

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS EM DECORRÊNCIA DE INFIDELIDADE VIRTUAL

*Marli Aparecida Saragioto Pialarissi**

*Wanderlei de Paula Barreto***

SUMÁRIO: *1.Introdução; 2.A infidelidade, a mais infamante das causas separatórias; 3.A infidelidade virtual, o paraíso dos infiéis; 4.Argumentos contrários à indenização do ato culposo; 5.Os danos derivados do descumprimento do dever de fidelidade e a responsabilidade civil por danos morais; 6.A imputação da culpa no novo Código Civil; 7.Conclusões; 8.Referências.*

RESUMO: A questão fundamental a ser tratada no presente estudo diz respeito ao dever do cônjuge culpado pela separação judicial litigiosa de reparar os danos morais causados ao outro pelo seu ato culposo, no caso específico da infidelidade virtual, bem como demonstrar a necessidade de revisão de conceitos milenares do Direito e da criação de novos conceitos e definições de fatos anteriormente não previstos, cujo objetivo é buscar proteção no direito de família, bem como nos direitos da personalidade, e, conseqüentemente, positivar tais soluções, haja vista a evolução social e tecnológica ocorrida nos últimos anos.

PALAVRAS-CHAVE: Danos morais; Culpa; Separação litigiosa; Direitos da personalidade.

CIVIL LIABILITY FOR MORAL DAMAGES AS CONSEQUENCE OF VIRTUAL INFIDELITY

ABSTRACT: The fundamental question to be seen on the present study is about the duty of the culprit spouse for litigious judicial separation to repair the moral damages caused to the other by his/her guilty act, in the specific case of a virtual infidelity, as well as to demonstrate the necessity of review of millenarian Law

*Advogada do Núcleo de Prática Jurídica do CESUMAR - Centro Universitário de Maringá; Mestranda em Ciências Jurídicas do CESUMAR - Centro Universitário de Maringá.

**Pós Doutor em Direito Civil pela Universidade Heidelberg e Max Plank Institut, Alemanha; Doutor em Direito Civil pela Universidade Ebrhard-Karls, Alemanha; Docente do curso de Mestrado em Direito e coordenador do Grupo de Pesquisa de Direitos da Personalidade do CESUMAR - Centro Universitário de Maringá. E-mail: advwpbar@wnet.com.br.

concepts and the creation of new concepts and definitions of facts, previously, not foreseen. Thus, the aim is at searching protection in the family law, as well as on personality rights and, consequently, positive solutions we can see within the social and technological evolution occurred on latest years.

KEYWORDS: moral damage; guilt; litigious separation; personality rights.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MORALES EN DECURSO DE LA INFIDELIDAD VIRTUAL

RESUMEN: la cuestión fundamental a ser tratada en este presente estudio dice respecto al deber del cónyuge culpado por la separación judicial litigiosa de reparar daños morales causados al otro por su acto culposo, en caso específico de la infidelidad virtual, bien como demostrar la necesidad de revisión de los conceptos milenares del derecho y de la creación de nuevos conceptos y definiciones de hechos anteriormente no previstos, cuyo objetivo es buscar la protección del derecho de la familia, bien como en los derechos de la personalidad, y, consecuentemente, positivar tales soluciones, teniendo en cuenta la evolución social y tecnológica ocurrida en los últimos años.

PALAVRAS-CLAVE: Daños morales; Culpa; separación litigiosa; Derechos de personalidad.

INTRODUÇÃO

O padrão social da monogamia, influenciada pelos preceitos éticos morais, foi adotado pela comunidade ocidental e, em decorrência, a fidelidade, pressuposto básico da monogamia surge como um valor e um dever.

O avanço tecnológico alcançado pela humanidade, a partir da segunda metade do século passado, a par dos vastos conhecimentos em todas as áreas do saber, trouxeram para a sociedade, especialmente para o direito de família, problemas jamais imaginados, dadas as peculiaridades próprias de certas práticas, como a infidelidade virtual, uma conduta recente, que não se adapta aos padrões éticos e morais impostos pela sociedade e, ao mesmo tempo, tampouco se enquadra, de forma definida e satisfatória, a qualquer das figuras ilícitas previstas na legislação relativa ao direito de família.

Em que pese à indefinição quanto ao instituto, se é conduta desonrosa ou infidelidade, propriamente dita, como uma espécie do

gênero adultério, o fato é que essa prática cresce, assustadoramente, devastando os relacionamentos, nas famílias e, principalmente no cônjuge, que, uma vez vítima dessa espécie de traição, tem sua moral, honra e dignidade atingidas de forma brutal, cabendo ao Direito regular essa nova modalidade de infidelidade, oferecendo aos litigantes envolvidos soluções adequadas e justas.

Evidencia-se, portanto, que se quanto ao enquadramento jurídico ocorrem polêmicas doutrinárias, as conseqüências decorrentes se assemelham às de outros institutos, como é o caso do dano moral, e, assim sendo, é natural que se dê a essa nova prática a mesma solução desses já conhecidos institutos, posto que os prejuízos ocasionados são, como já dito, semelhantes, variando apenas de acordo com o caso concreto e algumas peculiaridades de cada espécie de casamento.

2. A INFIDELIDADE, A MAIS INFAMANTE DAS CAUSAS SEPARATÓRIAS

Não há como se falar em infidelidade sem se falar antes em monogamia como um modo de organização da família conjugal.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.¹

O avesso da monogamia não significa, necessariamente, a promiscuidade, mas está intimamente relacionada com a traição e a infidelidade.

A palavra poligamia tem origem grega e significa a união de uma pessoa com muitos cônjuges, ao mesmo tempo. Dessa forma, poligamia é o gênero que comporta duas espécies: a poligamia, um homem vivendo com várias mulheres; e a poliandria, pluralidade de maridos, sendo menos comum a sua ocorrência.

Seguindo essa ordem de idéias, tem-se que a fidelidade seria, então, uma forma de se garantir o sistema monogâmico, além de que a fidelidade pode ser entendida como uma condenação moral pela infração ao pacto social do casamento.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado). Universidade federal do Paraná– UFP. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2007, p. 76.

Não há cultura sem que haja, de alguma forma, proibição ao desejo, sendo o Direito o controle dessa proibição, que está presente na origem de toda e qualquer sociedade, variando apenas de acordo com a organização parental de cada uma dessas culturas, podendo esta se referir a pais e filhos: em outra, já pode ser entre irmãos, tios, etc, mas sempre existe uma imposição proibitiva ao desejo. A primeira dessas proibições é a do incesto.

