

# CONFLITO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE/PRIVACIDADE E O DEVER MATRIMONIAL DE FIDELIDADE

*Francielle Men\**

*Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão\*\**

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 O dever de fidelidade no casamento e união estável como valor moral; 3 Conceito de valor; 4 Do valor moral na família; 5 A culpa no descumprimento dos deveres do casamento; 6 A insuportabilidade da vida em comum; 7 A prova do descumprimento dos deveres do casamento e o dano moral; 7.1 Dano moral na dissolução do casamento; 7.2 Das conseqüências jurídicas da culpa na dissolução do casamento; 8 O conflito entre o direito à intimidade/privacidade e o dever de fidelidade; 9 Conclusão; Referências.*

**RESUMO:** O artigo abrange o conflito que existe entre o direito constitucionalmente tutelado de intimidade e privacidade elevado à categoria de direito e garantia fundamental intimidade e privacidade e o dever de fidelidade estabelecido de forma conjunta entre os cônjuges, o qual estes se comprometeram a cumprir no ato solene do matrimônio. Busca estabelecer até que ponto um cônjuge pode interferir e “invadir” a esfera da intimidade e da privacidade do outro para averiguar se o dever matrimonialmente estabelecido está sendo respeitado, sem que isto signifique violação de tais esferas garantidas e tuteladas constitucionalmente. Reflete também sobre até onde é lícita tal invasão, quando convém permiti-la e quando impedi-la para que não se cair em liberalidade sem fundamento. O método de pesquisa utilizado baseia-se na pesquisa bibliográfica, em artigos pertinentes ao assunto julgados necessários para a elaboração do estudo, o que permite focar o tema com ampla abrangência, incluindo-se posições que defendem a “invasão” e aquelas contrárias a este procedimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Intimidade; Privacidade; Dever; Fidelidade; Conflito.

---

\* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. E-mail: franciellemen@hotmail.com

\*\* Doutora em Direito das Relações Sociais – Direito Civil – pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Docente no Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Advogada no Estado do Paraná. E-mail: cleidefermentao@wnet.com.br

## **CONFLICT BETWEEN THE CONSTITUTIONAL INTIMACY/PRIVACY RIGHT AND THE MATRIMONIAL DUTY OF LOYALTY**

**ABSTRACT:** The article covers the conflict between the constitutionally safeguarded right of privacy and intimacy elevated to the law and guaranteed fundamental category intimacy and privacy and the duty of loyalty established jointly between spouses, which they have pledged during their formal marriage. It seeks to establish the extent to which a spouse can step in and “invade” the intimacy and privacy sphere of the other to ascertain whether the established matrimonial duty is being respected, that means no violation of such spheres constitutionally guaranteed and protected. It also reflects on how far such an invasion is lawful, when it should be allowed and when to stop not to fall into unfounded liberality. The used research method is based on the literature search, relevant articles to the considered matter necessary for carrying out the study, which allows focus on the issue with the wide scope, including positions that defend the “invasion” and those contraries of this procedure.

**KEYWORDS:** Intimacy; Privacy; Duty; Fidelity; Conflict.

## **CONFLICTO ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD/PRIVACIDAD Y EL DEBER MATRIMONIAL DE FIDELIDAD**

**RESUMEN:** El artículo trata del conflicto que existe entre el derecho constitucionalmente tutelado de intimidad y privacidad elevado a la categoría de derecho y garantía fundamental intimidad y privacidad y el deber de fidelidad establecido de forma conjunta entre los cónyuges, en el cual se han comprometido a cumplir en acto solemne en el matrimonio. Busca establecer hasta dónde un cónyuge puede interferir la esfera de la intimidad y de la privacidad del otro para averiguar si el deber matrimonialmente establecido sigue siendo respetado, sin que esa actitud signifique violación de tales esferas garantizadas y tuteladas constitucionalmente. Reflexiona también acerca de la licitud de tal invasión, cuándo conviene permitir-la y cuándo impedirla para que no se haya liberalidad sin fundamento. El método de investigación está basado en la pesquisa bibliográfica en artículos sobre el asunto y juzgados como necesarios APRA entendimiento del estudio, lo que per-

mite tratar del tema con amplitud incluyéndose opiniones que hacen la defensa de la “invasión” y aquellas que son contrarias a ese procedimiento.

**PALABRAS-CLAVE:** Intimidad; Privacidad; Deber; Fidelidad; Conflicto.

## **INTRODUÇÃO**

Os princípios constitucionais da intimidade e privacidade, elevados à categoria de direitos humanos, direitos personalíssimos, tutelados pelo Estado, propalam a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa humana. Tais princípios fazem emergir questionamentos frente à algumas situações vividas pelos cônjuges, no que tange à possibilidade de ação, ou obrigação de inação, nas quais exigem a necessidade do “conhecimento de forma invasiva” da intimidade e da privacidade do parceiro, o mesmo sujeito com quem mantêm uma relação íntima e privada. Eis o problema.

No âmbito do Direito de Família, a “invasão” na esfera íntima do cônjuge que julga seu parceiro estar descumprindo deveres matrimoniais, em especial o dever de fidelidade, consagrado e posto em obediência com o ato da celebração válida do matrimônio, onde firmou-se compromisso diante de um contrato, é um tanto tormentosa. Ainda, o avanço tecnológico vivido na atualidade permite que tal invasão se dê de maneira rápida, fácil, discreta e, por vezes, imperceptível.

A presente pesquisa procura discutir se há prevalência ou não de um direito constitucional de intimidade e privacidade frente ao descumprimento do dever matrimonial. Pergunta-se ao cônjuge inocente se é permitido violar o direito do cônjuge culpado, para fazer valer um direito pactuado por ambos no ato solene do matrimônio, além de buscar a preservação e integridade do seu direito à intimidade (que não deixou de ser violado com o ato de descumprimento do dever matrimonial de fidelidade). Isso em razão de que, mesmo sendo uma obrigação imposta por lei, para vigorar durante sua vigência, não há como exigir, em juízo, o seu adimplemento na constância do vínculo matrimonial. Não existe nenhum tipo de ação disponível no direito para exigir o cumprimento do dever de fidelidade

A proposta do presente tema está em discutir a problemática existente na ocorrência de colisão entre um princípio fundamental – intimidade e privacidade- e uma regra infraconstitucional, consagrada na instituição do matrimônio- dever de fidelidade.

## **2 O DEVER DE FIDELIDADE NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL COMO VALOR MORAL**

Para entender o dever de fidelidade no casamento faz-se preciso analisar o valor moral da fidelidade.

Segundo Paulo Lôbo<sup>1</sup>, a fidelidade recíproca sempre foi entendida como impedimento de relações sexuais com terceiros. Historicamente, voltava-se em grande medida ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a turbatio sanguinis. Tal significado teve razão de ser enquanto o Estado foi entendido como “reunião de famílias”; enquanto interessou o controle sobre a mulher e sua sexualidade; enquanto interessou o controle do patrimônio familiar unitário, assentado em rígido sistema de legitimidade e sucessão de filhos, expurgando-se os considerados ilegítimos. A Constituição Federal e o Código Civil abrandaram tais valores, ao optar pela igualdade absoluta dos filhos de qualquer origem, biológica ou não-biológica. No entanto, o dever de fidelidade apenas pode ser judicialmente verificável com o sacrifício da intimidade e da privacidade das pessoas.

Para Pontes de Miranda: “Ao dever jurídico de fidelidade corresponde o dever moral de evitar os atos que possam induzir suspeita de violação do dever jurídico”<sup>2</sup>.

