitos estiverem estruturados de forma clara e simples, não criando o próprio texto legal embaraços à interpretação. Ademais, quanto mais amistosas forem as partes envolvidas, a ponto de estabelecerem um diálogo construtivo, igualmente inferiores serão tais custos transacionais.

Dessa forma, o instrumento pode ser visto como importante auxiliar à promoção de decisões judiciais mais eficientes, já que embasadas no estatuto contratual elaborado pelo próprio casal, reduzindo, assim, os custos de transação atrelados à esta etapa, o que, crê-se, contribuirá significativamente à redução dos litígios no âmbito do Direito de Família no Brasil.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas acerca da quebra do dever de fidelidade no casamento. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a possibilidade de o cônjuge ser compensado pela quebra do dever inerente ao casamento, postulado normativo derivado do Código Civil Brasileiro, e o entendimento de que a infidelidade de qualquer dos cônjuges não implica, por si só, causa de indenizar.

De um lado, a sociedade pós-moderna, em que os relacionamentos são líquidos, os compromissos de namorados, noivos e cônjuges se tornaram meramente retóricos e não atraem qualquer tipo de sanção moral quando descumpridos. Nessa trilha, o Direito, como mera expressão do comportamento social, tem sido interpretado com a mesma permissividade que o adultério é encarado pela sociedade.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as reiteradas decisões judiciais sobre tais conflitos entendem que as condutas de infidelidade que levem ao rompimento de relacionamentos conjugais só ensejam indenização por dano moral quando os fatos envolvam extraordinários quadros vexatórios de humilhação ou ridicularização da vítima.

Por seu turno, não se pode negar que o rompimento, por razões de adultério, de um relacionamento conjugal público longo e do qual adveio prole é, em tese, causa de indizível sentimento de frustração e de fracasso afetivo que, não raro, leva a quadros de depressão e, até mesmo, a resultados trágicos.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o descumprimento do dever de fidelidade nos termos do contrato matrimonial pactuado pelas



partes configura ilícito civil. Em outras palavras, o descumprimento de um dever previsto expressamente em Lei deve ser passível de compensação à parte ofendida.

Nesse interim, ao analisar a natureza jurídica do casamento, exploradas não apenas em fontes positivadas, mas em fundamentos jurídicos presentes nas mais diversas fontes do ordenamento jurídico, entende-se que há a coexistência de características contratuais e institucionais, que nada impede, desde que haja a livre vontade das partes, a instituição da cláusula de infidelidade no pacto do casamento.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que é livre o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, sobre objeto lícito e possível, com o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, sujeitando-se aos princípios da autonomia da vontade; consensualidade; relatividade dos efeitos; probidade e boa-fé.

A liberdade contratual dos cônjuges deve ser valorizada não apenas na Academia, ou como matéria doutrinária, mas também no seio dos Tribunais de diversos níveis, a fim de consagrar em definitivo a complexidade de matérias como essa que foi abordada por esta Pesquisadora. Deve ser reconhecido aos nubentes, no exercício de seu pleno Direito, a possibilidade de dispor com segurança, sobre matéria de seu interesse, resguardada expressamente no Código Civil Brasileiro, que em nada confronta a Legislação vigente e lhe protege de possível dano extrapatrimonial.

Se a base fundamental do casamento consiste na fidelidade recíproca; vida em comum; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos e no respeito e consideração mútuos, com a finalidade de constituir uma família, não se mostra coerente que a quebra desse compromisso não seja passível de indenização, muito menos, que as partes não possam dispor por livre e espontânea vontade, sobre as consequências dessa violação.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há outro caminho para solucionar este impasse, senão conceder às partes a iniciativa de deliberar sobre a cláusula de infidelidade no casamento.

Deve ser preocupação constante do CNJ e das instituições legítimas a insegurança jurídica causada pela discricionariedade judicial, diante dos casos de infidelidade no casamento, de modo a auxiliar à promoção de decisões judiciais mais eficientes, e contribuir significativamente à redução dos litígios no âmbito do Direito de Família no Brasil.



ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. *As relações entre cônjuges e companheiros no novo código civil*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2004.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 11.106*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2025950-16.2019.8.26.0000 SP 2020/0051590-6*. Relatora Ministra Maria Isabel. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=202595016.2019.8.26.0000&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&ckMorto=MORTO>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Cível nº 1003372-75.2005.822.0001*. Relator Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

CNJ. *Resolução Nº 175*, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Direito de Família*. V. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.



TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.