Até mesmo nos países cuja cultura possibilita a poligamia, existe uma proibição em relação ao número de parceiros, ou seja, não é permitido ter mais que três esposas. O impedimento ao desejo é sempre uma variação em torno do mesmo tema. Jaques Lacan afirma que, desde a origem, existem proibições e leis.²

E é exatamente em razão dessas proibições que foi possível a formação de uma família estruturada e organizada, do contrário o caos ter-se-ia instalado, e se viveria, ainda, como nos primórdios, quando não se sabia quem, de fato, era o pai, haja vista a variedade de parceiros.

Os dez mandamentos de Deus já traziam proibições relacionadas à fidelidade: “Não cobiçar a mulher do próximo”. A proibição é decorrente do desejo. Freud, em “Totem e Tabu”, afirma, com sua sabedoria costumeira, que: “afinal de contas não há necessidade de proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com maior ênfase deve ser algo que é desejado”³.

Dessa forma, o desejo contrapõe-se à lei jurídica, pelo menos algumas formas de desejo, que não aquelas decorrentes das relações que encontram respaldo legal.

Para algumas pessoas, a fidelidade é algo natural, um pressuposto natural de respeito, não sendo necessário tratá-la como um dever e proibi-la. Já, para outras pessoas, a infidelidade é que é natural, e, por isso, a imposição legal de dever e, conseqüentemente, a proibição de se extrapolar o que foi socialmente convencionado como padrão de comportamento. E assim, a fidelidade torna-se interesse do Estado, como forma de proteção à entidade familiar.

Decorre dessa proteção estatal o seguinte questionamento: não seria natural que o casal decidisse pelas regras que regerão o seu casamento, uma vez que lhes é permitido fazer outras escolhas, como o regime de bens, por exemplo?

Bem, se essa relação extraconjugal ocorre só uma ou duas vezes, fica restrita ao âmbito particular, cabendo somente aos cônjuges deliberarem sobre as conseqüências dela; porém, se essa relação assume o contorno de uma relação extraconjugal, com a constituição de uma nova família, contrariando o regime monogâmico, passa então a ser de interesse do Estado, embora ainda se exija a iniciativa das partes para uma

² LACAN, Jaques, 1990 apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado). Universidade federal do Paraná – UFP. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2007.

³ FREUD, Sigmundo. Totem e tabu. In: FREUD, Sigmundo. **Obras psicológicas completas**. Tradução de Orizon Carneiro Muniz. v. 13, Rio de Janeiro: Imago, 1995; FREUD, Sigmundo, 1995 apud PEREIRA, *op. cit.*, p.79.

suposta busca judicial de providências. Mas, com relação à escolha pelos cônjuges das regras para regerem o casamento, não é, pelo menos em princípio, possível, sendo permitido apenas que os mesmos renunciem ao do seu direito de estabelecer a culpa do seu consorte, em caso de violação dos deveres legalmente impostos ao casamento.

A infidelidade é capaz de despertar os sentimentos mais diferentes nas pessoas; há aqueles que relativizam, condenam, são complacentes, têm medo, ignoram, consideram normal quando o infiel é o homem, etc.

Entretanto, a par do sentimento de culpa que a infidelidade traz para algumas pessoas, esta encontra respaldo legal em uma regra jurídica, segundo a qual se constitui ela como um dos deveres do casamento. É, exatamente, o que a maioria dos Códigos ocidentais estabelecem:

– Código Civil argentino – Art. 198. “*Los esposos se deben mutuamente fidelidad, assistência y alimentos*”.

– Código Civil português – Art. 1.672. “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”.

– Código Civil francês – art. 212. “*Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance*”.

– Código Civil espanhol – Art. 68. “*Los cônjuges están obligados a vivir juntos, guardar-se fidelidad y socorrerse mutuamente*”.

– Código Civil brasileiro – Art. 1.566. “São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca”.⁴

O Código Civil de 2002 repetiu o artigo 231 do Código de 1916, mas acrescentou o inciso V – respeito e consideração mútuos.

A fidelidade é, portanto, regra legal de comportamento e, assim sendo, a sua infração pressupõe a falta de respeito e de consideração, justifica o pedido de separação judicial, atribuindo a culpa da separação ao cônjuge infrator, em que pese doutrina e jurisprudência, seguindo uma tendência de outros ordenamentos, ter em iniciado um processo visível de mitigação da culpa como causa da separação, afirmando alguns doutrinadores que o desamor seria causa suficiente para justificar a separação, por trazer menores prejuízos emocionais aos envolvidos.

Maria Berenice Dias, quando aborda o assunto, enfatiza que:

Mesmo sendo indicada na lei como requisito obrigacional a manutenção da fidelidade, trata-se de direito cujo adimplemento não pode ser exigido em juízo. Ou seja, desatendendo um do par o

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado). Universidade federal do Paraná–UFP. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1_Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2007, p. 82.

dever de fidelidade, não se tem notícia de ter sido proposta, na constância do casamento, demanda que busque o cumprimento de tal dever. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Ademais, se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal, seria de admitir-se que deixou de existir e de se poder exigir a fidelidade, quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Deixaria de haver a possibilidade de se buscar a separação se não estabelecido em lei esse direito dever ou dever-direito dos consortes?⁵

Como já dito, anteriormente, o descumprimento do dever de fidelidade pode dar causa à separação, aliás, como os demais deveres dos cônjuges constantes no rol do artigo 1.566 do Código Civil. Porém, não se tem notícias, salvo melhor entendimento, de que alguém tenha ajuizado ação para requerer o cumprimento não só da fidelidade, mas de quaisquer outros deveres dos cônjuges, por ser esse requerimento absolutamente inviável. Mas, este não configura o motivo pelo qual a fidelidade deixaria de ter mais ou menos importância. O ingresso de tal ação em juízo, exigindo o cumprimento da obrigação, é por demais despropositado e não serve, com todo respeito, de argumento contrário à desnecessidade de previsão legal da infidelidade como motivo capaz de justificar a separação litigiosa.

Do ponto de vista jurídico, a fidelidade deve ser recíproca, ainda mais com o advento da Constituição de 1988, que estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher. Embora, juridicamente, homens e mulheres sejam iguais, a ciência demonstra, de forma comprovada, que homens e mulheres possuem diferenças físicas importantes, e que estas acarretariam diferentes formas de sentir.