Os valores, segundo Adolfo Sánchez Vázquez<sup>3</sup>

existem unicamente em atos ou produtos humanos. Tão-somente o que tem um significado humano pode ser avaliado moralmente mas, por sua vez, tão-somente os atos ou produtos que os homens podem reconhecer como seus, isto é, os realizados consciente e livremente, e pelos quais se lhes pode atribuir uma responsabilidade moral. Nesse sentido, podemos qualificar moralmente o comportamento dos indivíduos ou de grupos sociais, as intenções de seus atos e seus resultados e conseqüências, as atividades das instituições sociais, etc.

A moral, segundo Adolfo Sánchez Vázquez<sup>4</sup>, possui uma qualidade social na sua essência, significando que se manifesta somente na sociedade, respondendo às suas necessidades e cumprindo uma função determinada. Assim, uma mudança radical da estrutura social provoca uma mudança fundamental de moral. A moral, como forma de comportamento humano, possui um caráter social, pois é caracte-

---

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. p. 120-121.

<sup>2</sup> MIRANDA, 1965 apud OLIVEIRA, Basílio de. **Concubinato**: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1997. p. 27.

<sup>3</sup> VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell’Anna. 27. ed. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2005. p. 149-150.

<sup>4</sup> VÁZQUEZ, op. cit., p. 67-68.

rística de um ser que, inclusive no comportamento individual, comporta-se como um ser social.

A função social da moral consiste na regulamentação das relações entre os homens (entre os indivíduos e entre o indivíduo e a comunidade) para contribuir assim no sentido de manter e garantir uma determinada ordem social.<sup>5</sup>

A consciência moral, que existe sobre a base da consciência propriamente dita, “implica numa avaliação e num julgamento de nosso comportamento de acordo com as normas que ela conhece e reconhece como obrigatórias”<sup>6</sup>. Assim, o conceito de razão está estreitamente relacionado com o conceito de obrigatoriedade. Nas lições de Sonia Maria Ribeiro de Souza:

O homem é um ser que possui um senso ético e uma consciência moral. Isso quer dizer que constantemente avalia e julga suas ações para saber se são boas ou más, certas ou erradas, justas ou injustas. A esta característica peculiarmente humana de discernir o justo do injusto, o que deve ser preferido do que deve ser preterido, o bem do mal, dá-se o nome de consciência moral. A consciência moral consiste pois, na apreciação espontânea e imediata que o homem faz de sua própria conduta, ao reconhecer o valor moral dos diferentes modos de proceder, bem como ao enunciar juízos de valor acerca do seu agir.<sup>7</sup>

A consciência moral assume a função de um juiz diante do qual todo ato moral deve apresentar os seus títulos, ela emerge e define-se como um recinto interior quando o homem cumpre normas que regulamentam os seus atos não mais submetendo-se passivamente à tradição e ao costume ou pelo temor dos deuses, ou simplesmente para conformar-se com a opinião dos outros, mas porque compreende o dever de cumprí-las. O sentimento de culpa, remorso, vergonha são índices da existência da consciência moral, onde reconhece-se que o comportamento não foi como deveria ser. A relação que existe entre moral e direito identifica-se pelo fato de que ambas estão sujeitas a normas que regulam as relações dos homens.<sup>8</sup>

Em relação ao dever de fidelidade no âmbito das relações matrimoniais e dos conviventes, pode-se dizer que as relações entre os cônjuges compõem o plexo de situações, posições, direitos e deveres da vida familiar, contemplando, em primeiro lugar, a formação do próprio consórcio conjugal, por meio do casamento ou independente dele, assim como seus efeitos mediatos ou imediatos, os direitos e deveres de cada um, na relação entre si e em decorrência da prole, assim também a normatização de conflitos que surjam em decorrência das liberdades individuais de cada um deles<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Idem, p. 69.

<sup>6</sup> Idem, p. 185.

<sup>7</sup> SOUZA, Sonia Maria Ribeiro de. **Um outro olhar: filosofia**. São Paulo, SP: FTD, 1995. p. 179.

<sup>8</sup> VÁZQUEZ, op. cit., p. 185; 188.

<sup>9</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte, MG: Del Rey,

Considerando que a fidelidade recíproca é norma de direito, prevista no inciso I do art. 1.566 do CC, considerando, ainda, que vige o sistema monogâmico no ordenamento jurídico brasileiro, tal dever refere-se “com a própria honra dos cônjuges e o consórcio, físico e espiritual, que o matrimônio representa”.<sup>10</sup>

### 3 CONCEITO DE VALOR

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>11</sup>, “valores são escolhas éticas que se fazem para nortear a vida, ou, pelo menos, parte dela, visto que podem ser mutáveis”. Determinam o “caminhar” de um povo e, por conseguinte, seu perfil político, sociológico, jurídico e filosófico. E, quanto mais a ordem jurídica for fiel aos valores sociais, econômicos, políticos e filosóficos, maior legitimidade ela terá, pois retratará exatamente a alma de determinada população.

Na conceituação de Adolfo Sánchez Vázquez<sup>12</sup>, alguns traços essenciais podem sintetizar uma definição de valor:

- 1) Não existem valores em si, como entidades ideais ou irrealis, mas objetos reais (ou bens) que possuem valor.
- 2) dado que os valores não constituem um mundo de objetos que exista independentemente do mundo dos objetos reais, somente existem na realidade natural e humana como propriedades valiosas dos objetos da mesma realidade.
- 3) Por conseguinte, os valores exigem- como condição necessária- a existência de certas propriedades reais- naturais ou físicas- que constituem o suporte necessário das propriedades que consideramos valiosas.
- 4) As propriedades reais que sustentam o valor, e sem as quais este não existiria, são valiosas somente em potência. Para passar a ato e transformar-se em propriedades valiosas efetivas, é indispensável que o objeto esteja em relação com o homem social, com seus interesses e com suas necessidades. Desta maneira, o que vale somente em potência adquire um valor efetivo.

Assim, Adolfo Sánchez Vázquez<sup>13</sup> conclui que

---

1998. p. 321.

<sup>10</sup> PETRY JUNIOR, Henry. **Separação com causa culposa**: uma leitura à luz da hermenêutica constitucional. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2007. p. 62.

<sup>11</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005. p. 62.

<sup>12</sup> VÁZQUEZ, op. cit., p. 140-141.

<sup>13</sup> Idem, p. 141.

O valor não é propriedade do objeto em si, mas propriedade adquirida graças à sua relação com o homem como ser social. Mas, por sua vez, os objetos podem ter valor somente quando dotados realmente de certas propriedades objetivas.

É o homem – como ser histórico social e com sua atividade prática - que cria os valores e os bens nos quais se encarnam, independentemente dos quais só existem como projetos ou objetos ideais. Os valores são, pois, criações humanas, e só existem e se realizam no homem e pelo homem [...] Os valores, então, possuem uma objetividade especial que se distingue da objetividade meramente natural ou física dos objetos que existem ou podem existir independentemente do homem, com anterioridade à- ou à margem da- sociedade. A objetividade dos valores não é, portanto, nem a das idéias platônicas (seres ideais), nem a dos objetos físicos (seres reais, sensíveis). É uma objetividade especial- humana, social-, que não se pode reduzir ao ato psíquico de um sujeito individual nem tampouco às propriedades naturais de um objeto real. Trata-se de uma objetividade que transcende o limite de um indivíduo ou de um grupo social determinado, mas que não ultrapassa o âmbito do homem como ser histórico-social.