Assim sendo, não seria inconveniente afirmar que homens e mulheres se apresentam, de maneira diferente, diante da fidelidade e, conseqüentemente, da infidelidade.

A esse respeito escreve Capelo de Souza: “o próprio princípio da igualdade implica um tratamento igual daquilo que é igual e um tratamento desigual daquilo que é desigual”⁶.

Dessa premissa depreende-se que, a par da igualdade legal, existem desigualdades, pseudo-diferenças entre o homem e a mulher que são, por vezes, decorrentes da própria natureza, diferenças não só relativas ao sexo como também como seres irrepetíveis que são. Decorre daí que, por vezes, merecerão tratamento jurídico

⁵ DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. *Revista AJURIS*, n. 85, T. I, mar. 2002, p. 477-479.

⁶ SOUZA, Capelo de Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p.177.

autônomo e específico⁷, o que significa que constituam bens jurídicos suscetíveis de avaliação própria no âmbito dos direitos da personalidade.

Ademais, o peso que a sociedade estabelece para a infidelidade do homem e a da mulher é bastante diferente, sendo que, até há bem pouco tempo, ser infiel para o homem era quase que um sinônimo de masculinidade, virilidade, ao passo que para a mulher sobrava a fama de desonesta. Em alguns países muçulmanos, por exemplo, a Nigéria, a infidelidade é causa de morte por apedrejamento, enquanto que para o homem basta dizer que o fato (a infidelidade) não ocorreu e a sua palavra é tida como verdade absoluta⁸.

Espera-se que com o passar do tempo, e na medida em que a desigualdade de gênero diminua e as leis estabeleçam a igualdade, de forma efetiva, essas diferenças de regras de fidelidade e das inafastáveis conseqüências da infidelidade diminuam.

Dessa forma, não resta dúvida de que a fidelidade é o que dá sustentação ao sistema monogâmico, justificando a sua inserção como obrigação para decorrente do casamento para os cônjuges.

3. A INFIDELIDADE VIRTUAL, O PARAÍSO DOS INFIÉIS

Antes de se adentrar ao tema, é necessário relembrar-se de alguns conceitos e distinções entre o que é adultério, infidelidade, injúria grave, conduta desonrosa, respeito e consideração mútuos e infidelidade virtual.

O adultério, figura penal, deixou de existir (Lei nº 11.106/2005); porém, o adultério civil, gênero do qual a infidelidade é espécie, continua sendo causa a justificar a separação, desde que torne insuportável o convívio. O adultério constitui-se na pior forma de violação do dever de lealdade no casamento, sendo requisito para a sua configuração a inequívoca ocorrência de conjunção carnal. Essa sem dúvida, é uma prova nada fácil de ser produzida.

A infidelidade é uma espécie do gênero adultério, dispensando, porém, para sua caracterização, a conjunção carnal.

A infidelidade virtual, ou infidelidade moral, chamada por muitos de infidelidade emocional, é aquela que ocorre por meio do computador. Nesse caso, os parceiros trocam *e-mails*, ou conversam pelo *msn* ou qualquer outro mecanismo dentre os

⁷ “Trata-se, pois, não de exceções ao princípio da igualdade entre homem e mulher, mas de regimes especiais em função de características particulares”. SOUZA, *op. cit.*, p.177.

⁸ Safiya Hussaine Tungar vive num vilarejo ao norte da Nigéria (Tungar), região em que o Islã aplica a sua lei de modo demasiadamente arcaico e cruel. Segundo a Sharia, a lei Islâmica, as mulheres que tem filhos fora do casamento são condenadas ao apedrejamento. Safiya foi uma delas, condenada pela Suprema Corte da Sharia de Cwadabawa por crime presumido de adultério (zina). O veredito foi pronunciado em 9 de outubro de 2001. Safiya escapou da morte porque felizmente seu caso teve repercussão mundial, tornado-se um símbolo entre o poder central cristão, animista, e a poderosa autoridade muçulmana. MASTO, Raffaele. **Eu Safiya**: a história da nigeriana que sensibilizou o mundo. Tradução de Marcos Malvezzi Leal e Sabino Ferreira Affonso. Campinas: Versus, 2004. p. 169.

inúmeros colocados à disposição pela internet aos interessados, mas não têm, a princípio, contato físico. Porém, utilizando-se de mecanismos como a *webcam* e o *genital drive*, fazem sexo e sentem prazer. Eis o elo perdido entre o adultério e a infidelidade.

A injúria grave consiste na ofensa dirigida por um dos cônjuges ao outro. São atingidas a honra, a dignidade, a boa fama, e a própria personalidade do cônjuge. Acrescentam-se as sevícias, que são os maus tratos corporais, desde que intencionais. “A sua prática configura infração à integridade física do outro cônjuge, com a negação do dever de mútua assistência e socorro”⁹.

A sevícia é, na verdade, a mais grave das injúrias compreendidas no gênero, que se traduz em ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, representados por atos, como os maus tratos, a grosseria material continuada e a ofensa física (05.03.1970, RT 417/138 e RJTJSP 14/190).

Conduta desonrosa é de difícil configuração, por ser expressão indeterminada e nada objetiva¹⁰, caracteriza-se por um comportamento ofensivo à honra do outro cônjuge; porém, a lei não conceitua o que vem a ser conduta desonrosa, cabendo aos tribunais, diante de cada caso em concreto, verificar se a imputação é correta, considerando alguns elementos, tais como o ambiente familiar, a sensibilidade e o grau de educação do cônjuge.

Na lição de Cahali:

Configura um ato ou comportamento imoral, ilícito ou anti-social de um dos cônjuges que, infringindo os deveres implícitos do matrimônio, provoca no outro cônjuge um estado ou situação de constrangimento, humilhação, desprestígio moral ou social, desconsideração no ambiente da família, do grupo ou da sociedade¹¹.

Respeito e consideração mútuos são aqueles deveres que abrangem o de sinceridade, o zelo pela honra e dignidade do cônjuge e da família, o de não expor, p. ex., o outro consorte, o de não levar a esposa a ambientes de baixa moral.

Segundo Maria Helena Diniz, a violação do dever de assistência e do respeito e consideração mútuos, constitui injúria grave, que pode dar origem à ação de separação judicial (CC. Art. 1.573, III)¹².