Os valores fazem referência ao plano do “dever ser”, quer dizer, valoram e julgam como as coisas poderiam ser, embora de fato elas não sejam desta forma.<sup>14</sup> O valor “não é um ser, não é um objeto no sentido de coisa real, ou ideal, não é um ente, é *valente*, simplesmente *vale*.”<sup>15</sup>

Em sentido lato, os valores podem ser definidos como bens primários, não são bens patrimoniais, é um conjunto de interesses não-patrimoniais que devem ser tutelados porque estruturam-se coligados à existência e à vida da pessoa. Assim, para as situações patrimoniais há os bens (*stricto sensu*), e para as situações não-patrimoniais, há valores.<sup>16</sup>

Os valores são relativos à pessoa, posto que são dados para a pessoa, e isto não significa que estejam condicionados pelas opiniões da pessoa, da qual guardam em si mesmos autonomia absoluta<sup>17</sup>. Assim, valor é sempre uma relação entre o

<sup>14</sup>MATEOS GARCÍA, Angeles. **A teoria dos valores de Miguel Reale**: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. Tradução de Talia Bugel. São Paulo, SP: Saraiva, 1999. p. 14-15.

<sup>15</sup>BOSON, Gerson de Britto Mello. **Filosofia do Direito**: interpretação antropológica. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1996. p. 108.

<sup>16</sup>PERLINGIERI, 2002 apud TEIXEIRA, op. cit., p. 63.

<sup>17</sup>BOSON, op. cit., p. 109.

sujeito que o valora e o objeto valorado. Atribuir valor a uma coisa não é ficar indiferente a ela. A não-indiferença é a principal característica do valor, portanto, os valores existem na ordem da afetividade, uma vez que não se fica indiferente diante de alguma coisa ou pessoa, mas a pessoa é sempre afetada por alguma coisa ou pessoa, de alguma forma.

#### 4 DO VALOR MORAL NA FAMÍLIA

A família é o alicerce, a base em que se apóia a grande parte do viver humano e civil, assim, exige e merece atenção quanto à vida de cada indivíduo, à sua presença na sociedade. Com relação ao Estado, a família, como tal, vem antes, e não depois dele, e lhe serve de fundamento. Não pode ser regida estritamente pelas leis do Estado, e este deve aceitar, concretizar as leis da família, garantindo-lhe respeito e tutelando-lhe a legitimidade<sup>18</sup>.

Nas lições de Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>19</sup>,

é no seio da família que são travadas as relações mais íntimas e relevantes da vida da pessoa. É nesse âmbito que reproduzem ideologias, transmitem-se normas, os valores dominantes que fundamentam as relações sociais, que justificam as relações humanas e a ordem social num determinado contexto histórico. É no interior familiar que se reproduz a primeira organização social, onde se aprende valores como respeito, integridade e todas as regras de convivência. É nesse âmbito mais privado que as pessoas travam as primeiras experiências da vida pública, da co-existência, da cidadania, da exclusão ou da inclusão, dos conflitos, dos erros e dos acertos.

Na sociedade contemporânea, a família é considerada um valor. Nestas últimas décadas, a família passa por grandes mudanças, que a tornam vulnerável, e tais mudanças decorrem do fato da família participar dos dinamismos próprios das relações sociais, que tendem a enfraquecer a família.<sup>20</sup>

Caracteriza-se a família, hodiernamente, pela diversidade de entidades familiares, igualdade de seus integrantes e entre os filhos dos diferentes leitos, pela realização físico-espiritual-afetiva dos partícipes, pela busca incessante da realização pessoal (individual) e no núcleo familiar. A família serve como lugar de

<sup>18</sup> GIORDANO, Nicola. **A família, ícone da Trindade**. São Paulo, SP: Paulinas, 1999. p. 29.

<sup>19</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 12.

<sup>20</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2004. p. 44.

afeto e de trocas, mostrando-se como instrumento de felicidade. O casamento, nesse passo, torna-se dissolúvel, não havendo mais interesse e motivo para a indissolubilidade, e a separação é facilitada, pois.<sup>21</sup>

## 5 A CULPA NO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DO CASAMENTO

O Código Civil, em seus arts. 1.572<sup>22</sup>, *caput*, 1.566<sup>23</sup>, *incisos*, e 1.573<sup>24</sup>, *incisos* e parágrafo, manteve a possibilidade da separação dar-se por meio da discussão de culpa<sup>25</sup>, que pode se apresentar de diversas formas. Precedida pelo casamento, que impõe aos cônjuges diversas obrigações (art. 1.566 CC), a separação com causa culposa ocorre na hipótese de descumprimento de quaisquer desses deveres, gerando a possibilidade do cônjuge “inocente” pleiteá-la com apoio no *caput* do art. 1.572 CC, demonstrada a impossibilidade de reconciliação na forma do art. 1.573 do CC.<sup>26</sup>

Henry Petry Junior<sup>27</sup> afirma que “a presença da culpa não só foi mantida no CC

<sup>21</sup> PETRY JUNIOR, *op. cit.*, p. 147.

<sup>22</sup> Art. 1.572 *caput* CC: “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”.

<sup>23</sup> Art. 1.566 CC: “São deveres de ambos os cônjuges: I: fidelidade recíproca; II: vida em comum, no domicílio conjugal; III: mútua assistência; IV: sustento, guarda e educação dos filhos; V: respeito e consideração mútuos.

<sup>24</sup> O art. 1.573 CC tem recebido inúmeras críticas da doutrina, quer porque representou um retrocesso, porquanto se retornou a uma situação própria do início do século XX, tal qual fez o CC/1916 em seu art. 317, quer porque, ao contrário de superar a culpa, ampliaram-se as hipóteses de ocorrência. Consigna-se, porém, que o rol do art. 1.573 CC é exemplificativo. PETRY JUNIOR, Henry, 2007, *op. cit.*, p. 69, 70.

<sup>25</sup> Foi proposto um Projeto de Lei nº 4.945, de março de 2005, que tramitou no Congresso Nacional, que visava a revogação dos dispositivos do Código Civil que dispõem sobre a culpa e seus efeitos na separação dos cônjuges. Tal Projeto de Lei foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM-, proposto pelo sr. Antonio Carlos Biscaia., sendo uma das justificativas a seguinte: “No entanto, migrar o instituto da culpa para obter-se o desenlace do matrimônio não tem qualquer justificativa. Revela-se de nítido caráter punitivo vedar ao “culpado” a iniciativa do processo de separação, assegurando legitimidade somente ao “inocente” para buscar a desconstituição do casamento (art. 1.572). Ou seja, quem não tem motivo, quem nada tem a imputar contra o par simplesmente precisa aguardar o prazo de um ano para buscar a separação (art. 1.572, § 1º) ou o decurso de dois anos para obter o divórcio (art. 1.580, § 2º). De outro lado, se o autor não logra provar a responsabilidade do réu pelo fim do casamento, o pedido de separação é desacolhido, ele perde a ação e as partes continuam casadas mesmo depois de todo o desgaste de um processo judicial”. No entanto, o projeto de lei foi rejeitado, e a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados arquivou o processo em 31/01/2007, nos termos do art. 105 do Regimento Interno, que dispõe: “Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres e sem eles, salvo as:[...]”. Disponível em: <[www2.camara.gov.br/proposicoes](http://www2.camara.gov.br/proposicoes)>. Acesso em: 10 out. 2008.

<sup>26</sup> PETRY JUNIOR, *op. cit.*, p. 61.

<sup>27</sup>Idem, p. 57.

como suas hipóteses restaram ampliadas [...] na medida em que permite incluir outros fatos não alinhados como culposos para a caracterização da culpa [...]”.

Quer dizer, qualquer fato que redunde em violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, nos termos dos arts. 1.572 e 1.573<sup>28</sup>, incisos I a IV do CC, como por exemplo, a incompatibilidade de gênios e o desamor.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira<sup>29</sup>, a tendência moderna do direito é abandonar<sup>30</sup> a teoria da culpa objetiva para determinação da dissolução dos vínculos conjugais. Informa que estudos psicológicos comprovam a dificuldade de determinar um culpado em uma separação. Muitas vezes, a dissolução do casamento advém de seu fim natural, por terem deixado de gostar um do outro ou de se desejarem, ainda que preferissem o contrário<sup>31</sup>.