Da exposição dos conceitos desses deveres, verifica-se que são todos amplos e nada objetivos, necessitando, para sua configuração, no caso concreto, da interpretação do magistrado, que deverá levar em conta aspectos subjetivos referentes ao estilo de vida, educação, ambiente e circunstâncias de cada caso.

⁹ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 330.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. 22. ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 291. v. 5.

¹¹ CAHALI, *op. cit.*, p. 373.

¹² DINIZ, *op. cit.*, p. 133.

Isso deverá acontecer, também, na infidelidade virtual, uma vez que, para alguns, esse acontecimento pode desencadear dor e sofrimento e, para outros, não. São questões que deverão ser tratadas pelo magistrado, na fixação do dano moral, levando em conta, principalmente, as diversas espécies de casamentos.

Quando o assunto é sexo, as pessoas tendem a mentir, seja para se valorizar, seja para se proteger. Por isso, a internet afigura-se tão convidativa, pois, diante da fascinante possibilidade do anonimato (pseudônimos) e da multiplicidade de opções (*chats, e-mail, salas de bate-papo, etc*) emerge, então, a figura da infidelidade virtual, já denominada por muitos como “infidelidade branca” ou “infidelidade emocional”. E essa nova modalidade de infidelidade traz ao ordenamento jurídico-legal – como consequência da problemática que tem criado entre os casais – questionamentos e polêmicas envolvendo a busca de soluções para os problemas decorrentes dessa novidade, pois, tão velozes quanto os computadores, eles assumem grandes proporções, nas varas de família.

Para o filósofo Aaron Ben-Ze’ev, em seu livro *Love on line*,

a realidade cibernética terá como consequência uma modificação inevitável das formas sociais atuais, como casamento, sexo casual, namoro e infidelidade. Isso não significa que as relações on-line se tornarão a nova essência das experiências modernas, mas certamente trazem uma nova dimensão para essas experiências, que serão cada vez mais populares. Um dos grandes desafios da sociedade será o de aprender a integrar o ciberespaço e o espaço real no domínio romântico. Teremos de aprender a lidar com duas formas de relacionamentos românticos, o *on line* e o *off-line*¹³.

Depois de estudar o comportamento de usuários de salas de bate-papo, pesquisadores da Universidade da Flórida concluíram que o sexo *on-line* já é uma das maiores causas de divórcio nos Estados Unidos. “Uma longa relação pela internet, com troca diária de mensagens e fantasias sexuais, pode ser muito mais dolorida e humilhante do que uma ‘eventual pulada de cerca’”, comenta a advogada Regina Beatriz. As provas são os próprios *e-mails*. A lei obriga os provedores de acesso a deixar disponíveis as mensagens trocadas na rede. Para ter direito à indenização por danos morais, nem é preciso que a traição no computador tenha chegado à cama. “Já tive um cliente que quis processar a mulher por adultério virtual”, conta o advogado paulistano Alexandre Jean Daoun, “como ela ficava até de madrugada na *internet*, ele resolveu investigar. Descobriu que havia tempos ela conversava durante horas com um certo Touro Indomável”. O casal separou-se e a traição virtual foi motivo para fundamentar a sentença do juiz¹⁴.

¹³ ZE’EV, Aaron Bem, 2004 apud PEREIRA, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴ VEIGA, Aida. Paraíso dos Infiéis. **Revista Época**, São Paulo: Ed. Globo S.A, ed.283, 16 out. 2003. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG60691-6014-283,00.html>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

A dificuldade em se determinar com precisão, onde se enquadram, nos dispositivos acima mencionados, os relacionamentos virtuais (laços *afetivo – erótico*), que envolvam sexo ou não, decorre, exatamente da subjetividade da questão; contudo, entender um romance sem sexo parece difícil, mas qualquer pessoa que tenha passado pela infidelidade emocional não tem a menor dificuldade de identificá-la.

“Ela tem um potencial tão devastador para afetar uma união como se um dos cônjuges tivesse sido pêgo na cama com outra pessoa”, diz o Psiquiatra Ronaldo Pamplona Costa da Sociedade Brasileira de Estudos da Sexualidade humana¹⁵.

Por vezes, esses relacionamentos são duradouros e, segundo a revista Estadunidense *Psychology Today*, “estudos recentes indicam que em 60% dos casos um relacionamento virtual acaba materializando-se em conjunção carnal”¹⁶.

A questão apresenta-se da seguinte maneira: diante da infidelidade material, com conjunção carnal, as provas serão colhidas como de costume, fotos, vídeos etc. Mas, se a situação apresentada for a de infidelidade virtual, em que pese a proteção legal da fidelidade, como causa ensejadora da separação litigiosa, dada a insuportabilidade da vida em comum, a questão esbarra, de forma significativa, na produção da prova¹⁷, cujos efeitos são limitadores.

Depara-se, então, com os riscos que a tecnologia e seus avanços criam para os relacionamentos. No caso específico, por força do contido no art. 5º, XI e LVI, da CF, o entendimento é de que o cônjuge não pode, por livre iniciativa, invadir os arquivos do companheiro sem o consentimento deste, exceto se a conta de *e-mail* for comum, ou seja, conta de provedor compartilhada pelos cônjuges; nesse caso, a sua entrada estaria autorizada. Contudo, havendo senhas, resguardo, o ato de vasculhar a caixa postal implica violação desse segredo constitucionalmente protegido.

Em suma, não pode haver intromissão arbitrária na conta do cônjuge sem o consentimento deste.

Sobre o assunto, Cristiano Chaves de Faria¹⁸ pontifica que, hodiernamente, já se fala em adultério virtual, o que, sem dúvida, pode violar o respeito e a lealdade esperados, naturalmente, nas relações afetivas. De qualquer modo, a hipótese tem de respeitar a vedação ao uso da prova ilícita, garantida constitucionalmente (art.5º, X, LVI). São inadmitidas, portanto, as provas ilícitas para fazer prova das relações extraconjugais¹⁹.

¹⁵ TRAIÇÃO virtual. **Revista Veja**, Ed.Abril, ed. 1940. ano 39, n. 3., 25 jan. 2006, p. 80-81.

¹⁶ TRAIÇÃO virtual. **Revista Veja**, Ed.Abril, ed. 1940. ano 39, n. 3., 25 jan. 2006, p. 80-81.

¹⁷ Constituição Federal art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” e no mesmo artigo, inciso XII, estabelece que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 123.

¹⁹ “Separação judicial. Imputação de adultério à mulher estribada em interceptação telefônica clandestina, com gravação de fita cassete. Prova recusada pelo juiz em face da ilegalidade da forma de obtenção da

Porém, em se tratando de gravação telefônica, a qual é feita por um dos interlocutores, com autorização de um deles, ou por terceiro, o entendimento jurisprudencial tem sido outro²⁰, o que, por analogia, torna perfeitamente possível a interceptação de correspondência eletrônica (*e-mail*), para fazer prova da infidelidade virtual.

Só lembrando, na expressão direito à intimidade são tutelados dois interesses que se somam: o interesse de que a intimidade²¹ não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada.

A busca dessa prova pelo cônjuge traído não é tão difícil quanto parece, pois existe, hoje, no mercado, uma série de programas de computador para todos os fins e bolsos capazes de grampear mensagens e replicá-las para outras pessoas. Programas como *Spector Pro 5.0*, *Blaster*, *Keylogger* e *screenlogger* são instalados nas estações de qualquer computador por meio de um e-mail. Passam então a enviar informações de tudo o que se faz na máquina²² (Revista Veja de abril/2006).

Já existe inclusive a figura do detetive virtual que, se utilizando das ferramentas acima descritas, invade o computador, devassando, completamente a intimidade do suposto infiel.

prova. Se a obtenção da gravação de conversa telefônica foi obtida através de interceptação telefônica está certo o despacho do juiz que impede o seu uso como prova, em processo judicial, porque a interceptação é ilícita e não é permitido o seu uso em juízo de prova obtida por meios ilícitos” (TJ/RJ, Ac.16ª Câm.Civ., AgInstr. 2001.002.13359, rel. Des. Miguel Ângelo Barros, j. 5.2.02).

²⁰ Sobre essa questão, há uma interessante manifestação do Ministro Nilson Naves, no Recurso Especial 9.012-0, julgado em 24.02.1997, no qual o STJ aceitou, em investigação de paternidade, gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação com testemunha do processo, não considerando a gravação como prova ilegal ou moralmente ilegítima, e entendendo ser ilegal, a interceptação ou a escuta de conversa telefônica alheia: Rt 340/226-22. Entre os valores de proteção da intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual o valor mais nobre? A meu ver, o que diz respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o processo civil se contentava com a verdade formal. À semelhança do processo penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mas existe fato de difícil prova! A saber, da produção de prova. Impedir que alguém produza, digamos, por meio de gravação de conversas telefônicas, seria, a meu sentir, o mal maior. Isto não quer dizer que o fim justifique os meios. No entanto, há caso em que se não admitir tal prova, inútil será o processo. Sou favorável à maior liberdade, tocante à realização da prova. O processo não é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes? Não façam justiça pelas próprias mãos! Recorram ao Estado juiz. Então, não se justifica cercear a liberdade dos contendores, relativamente à prova, por que não se admitir seja uma fita degredada, se a conversa possa corresponder ao conteúdo do depoimento? Acho que se tem de admitir, em nome de valor mais nobre, o da apuração da verdade material. “Separação judicial”. Fita magnética de conversação telefônica. Prova obtida clandestinamente. Produção inadmissível no processo judicial. Evidenciado que a prova consubstanciada em fita magnética de conversação eletrônica fora obtida clandestinamente, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores, inadmissível se torna a sua utilização no processo judicial, porque não se compadece com o preceito insito no art. 332 do CPC (meios legais e moralmente legítimos) e desrespeita os princípios constitucionais consagrados pelo art. 5º, X, XII e LVI, da CF de 1988.” (AI 14.407-8 (segredo de justiça), 3ª. 16.04.1991, Rel. Des. Silva Wolf, RT 687/138).

²¹ Código Civil, art. 21 “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”.

²² TRAIÇÃO virtual. **Revista Veja**, Ed.Abril, ed. 1940. ano 39, n. 3., 25 jan. 2006, p. 80-81.

No caso dos invasores da privacidade, é bom lembrar que é a natureza da informação armazenada que remeterá à espécie criminosa.

O argumento mais usado, até então, é que a validade dessas provas, obtidas em meios eletrônicos de armazenamento de dados, encontra-se sob o manto de proteção da Constituição Federal, artigo 5º V, X e XII que garantem, respectivamente, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a inviolabilidade e o sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas, sendo, dessa forma, ilegal a realização de perícia para avaliar o conteúdo dos computadores e demais meios de armazenamento eletrônico e magnético de dados²³, o que se dirá, então, de um detetive virtual pago pelo cônjuge traído para vasculhar o computador do cônjuge infiel.

No entanto, não obstante o sigilo das comunicações serem, constitucionalmente, garantido, nesse caso específico da infidelidade virtual, o único meio de prova apto a caracterizar, de forma indubitável, a afronta aos deveres do cônjuge frente ao casamento, são os dados colhidos no computador utilizado para o romance virtual. Dessa forma, a questão ficará a cargo do juiz, que, fazendo uso do princípio da proporcionalidade, decidirá entre os direitos em conflito qual possui maior relevância, o direito do cônjuge traído em provar a culpa do traidor, garantindo, dessa forma, a instituição milenar e de importância indiscutível que é o casamento, ou o direito personalíssimo da intimidade, direito de relevância inegociável para o homem, haja vista ser nato e inerente à personalidade do ser humano. Pode-se registrar, nesse particular, a sua anterioridade aos direitos e deveres advindos do casamento.

Entretanto, a questão fica mais complexa ainda, quando se está diante de fatos, especialmente os decorrentes das relações familiares, em que a única possibilidade de se provar a verdade do fato alegado, e, conseqüentemente, o direito, é por intermédio de uma prova, a princípio, “ilícita”. Será que, nesses casos, as provas deverão ter a mesma dose de legitimidade, posto que são imprescindíveis à solução do litígio?

Os entendimentos são divergentes, e Lourival Serejo, por exemplo, entende que por invocação do princípio da privacidade, assegurado constitucionalmente, não pode o cônjuge violar os arquivos do outro sem a devida autorização. Porém, se o *e-mail* for compartilhado, não há problemas, é lícito, da mesma forma que o será, se o *e-mail* for interceptado, quando estiver sendo enviado.²⁴ Segundo esse entendimento, a violação da caixa postal é que é criminosa.

Alexandre Rosa, também entende que a invasão dos fluxos de dados transmitidos via telefone, como no caso de *e-mail* e similares, por ausência de autorização legislativa, é ilegal, ilegítima e inconstitucional.²⁵

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão que teve como relator o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, decidiu:

²³ ROVER, Aires José. **Direito e informática**. São Paulo: Manole, 2004. p. 418.