No mesmo sentido se posiciona Cristiano Chaves de Farias<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Art. 1.573 CC: Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I: adultério; II: tentativa de morte; III: sevícia ou injúria grave; IV: abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V: condenação por crime infamante; VI: conduta desonrosa. Parágrafo único: O juiz poderá considerar outros fatores que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

<sup>29</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2004. p. 85.

<sup>30</sup> Art. 1.566, I CC: **Enunciado:** Na ponderação do dever de fidelidade conjugal e do princípio do respeito à intimidade da relação conjugal, matrimonializada ou derivada de união estável, recomenda-se interpretação que resguarde o valor da lealdade entre seus partícipes e oriente-se, em caso de ruptura, pela diretriz da impossibilidade objetiva, sem averiguação da culpa. **Justificativa:** No direito de família contemporâneo, a objetivação da ruptura sobreleva-se, ocupando o lugar da superada noção tradicional de culpa, à qual se alia o dever de fidelidade, classicamente considerado. Ao lado disso, segundo a orientação constitucional da comunhão plena de vida entre os cônjuges, o termo “lealdade” melhor se coaduna com o modelo de família voltado para os valores existenciais de seus membros, em que não se cogita de controle estatal de condutas, mas de respeito e proteção da dignidade coexistencial dos componentes da comunidade familiar. (Enunciado apresentado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal em Brasília, em 2007, sob a organização do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Autor: MATOS, Ana Carolina Harmatiuk; PIANOVSKI, Eduardo; FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Marcos Alves da; FACHIN, Rosana Amara Giardi).

<sup>31</sup> “A culpa não é critério para ruptura da união estável, como também ocorre na separação, interessando apenas a prova do dissídio afetivo, inclusive concretizado pelo afastamento do parceiro. A sedizente culpa materna não acarreta a perda da guarda, notadamente quando elementos processuais demonstram seu desvelo com a infante e o estudo social não foi realizado, servindo-se a assistente social de meras informações de vizinhos, sem entrevistar as partes [...] Em verdade, a discussão da culpa é critério que tem sido alijado para dirimir a controvérsia mesmo no casamento, notadamente quando já existe a ruptura entre seus integrantes. A fratura no relacionamento é suficiente para encaminhar o dissídio, tal como ocorre no caso vertente, onde a relação estava deteriorada e até rompida, acrescentando-se que a união estável, por existência de vínculo legal não se cogita do exame desta causa” (TJRS, Ap. Cív. 70001843507, 7ª Câm. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 21.3.2001).

<sup>32</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2004. p. 205.

[...] discussão sobre culpa é insensata, inadequada e atentatória aos direitos humanos. Admitir essa possibilidade significa permitir que os valores mais fundamentais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida privada e à intimidade, o direito à solidariedade social e à igualdade substancial, pudessem ser vilipendiados por força de norma infraconstitucional. Perquirir a culpa, após a promulgação da Magna Charta de 1988, se tornou um exercício indevido e descabido, ainda que tenha ocorrido violação de deveres matrimoniais por um dos cônjuges, por ferir frontalmente as garantias constitucionais da pessoa humana. [...] a intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contraria a dignidade humana e a guerra judicial gera a perda da intimidade, sacrificando valores de ordem pessoal, que merecem preservação por força de imperativo constitucional (grifo nosso).

Henry Petry Junior<sup>33</sup> informa que a exigência da culpa na separação constitui, efetivamente, um problema desnecessário onde, muitas vezes, a culpa é sintoma de uma relação falida e não propriamente a causa. Desnecessário ainda porque as possíveis conseqüências (alimentos, nome e indenização) advindas da prova da culpa são mínimas, e, em muitos casos, inexistentes. Além de desnecessário, há muita dificuldade de se aferir a culpa real na dissolução da sociedade conjugal, por exemplo no tocante ao dever de fidelidade recíproca, pois a infidelidade, em qualquer de suas formas, normalmente não é praticada à vista de testemunhas.

Importante destacar a lição de Cristiano Chaves de Farias<sup>34</sup>, onde afirma que os atores processuais (juiz, promotor, defensores públicos e advogados) não podem ser transformados em “investigadores do desamor”, como se estivessem procurando um criminoso que coloca em risco a incolumidade de toda a sociedade. Vale, aqui, lembrar uma passagem bíblica para afastar a averiguação da culpa: atire a primeira pedra quem não tiver pecado. Defende a inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação brasileira que permitem as discussões da culpa nas ações de dissolução da sociedade conjugal, bem como a pretensão de atribuir conseqüências diferenciadas em razão de sua declaração. Diz o autor supra mencionado: “[...] não há qualquer justificativa para a pesquisa da culpa na ação de separação judicial, uma vez que, não obstante a sua inconstitucionalidade, restou esvaziado o interesse jurídico de afirmá-la, pela falta de utilidade do autor”.<sup>35</sup>

<sup>33</sup>PETRY JUNIOR, op. cit., p. 115-116; 119.

<sup>34</sup>FARIAS, op. cit., p. 205.

<sup>35</sup>Idem, p. 207.

Ressalte-se que os efeitos decorrentes da separação independem da declaração de culpa, como a partilha de bens e a guarda dos filhos, pois se submetem a regras próprias, desatreladas da noção de culpa.

## **6 A INSUORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM**

O Código Civil, em seu art. 1.572, estabelece que a separação judicial pode ser requerida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. Portanto, como dito, a violação dos deveres do casamento tornam insuportável a vida em comum.

Na separação por conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento, o juiz tem um poder discricionário na avaliação da separação por culpa. Cabe ao magistrado, em cada caso concreto, definir se houve “conduta desonrosa” ou “grave violação dos deveres do casamento”. Em qualquer hipótese, deve estar comprovado que os fatos tornaram “insuportável” a vida em comum.<sup>36</sup>

## **7 A PROVA DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DO CASAMENTO E O DANO MORAL**

O dano moral, segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza,<sup>37</sup> nada mais é do que aquele relativo à personalidade humana, nas suas mais variadas formas. Dessa forma, o dano à personalidade teria um sentido maior e mais amplo do que o denominado dano moral, uma vez que este está dentro do contexto daquele. Segundo este mesmo autor:

O dano moral, na verdade, vem reconhecer bens jurídicos desvincilhados do patrimônio, tratando de bens inerentes à personalidade humana, como a honra, a vida, a liberdade, etc.[...] tendo como fundamento o direito da personalidade, e nele se assenta o conceito de proteção jurídica<sup>38</sup>.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou expressamente a idéia da responsabilidade civil por danos morais e, já em seu art. 1º, inciso III, coloca como sendo

---

<sup>36</sup>VENOSA, Silvio de Salva. **Direito Civil**. Direito de Família. 4. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2004. v. 6. p. 243.

<sup>37</sup> SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo, SP: Manole, 2002. p. 29.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 2002, op. cit., p. 29.

um dos fundamentos da dignidade da pessoa humana. Ainda, no art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, encontra-se a inquestionável admissão da reparabilidade dos danos morais, expressos nos incisos V e X<sup>39</sup>.