²⁴ SEREJO, Lourival. **As provas ilícitas no direito de família**. São Paulo: Thonson – IOB, 2004. p. 52.

²⁵ ROSA, Alexandre. **Amante virtual**. (In) Conseqüências no direito de família e penal. Florianópolis: Habitus, 2007. p. 41.

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.²⁶

Analogicamente, o *e-mail*, nesses casos, pode ser interceptado. É claro que existem outros tantos julgados dos tribunais com entendimento contrário a este. O certo é que a ponderação comparativa de direitos protegidos é que deve ser utilizada.

Uma nova proposta da doutrina defende a posição de que o direito de provar a inocência deve preceder a norma proibitiva. Porém, no direito de família, o STF já negou aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para mitigar o uso das provas ilícitas.

Finalizando essa questão das provas ilícitas, a posição do juiz, como dirigente do processo e destinatário da prova, exige uma sensibilidade maior. Cabe a ele considerar que existem certos ramos do ordenamento jurídico, como o direito de família, em que a captação de provas é mais difícil, e, portanto, exigem uma sensibilidade maior no sentido de se valorar a prova, adequadamente, sem prejuízo dos direitos da personalidade, conquistados a muito custo, bem como de todas as garantias constitucionais.

O certo é que, provada a infidelidade virtual, esta deve ser considerada como causa a ensejar a separação, atribuindo a culpa ao infiel, por tornar insuportável a convivência e, dessa forma, as consequências jurídicas deverão ser suportadas pelo traidor, se caracterizada a injúria grave, além da infidelidade. Essas consequências são as decorrentes do descumprimento do dever dos cônjuges, que é a fidelidade, mais os danos morais, decorrentes da dor sofrida, do prejuízo moral e emocional, ou seja, tem o cônjuge inocente a sua dignidade atingida, por isso, a indenização por danos morais é a maneira de amenizar essa dor, do mesmo modo que ocorre em todas as demais hipóteses ensejadoras de reparação por danos morais.

4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INDENIZAÇÃO DO ATO CULPOSO

O direito de família é de todos os direitos o que mais evoluiu. Logo no artigo 1º, inciso III, da Constituição, o princípio da dignidade humana²⁷ é elencado

²⁶ TJRJ, 5ª C. Civ., Agravo de Instrumento, Acórdão nº 7.111, Rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira. RBDP, Uberaba, n. 43, p. 137-145, 1984. In: NERY JÚNIOR, Nelson, 1992 apud SEREJO, Lourival, *op. cit.*, p. 55.

²⁷ Pode-se citar a tendência jurisprudencial de relativização ou mitigação da culpa nas ações de separação judicial: “SEPARAÇÃO JUDICIAL – PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER – DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES – ADMISSIBILIDADE. A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal

como sendo um dos fundamentos da República, colocando, dessa forma, o ser humano no centro do ordenamento jurídico.

Os efeitos da culpa, estabelecidos pelo Código Civil, são relativos. Estabelecida a culpa de um dos cônjuges, esta acarreta reflexos na definição de algumas questões, quais sejam: a guarda dos filhos, os alimentos e o nome de casado.

Em relação à guarda dos filhos, há muito tempo tanto a doutrina, como a jurisprudência²⁸ já haviam sedimentado o entendimento de que para a atribuição da guarda não é o comportamento dos cônjuges, como marido e esposa, que é importante, mas sim a postura dos mesmos como pais, uma vez que o relacionamento entre o casal não reflete se os mesmos são ou não bons pais.

A guarda dos filhos não pode ser considerada um prêmio ou um castigo pelo fato de o cônjuge ter sido considerado inocente ou culpado na ação de separação.²⁹ O interesse que deve prevalecer sempre é o dos filhos, devendo a guarda, portanto, ser deferida àquele genitor que oferecer melhores condições para acompanhar mais de perto a criação e a educação daqueles. O comportamento do cônjuge, ainda que social e moralmente reprovável não implica necessariamente ser um bom pai ou uma boa mãe.³⁰

De acordo com o estabelecido no Novo Código Civil, quando da dissolução da sociedade conjugal, a regra passa a ser a manutenção do nome da família, sendo a perda do direito ao nome na separação judicial possível, quando esta houver sido fundada na culpa. Todavia, essa perda do direito ao nome não ocorre mais, de forma automática, como ocorria, anteriormente, dependendo tal consequência, primeiro do reconhecimento da culpa e segundo, de outro cônjuge ter requerido, expressamente, além de, impreterivelmente ter sido considerado inocente, e a alteração do nome não implicar evidente prejuízo para a identificação daquele que perderia o nome; de haver manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; e de existir dano grave reconhecido na decisão judicial.

culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem consequências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados” (STJ, EREsp 466.329/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006, p. 427).

²⁸ Nesse sentido, decidiu o STJ, no RESP 9389/SP, j. em 10/10/1994, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado: “Separação judicial. Guarda do filho. Mulher culpada. Art. 10 da Lei 6.515/77. A mulher culpada pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, se assim for julgado mais conveniente aos interesses da criança, que é o valor fundamental a preservar (art. 13)”.

²⁹ SARTORI, Fernando. **A culpa como causa da separação e seus efeitos**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Sartori_Culpa>. Acesso em: 25 abr. 2007, p.21.

³⁰ É exatamente o que estabelece o artigo 1.584, *caput*: “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”. O parágrafo único desta norma ainda afirma que se o juiz verificar que nenhum dos genitores deva ficar com a guarda, poderá deferi-la a terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, devendo sopesar o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade desta com o menor.

O entendimento prevalente, hoje, é de que o nome passa a ser um direito personalíssimo (art. 15 e 15 do Código Civil), não havendo mais razão para o posicionamento segundo o qual a mulher usar o nome do marido era uma liberalidade deste, até porque, em razão do princípio da igualdade, deve-se atentar que, conforme dispõe o artigo 1.565, §º 1º, do Novo Código Civil³¹, qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu nome o sobrenome do outro.