Dano moral pode ser caracterizado, segundo Yussef Said Cahali<sup>40</sup>

como a privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos [...], dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação, etc) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade, etc); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Os danos derivados do dever conjugal são considerados, segundo Inacio de Carvalho Neto<sup>41</sup>, como danos morais imediatos, pois

atingem a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento, dentre os quais estão os oriundos do descumprimento do dever de fidelidade, por adultério ou pela prática de ato que demonstre intenção de satisfação do instinto sexual fora do tálamo; do dever de coabitação, pelo abandono voluntário e injustificado do lar e pela recusa de satisfação do débito conjugal; do dever de mútua assistência, pela prática de tentativa de homicídio, de sevícias e de injurias graves; do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, pela prática de maus-tratos contra os infantes, por exemplo (grifo nosso).

Tais situações ou atitudes do cônjuge podem acarretar ao consorte, concomitantemente, danos materiais ou patrimoniais, como no caso das sevícias ou lesões corporais, que, além de danos morais, geram prejuízos econômicos, decorrentes de tratamento médico<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> MATIELO, Fabrício Zamproga. **Dano moral, dano material e reparações**. 3. ed. Porto Alegre, RS: Sagra Luzzatto, 1997, p.65.

<sup>40</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.20.

<sup>41</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. Reparação civil na separação litigiosa culposa. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2004. p. 282-283.

<sup>42</sup> Idem, p. 283.

Henry Petry Junior<sup>43</sup> considera que os meios de prova colocados à disposição do cônjuge “inocente” não se prestam para os fins almejados de uma separação culposa, o que pode levar a excessos.

A produção probatória por meio de depoimento de parentes; esclarecimentos dos filhos do casal, inclusive da tenra idade; depoimento do cúmplice do cônjuge infrator, que naturalmente poderá se escusar; do testemunho dos empregados domésticos; da apresentação de cartas; de gravações diversas; de prova fotográfica; até mesmo do que é de conhecimento pessoal do juiz, são possíveis, diante da dificuldade de se provar a culpa do cônjuge infrator. No entanto, se requeridas, o magistrado deverá ponderar, a partir das regras processuais aplicáveis, a pertinência ou não da realização dessas provas.

Francesco Carrara<sup>44</sup> também considera o adultério de difícil prova, pois, normalmente, é praticado às escondidas. “O adultério, entre os delitos, é o mais fácil de suspeitar-se e o mais difícil de provar-se”. Para tanto, tem-se admitido indícios<sup>45</sup>, presunções<sup>46</sup>, ou qualquer outro meio de prova, desde que não ilícito ou imoral.

Alguns doutrinadores, como Yussef Said Cahali, entendem admissível. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também já decidiu pela validade da prova.<sup>47</sup> No entanto, a maioria da doutrina e jurisprudência tem se pronunciado em sentido contrário<sup>48</sup>. O Tribunal de Justiça do Paraná já admitiu, inclusive, mandado de

---

<sup>43</sup> PETRY JUNIOR, op. cit., p. 117.

<sup>44</sup> CARRARA, 1903 apud CARVALHO NETO, op. cit., p. 99.

<sup>45</sup> Circunstância que tem relação com o fato criminoso e, por isso, a prova resultante de indício denomina-se prova relativa ou prova circunstancial; fato ou circunstância acessória que se liga ao crime e que leva à conclusão de que o crime tenha sido consumado ou que um indivíduo tenha tomado parte na sua execução (CPP, art. 239). PAULO, Antonio de (Ed.). **Pequeno Dicionário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: DP&A, 2005. p. 187.

*“Abandono voluntário do lar conjugal, pela esposa, para viver em companhia de outro homem. Indícios veementes de adultério”* (TJBA- 3º Câmara Cív.- Acórdão 941/83- Re. Des. Wilde Lima).

<sup>46</sup> É a consequência ou ilação que a lei ou o julgador deduz de um fato conhecido (PAULO, op. cit. p. 273).

*“[...] A prova do adultério pode ser feita por qualquer meio, inclusive por indícios e presunções. Assim, basta à configuração do flagrante ser o cônjuge culpado encontrado com o co-réu em circunstâncias que suponham necessariamente a prática do delito”*. (TA- Crim. SP- 5ª Câmara Ap. 55.359- Rel. Luiz Fernando Prado. In: JURISPRUDÊNCIA do Tribunal de Alçada Criminal. São Paulo: TACrimSP, v. 28, p. 195).

<sup>47</sup> *“Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização”* (TJRJ -5ª Câmara Cív.- Ag. Inst. 7.111- Rel. Des. Barbosa Moreira. In: JURISPRUDÊNCIA Brasileira: cível e comércio. Curitiba, PR: Juruá, 1984. v. 86. p. 367).

<sup>48</sup> *“Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação da prova, mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo ao direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos*

segurança contra ato judicial que admitira tal prova.<sup>49</sup>

Ensina Valter Kenji Ishida<sup>50</sup> que a ilicitude da prova é trazida no texto constitucional, em seu art. 5º, X, que assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da pessoa, logo, a escuta telefônica realizada por terceiro constituiria uma invasão na privacidade da pessoa. Sabe-se que a única exceção permitida por este inciso é na hipótese da ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Portanto, inadmite-se a escuta telefônica como prova processual civil. A interpretação literal da lei conduz à inadmissibilidade da escuta telefônica no processo civil, especificamente no direito de família. O entendimento majoritário aplicável nos tribunais é o da ilicitude das gravações frente ao contexto constitucional<sup>51</sup>.

Há uma segunda corrente doutrinária e jurisprudencial que admite tais provas ilícitas, por meio de interceptação telefônica. Yussef Said Cahali<sup>52</sup> admite “em separação litigiosa, a prova obtida pelo cônjuge inocente por meio de gravação de conversa telefônica do cônjuge culpado com terceira pessoa”.<sup>53</sup>

No entanto, Henry Petry Junior<sup>54</sup> defende que

alcançar essas provas significa martirizar parentes e filhos, realizar devassa no passado, invadir a intimidade do outro

---

*autos, da gravação respectiva*”. (STF- 1ª T. Rec. Ext. -100.094/PR- Re. Min. Rafael Mayer. In: REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, DF: Imprensa Nacional, v. 110, p. 798, nov. 1984).

<sup>49</sup> “A impetração, que ataca o ato judicial consistente em admitir a oitiva da fita magnética de gravação telefônica, em audiência de instrução e julgamento designada, na ação de separação litigiosa intentada pelo litisconsorte Dirceu Adolfo Cavina, objetiva obter a suspensão dos efeitos da decisão, até o julgamento do repectivo recurso do agravo de instrumento interposto” (TJPR- 1º Grupo de Câm. Cível- Mandado de Segurança 11.269-3- Rel. Des. Silva Wolff).

<sup>50</sup> ISHIDA, Válder Kenji. **Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial** – De acordo com o novo Código Civil. São Paulo, SP: Saraiva, 2003. p. 57-58.

<sup>51</sup> “PROVA-Produção-Separação Judicial Adultério- Comprovação mediante apresentações de gravação de conversas telefônicas do cônjuge-Ilícitude da prova- art. 5º, incisos X, XII e LVI da CF- Segurança Denegada. “O valor ético e jurídico do interesse da mulher, no caso, supera, em muito, o do marido. Este alega que houve cerceamento de defesa. Contudo, se a prova foi obtida por meio ilícito, essa prova é proibida e não se pode cogitar o cerceamento de defesa. Além disso, ele, marido, tem à sua disposição inúmeros outros meios para comprovar o alegado adultério. E a intimidade da mulher foi flagrantemente afrontada. Já se foi o tempo em que se podia tolerar esse tipo de policiamento conjugal” (TJSP, MS 198.089-1, 8ª Câmara, Rel. José Osório, JTJ- Lex 149/192).

<sup>52</sup> CAHALI, 1996 apud ISHIDA, op. cit., p. 59.

<sup>53</sup> “PROVA-Produção-Separação Judicial Adultério- Comprovação mediante apresentações de gravação- Conversas telefônicas do cônjuge-Admissibilidade-Meio de produção de prova que é irrelevante para o direito de família, devendo o juiz aproveitar o seu conteúdo, se relevante- Recurso provido.

*Hoje, os gravadores, as máquinas fotográficas, os transmissores de som estão de tal forma difundidos que o seu uso não se constitui mais em segredo a ninguém. Assim, sempre que o seu emprego se faça sem dolo, mas de forma natural e em resguardo de um direito, seu resultado poderá ser aproveitado pelo julgador”* (TJSP, AgI 223.044-1, São José dos Campos, 4ª Câmara Civil, Rel. Barbosa Pereira, v.u., j. 22-9-1994).

<sup>54</sup> PETRY JUNIOR, op. cit., p. 118.

(e até mesmo de terceiro) e reconstruir um cenário violador, tal qual se estivesse apurando crime de monta. O quadro não é próprio nem mesmo para o caso de uma relação que iniciou e, enquanto perdurou, tinha como fundamento central o afeto.

Como visto, existem duas posições acerca da produção e aproveitamento da prova da culpa do cônjuge, e, em ambas, há resguardo ao direito à intimidade e privacidade, por um lado, e, por outro, o direito ao acesso destes meios como alternativa ponderável.

### 7.1 DANO MORAL NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A lei impõe deveres e assegura direitos tanto no casamento (art. 1.566 CC) como na união estável (art. 1.724 CC). Porém, a violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte a ponto de gerar obrigação indenizatória por danos morais. O dever de fidelidade recíproca e de manutenção da vida em comum, bem como o dever de lealdade, imposto aos companheiros, não significa obrigação de manter relações sexuais comuns, na opinião da autora Maria Berenice Dias<sup>55</sup>, uma vez que não há como obrigar o adimplemento do *debitum conjugale*.

É mister a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa- dano, culpa e nexo de causalidade-, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia. Na relação conjugal, o princípio da igualdade juntamente com o princípio da liberdade se sobrepõem ao vínculo da solidariedade familiar, garantindo a ausência de reparação por não haver propriamente dano moral indenizável<sup>56</sup>.

Os danos acarretados pelo descumprimento do dever conjugal, segundo Inácio de Carvalho Neto:<sup>57</sup>

derivam dos fatos constitutivos das causas do rompimento matrimonial, ou seja, da violação do dever conjugal, razão pela qual são denominados ‘imediatos’, que podem ter natureza moral ou material.[...] danos morais imediatos são aqueles que atingem a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento [...]. Tais situações ou atitudes do cônjuge podem acarretar ao consorte, concomitan-

<sup>55</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 103.

<sup>56</sup> DIAS, op. cit., p. 103-104.

<sup>57</sup> CARVALHO NETO, op cit., p. 249.

temente, danos morais ou patrimoniais [...].

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos,<sup>58</sup> em decorrência do descumprimento do dever de fidelidade, por adultério ou pela prática de ato que demonstre a satisfação do instinto sexual fora do tálamo, pode ocorrer o dano moral, que atinge a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento.

## 7.2 DAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA CULPA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A culpa, compreendida como a quebra intencional dos deveres matrimonialmente impostos (art. 1.566 CC), nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias:

sempre atribuiu àquele que descumpre tais obrigações amorosas (se é que existem!) conseqüências consistentes na perda de determinados direitos e imposição de determinadas sanções de índole processual e civil.<sup>59</sup>

Segundo Cristiano Chaves de Farias<sup>60</sup>,

a história relata curiosas passagens relacionadas ao elemento anímico, como necessário à ruptura do vínculo matrimonial. No código de Manu, a mulher que se mostrasse estéril, depois de oito anos de casada, era repudiável, bem como aquelas que, durante onze anos, somente geram filhas. No direito mosaico, a dissolução submetia-se simplesmente à vontade do marido. Entretanto, provado o adultério da mulher, o repúdio tornava-se dever jurídico e religioso, sendo constrangido o marido a defender sua dignidade. Já no Código de Justiniano, a mulher adúltera era açoitada e encerrada num mosteiro, aguardando o prazo de dois anos para que o marido a reclamasse. Não fazendo no referido lapso temporal, aplicava-se-lhe uma surra pública, devolvendo-a à sociedade. As ordenações Filipinas [...] traziam passagem singular, permitindo ao homem casado que encontrasse sua mulher em adultério matar a ela e ao adúltero, “salvo se o marido fosse peão e o adúltero fidalgo ou nosso Desembargador ou pessoa de maior qualidade”. E mais, se o marido enganado fosse leve, morno, na imputação da pena imputa-

<sup>58</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na separação e no divórcio**. São Paulo, SP: Saraiva, 1999. p. 153.

<sup>59</sup> FARIAS, op. cit., p. 194.

<sup>60</sup>Idem, p. 194-195.

da à esposa adúltera, seriam “ele (o marido) e ela açoutados em senhas, capelas de cornos e degradados para o Brasil e o adúltero seria degradado para sempre para a África, sem embargo de o marido lhes querer perdoar”.

Para Henry Petry Junior<sup>61</sup>, culpa, hodiernamente, não exerce qualquer influência no que diz respeito com a guarda dos filhos e visitas, nem mesmo a questão patrimonial, diferentemente do que ocorria em legislações anteriores. A guarda e as visitas serão determinadas de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e/ou adolescente (arts. 1.583 a 1.590 CC). Em face da independência entre a culpa e as deliberações acerca dos filhos, mesmo o considerado culpado pela falência da sociedade conjugal poderá vir a ser o guardião<sup>62</sup>, e, se não for o guardião, nem mesmo na forma compartilhada, certamente terá reconhecido o direito-dever de visitação. Em relação ao patrimônio, aplicam-se as regras pertinentes ao regime matrimonial de bens.

Quanto ao nome, o art. 1.565, §1º do CC<sup>63</sup> permitiu que qualquer dos cônjuges acrescentasse ao seu o sobrenome do outro, ocorrendo a perda do direito ao uso do nome do outro cônjuge quando o interessado for declarado culpado na ação de separação judicial. Porém, não basta o simples reconhecimento de culpa. É necessário que primeiro haja pedido nesse sentido pelo cônjuge inocente. Além, o juiz deverá examinar as hipóteses dos três incisos do artigo, questões que dependem de provas, e deverão ser convertidas em ação de separação. Assim, o cônjuge, embora culpado pela separação, somente perderá o direito ao nome quando isto não lhe acarretar prejuízo.<sup>64</sup>

Quanto à guarda dos filhos, a regra está estabelecida no art. 1.584 CC<sup>65</sup>, aplicando-se tal norma também no desfazimento da união estável e do concubinato. Diferentemente ocorria na Lei do Divórcio onde, em caso de separação litigiosa, o art. 10 dispunha que quando a separação decorresse de pedido que imputa conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento (art. 5º, Lei 6.515/77), os filhos ficariam com o cônjuge que a ela não tivesse dado causa.<sup>66</sup>

Conforme entendimento de Silvio de Salva Venosa<sup>67</sup>, somente em situações

<sup>61</sup> PETRY JUNIOR, op. cit., p. 120.

<sup>62</sup> Diversamente ocorria na Lei n. 6.515/77, que estabelecia, em seu art. 10, que a guarda seria deferida a quem não houvesse dado causa à separação culposa.

<sup>63</sup> Art. 1565 CC: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. §1º: Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu sobrenome o do outro”.

<sup>64</sup> VENOSA, op. cit., p. 223.