Assim sendo, quando um dos cônjuges por ocasião do casamento acresce ao seu o nome do outro, este passa a ser o seu nome, passando a integrar a sua identidade, não sendo, portanto, conseqüência imediata a perda deste.³²

Pelo Código anterior, na separação sanção, se fosse vencida, ou seja, culpada, a mulher deveria voltar a usar o nome de solteira, bem como se fosse desta a iniciativa do pedido de separação, com base na ruptura da vida em comum. Nos demais casos, a mulher tinha a faculdade de continuar usando o nome de casada. Entretanto, posteriormente, na conversão da separação em divórcio, a regra era que a mulher voltasse a usar o nome de solteira, salvo se a perda daquele implicasse evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, ou dano grave reconhecido em decisão judicial.

A questão dos alimentos, segundo o Código Civil,³³ continua relacionada à discussão da culpa; todavia, em excepcional hipótese, autoriza o Código que o próprio culpado faça jus aos alimentos. Porém, inovou no sentido de considerar a possibilidade de o próprio cônjuge considerado culpado fazer jus aos alimentos. É exatamente o que estabelece do artigo 1.694, § 2º, e 1704, parágrafo único, caso também o cônjuge considerado culpado não tenha condições de se manter, não tenha aptidão para o trabalho e não tenha parente algum em condição de prestar os alimentos³⁴, terá direito aos alimentos; todavia, estes deverão ser fixados em montante que apenas assegure a subsistência.

³¹ Art. 1.565, §1º, do Código Civil: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

³² Estabelece o artigo 1.571, § 2º, que “dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial”.

³³ Os artigos 1.702 e 1.704 tratam, de forma mais específica, da situação dos cônjuges. O primeiro dispõe que “na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no artigo 1.694”. O artigo 1.704, por sua vez, no *caput*, reza que, se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. O parágrafo único traz a inovação: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

³⁴ Consoante CAHALI: “Introduz-se, então, em nosso direito a distinção entre ‘alimentos necessários e alimentos civis...’ quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*, diz-se que são *alimentos naturais*, ou *necessários*; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais ou morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae*, e fixados segundo as condições e a qualidade do alimentando

Quanto à fixação dos alimentos, esse questionamento deveria se restringir a outros critérios que não fossem a culpa, ou seja, a idade dos cônjuges à época da separação, o tempo que ficaram casados, o patrimônio que possuíam à época em que se casaram, a partilha havida, o trabalho por eles exercido, a existência de filhos em comum, se estes são menores e quem ficará com a guarda destes. O Código Civil vigente trata, ainda, da culpa no direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Segundo as regras previstas na legislação anterior, quando da morte de um dos cônjuges, o sobrevivente teria direito à herança caso aquele não houvesse deixado descendentes ou ascendentes. O direito sucessório era reconhecido somente se, na época da abertura da sucessão, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal. Essa era a regra prevista no artigo 1.611, *caput*, do Código Civil de 1916.

A situação, agora, é outra, pois, de acordo o Código Civil, o cônjuge supérstite teve seus direitos sucessórios aumentados, passando a ser considerado como herdeiro necessário (artigo 1.845), passando então a ter direito à herança, concorrendo com descendentes (dependendo, nesse caso, do regime de bens, conforme se verifica do artigo 1.829, inciso I) e com os ascendentes do *de cuius* (aqui, independentemente do regime de bens art. 1.829, inciso II). Se o falecido não houver deixado descendente ou ascendente, tem direito à totalidade da herança (art. 1.838).

Mas a questão assume maior complexidade, ao se analisar o artigo 1.830,³⁵ do Código Civil, parte final, no qual o legislador possibilitou ao cônjuge separado de fato do falecido, há mais de dois anos, o direito sucessório, desde que provasse que a separação tenha se dado sem culpa sua.

Sobre esse assunto, José Francisco Cahali escreve, com clareza:

A verificação desta circunstância ensejará revolver fatos do passado, talvez caídos no esquecimento, quando o casamento já se tornou mera reminiscência cartorial, apenas para a busca do benefício patrimonial. Ora, dois anos já são suficientes para a dissolução do casamento pelo divórcio independentemente de qualquer discussão sobre os motivos do rompimento. É tumultuária a previsão, pois traz ao direito sucessório matéria totalmente estranha a este instituto, consistente na causa da separação do casal. Aliás, se questionada a exclusão com este fundamento, por ampliar a controvérsia para além dos limites do inventário, necessária será a utilização de ação própria, discutindo-se a culpa do falecido entre seu cônjuge e seus herdeiros.³⁶

e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são, *alimentos civis*; os autores referem-se também a alimentos necessários e alimentos côngruos (Lopes Herrera, Provera)". CAHALI, *op. cit.*, p. 876.

³⁵ Art. 1.830 do Código Civil, Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato, há mais de dois anos, salvo prova, nesse caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

³⁶ CAHALI, José Francisco. **Curso de Direito Civil Avançado**. Direito das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6, p. 221-222.

O legislador não foi muito feliz, ao estabelecer o final deste artigo: primeiro, porque, se os cônjuges, partes legítimas para tal, quando ainda ambos estavam vivos, não quiseram discutir a culpa pelo fim da vida conjugal, seria absurdo discutir-se isso, após a morte de um deles. Além disso, mesmo que estivessem vivos, depois de transcorridos os dois anos de separação de fato, já em sede de divórcio não seria mais possível nem mesmo a eles discutirem a culpa.

Aliás, se separados de fato há mais de um ano, já não poderiam mais discutir a culpa; apenas poderiam requerer a separação judicial, com fundamento na separação falência. Além disso, se a separação é proposta com fundamento na culpa, e, depois de transitada em julgado, o cônjuge morre, o sobrevivente não fará jus a herança; mas, se não propôs a separação, estando separado apenas de fato, fará jus à herança, se provar que a separação de fato se deu por culpa exclusiva do outro, tornando insuportável a convivência. Essa situação parece despropositada, até porque o cônjuge a quem se deve atribuir a culpa já morreu, como é que ficaria então o princípio do contraditório e da ampla defesa? Seria justo atribuir-se culpa a alguém depois da sua morte?

Dessa forma, mais acertada será a solução, fizer jus à herança o cônjuge que estiver em pleno vigor da vida conjugal.

As causas mencionadas como susceptíveis a ensejarem a separação judicial, atribuindo-se culpa a um dos cônjuges, constituem-se em justificativas para aqueles doutrinadores que são contrários à reparação por danos morais, nos casos de descumprimento dos deveres do casamento.

Argumentam, primeiramente, que, com o apenamento do cônjuge culpado ao pagamento de alimentos ao cônjuge inocente, a reparação já ocorreria, e, se mais uma condenação a título de danos morais fosse imposta, seria uma violação ao princípio do *bis in idem*.