<sup>65</sup> Art. 1.584 CC: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

<sup>66</sup> VENOSA, op. cit., p. 248-250.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 250-151.

excepcionalíssimas o menor de tenra idade pode ser afastado da mãe, a qual, por natureza, deve cuidar da criança e, em situações de exceção, a guarda do menor poderá ser deferida a terceiros, quando o juiz concluir que o menor não deve ficar nem com o pai e nem com a mãe.<sup>68</sup> Em outros momentos, o melhor interesse do menor leva os tribunais a propor a guarda compartilhada ou conjunta<sup>69</sup>.

Por fim, quanto à indenização (moral e material) por grave descumprimento de dever conjugal, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Aqueles que defendem a possibilidade de reparação afirmam que o casamento não pode significar uma amarra, também não pode, de outro, tornar-se hermético a ponto que os atos graves praticados em função dele não possam ser enquadrados no art. 186 CC<sup>70</sup>. Assim, será possível proteger o mais fraco, em homenagem ao princípio da dignidade humana.

Os que adotam posição contrária à indenização no âmbito da separação, dizem que a culpa não mais integra o direito de família e que, quanto às situações que poderiam levar ao ressarcimento, são quase todas caracterizadas de ilícito penal, e que por isso podem ensejar algum tipo de indenização, por constituírem uma infração penal. Portanto, o que não se tolera é discutir eventual indenização por dano moral em sede de separação, sendo possível em outra seara<sup>71</sup>.

Há que se lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a concepção institucionalista sobre a natureza jurídica do casamento e, segundo essa doutrina, o casamento, por sua importância e fins que encerra, eleva-se a status de instituição social, alçando os cônjuges à condição de um verdadeiro estado matrimonial. Constitui-se em união físico-espiritual voltada para a realização afetiva do ser humano, no campo individual e no núcleo familiar. A concepção institucionalista não se harmoniza com a indenização por culpa, ao contrário do que ocorre com a concepção contratualista, originária do direito canônico, onde o casamento é um contrato civil, regido por normas comuns aos contratos, tendo a culpa como uma de suas características, compatível com a noção de inadimplemento. Assim, a indenização seria mais adequada se o Brasil tivesse adotado a concepção con-

---

<sup>68</sup> Estatuto da criança e do adolescente (Lei n. 8.069/90).

<sup>69</sup> **Enunciado 335:** A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

**Enunciado 337:** Art. 1.588 CC: O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos no leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.

Enunciados aprovados na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal em Brasília, em 2007, sob a organização do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.

<sup>70</sup> Art. 186 CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

<sup>71</sup> PETRY JUNIOR, op. cit., p. 127-128.

tratualista.<sup>72</sup>

## **8 O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE/PRIVACIDADE E O DEVER DE FIDELIDADE**

Os direitos fundamentais têm a mesma característica normativa dos princípios<sup>73</sup>. A doutrina equipara os direitos fundamentais aos princípios e, em casos de colisão entre direitos e deveres fundamentais em um caso concreto, deve-se usar o critério da ponderação e da proporcionalidade para solucionar a colisão. Dessa forma, segundo Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>74</sup> “ao analisar o campo de delimitação de cada direito/dever fundamental em jogo, bem como o âmbito fático que o circunda, é possível decidir qual deles deve ser aplicada e em que medida, de modo a preservar o interesse mais relevante presente naquela determinada circunstância” (grifo nosso).

Segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>75</sup>,

quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia constitucional com sua finalidade recíproca.

No Direito de Família, a “invasão” na esfera íntima do cônjuge que julga seu parceiro estar descumprindo deveres matrimoniais, em especial o dever de fidelidade, consagrado e posto em obediência com o ato da celebração válida do matrimônio, onde firmou-se compromisso diante de um contrato, é um tanto tormentosa.

O Código Civil de 2002 eliminou a palavra fidelidade, substituindo-a por lealdade. Rodrigo da Cunha Pereira<sup>76</sup> entende que “fidelidade é uma espécie de lealdade”, e impõem-se como dever dos companheiros. A lealdade está intrinsecamente

---

<sup>72</sup>Idem, p. 129.

<sup>73</sup> Princípio: princípios são normas jurídicas de conteúdo aberto, fluido, que se constituem em diretrizes de comportamento. Sua interpretação deve estar em perfeita consonância com os valores da época, uma vez que não constituem normas de perfeita adequação ao fato, ou seja, que se adequam ao esquema puro e simples da subsunção. TEIXEIRA, op. cit., p. 63-64.

<sup>74</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 193-194.

<sup>75</sup> VENOSA, op. cit., p. 61.

<sup>76</sup> PEREIRA, op. cit., p. 31.

atrelada ao respeito, consideração ao companheiro e, principalmente, ao animus da preservação da relação marital.

Sabe-se que a fidelidade é uma norma legal que decorre do princípio do direito de família (monogamia) e o direito à intimidade é princípio constitucional, consagrado no art. 5º, X da CF, que propala a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem da pessoa, assegurando o correlato direito à indenização por dano moral ou material decorrente da violação de tais bens jurídicos.<sup>77</sup> Nos dizeres de José Adércio Leite Sampaio:

A intimidade e a vida privada significam um espaço pessoal, em que não se admitem interferência ou intromissão externas, uma região ideal em torno da pessoa, própria para seus pensamentos e atuações, isoladamente ou meio aos outros. [...] intimidade e vida privada são sinônimos de autonomia [...], direito de cada um viver a própria vida, a determinar o modo ou estilo de viver, a ordenar a própria existência como desejar ou aprouver<sup>78</sup>.

No âmbito das relações familiares, “deve-se buscar a tutela da intimidade da pessoa inserida no grupo familiar e da família propriamente dita, como célula da sociedade”.<sup>79</sup> O Enunciado transcrito abaixo ilustra tal posicionamento:

A intimidade da vida familiar, ou seja, a relação de intimidade decorrente dos vínculos parentais e afetivos existentes entre indivíduos de uma mesma família, uns em relação aos outros, não implica renúncia ao direito fundamental de tutela e proteção da vida privada. [...] direito à privacidade e à intimidade deve ser preservado nas relações entre os cônjuges ou companheiros, pois o casamento ou a união estável não têm o condão de outorgar aos seus participantes autorização para invadir a privacidade ou a intimidade do parceiro<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 195.

<sup>78</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 242.

<sup>79</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 198.

<sup>80</sup> Enunciado aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal em Brasília, em 2007, sob a organização do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Autor: Mário Luiz Delgado Régis, professor e membro do CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, p. 87-90.

**Enunciado:** O direito à intimidade e à privacidade deve ser assegurado no seio da família, quer na relação paterno-filial, quer na relação entre cônjuges ou companheiros. Os vínculos parentais e afetivos recíprocos entre pais e filhos ou entre os cônjuges ou companheiros não implicam renúncia ao direito fundamental de tutela e proteção da vida privada.

Tutela-se, por um lado, um direito à personalidade, particularmente o direito à intimidade e privacidade. A gravação da conversa de um dos cônjuges ou a filmagem, em caso de adultério, por exemplo, atingiria e feriria o seu direito de personalidade<sup>81</sup>. Por outro lado, o cônjuge inocente tem todo o direito de fazer valer os direitos e deveres matrimoniais, buscando as formas possíveis de se averiguar o cumprimento das obrigações conjugais, uma vez que tais direitos e deveres dizem respeito ao casal, e não ao cônjuge individualmente. Instaurado está o conflito. Qual a solução para a colisão destas regras, já que os princípios são os pilares de toda uma normatização? Existiria hierarquia entre princípios e regras legais<sup>82</sup>?

Na concepção de Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>83</sup>, no que tange à privacidade entre os indivíduos de uma mesma família, de forma geral e não especificamente em relação aos cônjuges, é a de que não há uma autorização implícita ao acesso irrestrito à privacidade, pelo simples fato de pertencerem à mesma unidade familiar, independe da intimidade mútua, da solidariedade familiar, da comunhão recíproca e da confiança recíproca. Explica que, antes de constituírem uma família, são pessoas e, como tal, têm direito de ser respeitadas na sua individualidade e integridade. “A violação da intimidade não é permitida em função da proximidade, da vida em comum, sob pena de anulação da própria personalidade”. Segundo Pietro Perlingieri: “Não existe nenhum direito ao conhecimento da correspondência do cônjuge, nem mesmo para fins de controle do dever de fidelidade – controle que, além de tudo, seria lesivo à dignidade pessoal- [...]”<sup>84</sup>.

Na opinião de Cláudio Luiz Bueno de Godoy<sup>85</sup>, tanto em relação aos cônjuges como aos companheiros – reconhecido a ambos uma esfera de privacidade nos arts. 1.511 e 1.723, parte final do CC- não se pode levar ao extremo de se aceitar que a cada qual dos parceiros não se admita uma esfera pessoal indevassável. Ou seja, não se nega aos cônjuges seja inviável deferir a possibilidade de irrestrita interferência nos múltiplos aspectos que a privacidade do outro abrange. Afirma, ainda, que “não é de se admitir que o cônjuge perca, pelo casamento, ou o companheiro, pela união estável, a completa deliberação sobre suas escolhas pessoais ou o controle das informações que lhe digam respeito, dados [...] que integram o

<sup>81</sup> ISHIDA, op. cit., p. 60.

<sup>82</sup> [...] normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios tem maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. (O começo da história. Nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. BARROSO, 2003 apud TEIXEIRA, op. cit., p. 63-64).

<sup>83</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 198-199.

<sup>84</sup> PERLINGIERI, Pietro, 2002, p. 185-186 apud TEIXEIRA, op. cit., p. 201.

<sup>85</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O direito à privacidade nas relações familiares. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). **Direito à Privacidade**. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005. p. 132-133.

conceito amplo de privacidade”.

Cabe aqui salientar que o indivíduo faz parte daquela família porque nasceu no seio da mesma, ou foi nela introduzido.

Fundamental, portanto, a “invasão”, em determinados casos, na esfera da intimidade/privacidade do cônjuge, para preservar a unidade familiar, os valores de uma família e, conseqüentemente, o crescimento do discernimento, a educação dos filhos na mesma base de princípios e valores. Ora, se cada cônjuge se valer do direito à intimidade/privacidade assegurado constitucionalmente para fazer tudo aquilo que tem vontade, amparado na proteção constitucional, sem que ninguém possa interferir, restaria mitigado os deveres matrimoniais, de fidelidade por exemplo, pois se a intimidade é o “modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”<sup>86</sup>, não se pode usar dos direitos assegurados no ato do matrimônio, uma vez que a busca desta tutela violaria um direito constitucional. Segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

[...] homem e mulher, quando compartilham uma vida afetiva em comum, na formalidade do casamento, que lhe é inerente e lhe dá publicidade natural, ou na informalidade da união estável, submetem-se a uma gama de direitos e deveres recíprocos, corolário da comunhão a que se lançam, indutiva de uma necessária especificação da privacidade que lhes é reservada. E aí o ponto diferencial deste direito da personalidade, ou de sua extensão, quando examinado no desenvolvimento da relação familiar conjugal ou do companheirismo. [...] a privacidade envolve um conceito variável em função das circunstâncias do caso e condições das pessoas nele inseridas<sup>87</sup>.

Em sendo assim, muitas vezes, a supressão da intimidade/privacidade é salutar, pois visa um interesse maior, à edificação de alguns conceitos e valores. Ainda, especificamente em relação ao assunto abordado, o que se discute é a existência da quebra de específico dever conjugal, como é o caso da infidelidade.

## **9 CONCLUSÃO**

No contexto atual, verifica-se que o casamento está intimamente relacionado à formação de uma família, à afetividade e felicidade conjugal, à colaboração mútua, física e espiritual. Diferentemente do sentido dado ao casamento em tempos

<sup>86</sup> CUPIS, 1961 apud TEIXEIRA, op. cit., p. 196.

<sup>87</sup> GODOY, op. cit., p. 133.

passados, onde a procriação era a essência do casamento, e que visava a legitimação da filiação e a sucessão patrimonial. Pode-se dizer que, modernamente, se não há laços de amor e de afeto, não há casamento que se mantenha fortalecido, nem mesmo família que permaneça unida.

Os direitos da personalidade, dentre os quais o direito à privacidade e à intimidade, são direitos relativos, sujeitos ao princípio da proporcionalidade e, assim, objeto de necessária ponderação, quando confrontados com direitos outros, interesses ou valores igualmente relevantes, para solução real da antinomia que a respeito se instaure.

A intimidade da pessoa é a realidade que mais importa ao Estado cuidar, especialmente ao Direito pois este, como todas as ciências humanas, sabe perfeitamente que da boa qualidade da intimidade de seus cidadãos dependem a dignidade pessoal, o bem comum e, em geral, o bem-estar de todos, daí a necessidade de se cuidar da família.

A infidelidade significa o inadimplemento do estabelecido no Código Civil, mais especificamente no art. 1.566, inciso I, aceito pela sociedade como padrão de comportamento moralmente e socialmente incorreto, ainda, violação ao pactuado pelos cônjuges na ocasião do casamento.

Fundamental, portanto, a “invasão”, em determinados casos, na esfera da intimidade/privacidade do cônjuge culpado, para preservar a unidade familiar, os valores de uma família e, conseqüentemente, o crescimento do discernimento, a educação dos filhos na mesma base de princípios e valores.

Discutir a legitimidade da suposta violação aos direitos personalíssimos, dentro de uma relação íntima e privada, não é tarefa fácil. Existe evidente conflito entre o direito à intimidade/privacidade e o dever de fidelidade onde, dependendo do caso concreto, apenas um deles deverá permanecer, para que se resguarde o direito àquele que possui a razão, no caso em concreto. Ao magistrado caberá, na solução destes conflitos, aplicar o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta os valores sociais daquela época e lugar do conflito, para decidir com justiça qual direito deverá prevalecer.

## REFERÊNCIAS

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Filosofia do Direito**: interpretação antropológica. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1996.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CARVALHO NETO, Inacio de. Reparação civil na separação litigiosa culposa. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2004.

GIORDANO, Nicola. **A família, ícone da Trindade**. São Paulo, SP: Paulinas, 1999.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O direito à privacidade nas relações familiares. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). **Direito à Privacidade**. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005.

ISHIDA, Válder Kenji. **Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial – De acordo com o novo Código Civil**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003. p. 57-58.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. p. 120-121.

MATEOS GARCÍA, Angeles. **A teoria dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico**. Tradução de Talia Bugel. São Paulo, SP: Saraiva, 1999. p. 14-15.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparações**. 3. ed. Porto Alegre, RS: Sagra Luzzatto, 1997, p.65.

OLIVEIRA, Basilio de. **Concubinato**: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1997. p. 27.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2004. p. 85.

PETRY JUNIOR, Henry. **Separação com causa culposa: uma leitura à luz da hermenêutica constitucional.** Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2007. p. 62.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998. p. 321.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na separação e no divórcio.** São Paulo, SP: Saraiva, 1999. p. 153.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade.** São Paulo, SP: Manole, 2002. p. 29.

SOUZA, Sonia Maria Ribeiro de. **Um outro olhar: filosofia.** São Paulo, SP: FTD, 1995. p. 179.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005. p. 62.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** Tradução de João Dell'Anna. 27. ed. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2005. p. 149-150.

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito Civil.** Direito de Família. 4. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2004. v. 6. p. 243.

*Recebido em: 21 Setembro 2009*

*Aceito em: 17 Outubro 2009*