Outros justificam seu posicionamento contrário, argumentando que não existe previsão legal específica para a espécie.

Quanto ao primeiro argumento, tem-se que a fixação de alimentos não possui caráter indenizatório, haja vista que fica à mercê do cumprimento de requisitos: necessidade do credor e possibilidade do devedor. Ademais, a fixação de alimentos pode ocorrer, mesmo que não haja culpa na separação, sendo que estes ficam sujeitos à revisão e podem ser extintos, caso o cônjuge alimentado se case, novamente. Já a indenização tem caráter definitivo, não podendo ser aumentada ou diminuída.

Como salienta René Savatier, “a pensão alimentícia apenas ressarcie os prejuízos causados ao cônjuge inocente pela cessação do dever de assistência material de seu consorte”.³⁷

Nesse mesmo sentido, Rolf Madaleno:

³⁷ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. Tomo 1, p. 12-13. In: CARVALHO NETO, Inácio de. **Reparação civil na separação judicial litigiosa culposa**, p. 8. Disponível em: <<http://www.contiijo-familia.adv.br/tex111.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2007.

Os alimentos, no entanto, sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para sua manutenção, não se confundindo jamais com paga indenizatória decorrente do rompimento culposos do casamento.³⁸

É majoritária, na doutrina, a admissibilidade da indenização; exemplificativamente, podem-se mencionar as opiniões de Yussef Said Cahali³⁹, e Carlos Alberto Bittar.⁴⁰

5. OS DANOS DERIVADOS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS

O dano moral é todo sofrimento moral e este está relacionado com os direitos personalíssimos, previstos na Constituição Federal e no Código Civil. A responsabilidade civil, calcada na teoria subjetiva e com fulcro no artigo 186 do Código Civil, apóia-se em um tripé: verificação do dano, nexa causal e culpa.

Segundo Madaleno,

Houve tempo em que o dano moral não merecia reparação civil, sob o argumento de que ele era inestimável, e de que seria imoral estabelecer um preço para a dor. Contudo, como bem aponta Sérgio Cavalieri Filho, o ressarcimento do dano moral tem uma função meramente satisfatória, como meio paliativo de recompensar materialmente o sofrimento ou a humilhação impingida. A jurisprudência brasileira passou a admitir o dano moral, até que, vingando a Carta Política de 1988, ela consignou expressamente a reparação do dano imaterial, nos incisos V e X, do seu 5º artigo, inclusive reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça, com sua

³⁸ MADALENO, Rolf. **O dano moral na investigação de paternidade**, p. 3. Disponível em: <<http://www.contijio-familia.adv.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2007.

³⁹ “Colocada a questão nesses termos, parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ato ilícito para o cônjuge afrontado. O ato ilícito preserva a sua autonomia, ainda que projetados duplamente os seus efeitos: como representativo de infração dos deveres conjugais, posto como causa da dissolução do casamento e como causa de responsabilidade civil da regra geral do art. 186 do Código. Mas, nos termos em que a questão vem sendo assim colocada, não há dúvida de que o cônjuge agredido em sua integridade física ou moral pelo outro tem contra este ação de indenização, com fundamento no art. 186 do Código Civil, sem embargo de representar aquela ofensa uma causa que legitima uma separação judicial contenciosa em que os alimentos lhe seriam concedidos” CAHALI *op. cit.*, p. 669-670.

⁴⁰ “Outrossim, nas relações familiares, [...] destacam-se: as separações e os divórcios provocados por grave descumprimento de deveres conjugais, como as hipóteses de injúria grave, adultério, abandono e outros” BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 198.

Súmula nº 37, a cumulação das indenizações por dano material e dano moral, quando oriundos do mesmo fato.⁴¹

Clayton Reis⁴² informa que, na atualidade, toda e qualquer lesão que desassossega e transforma a própria ordem social ou individual, “quebrando a harmonia e a tranqüilidade que devem reinar entre os homens, acarreta o dever de indenizar”.

Os direitos personalíssimos, por sua vez, são aqueles direitos ínsitos ao ser humano, essenciais; sem eles as pessoas não existiriam.

O ato culposo, conforme preceitua o art. 1.572, consiste em ato que importe grave violação dos deveres do casamento ou conduta desonrosa, sendo ambas as violações passíveis de reparação por dano; logo, sendo ilícito o ato, naturalmente será gerada a obrigação de repará-lo.

Necessário se faz distinguirem-se os danos acarretados pelo descumprimento do dever conjugal e os prejuízos oriundos da ruptura do casamento, denominados de danos mediatos e imediatos.

Os primeiros derivam dos fatos constitutivos das causas do rompimento matrimonial, ou seja, da violação do dever conjugal, razão pela qual são chamados de imediatos, podendo ter natureza moral ou material.⁴³

Os danos morais imediatos são aqueles que atingem a personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento, dentre os quais estão os oriundos do descumprimento dos deveres conjugais.

Tais violações podem acarretar ao consorte, concomitantemente, danos materiais ou patrimoniais, sendo passíveis de reparação pelo cônjuge que deu causa à dissolução da sociedade conjugal.

“Por sua vez, os danos decorrentes do rompimento do matrimônio são chamados de mediatos, por terem ligação indireta com o descumprimento de dever conjugal”⁴⁴ Esses danos têm caráter, quase sempre, patrimonial, em razão da ruptura do casamento.

Posto isto, pode-se concluir que, com a dissolução da sociedade conjugal, esta poderá acarretar várias privações e transtornos para a parte inocente, situações as quais são passíveis de serem reparadas, estando amparadas em nossa legislação.

José de Castro Bigi entende

não haver a mínima dúvida de que o mesmo ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa como causa culposa presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito

⁴¹ MADALENO, *op. cit.*, p. 3.

⁴² REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 85.

⁴³ NETO, Inácio de Carvalho. **Temas atuais do direito e processo de família**. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 249.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 249.

comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ato ilícito para o cônjuge afrontado.⁴⁵

No entanto, é de se questionar, no caso de culpa pela separação, por um dos cônjuges, e violação de direitos da personalidade, pelo outro, se ambos poderão demandar ação indenizatória por danos morais?

Exemplo do questionamento exposto é a infidelidade virtual, em que a mulher contrata um detetive virtual que vasculha o computador do marido supostamente infiel. Ajuizada ação de separação judicial litigiosa, busca-se provar a culpa do marido, que em contrapartida, também pode intentar ação contra a esposa, uma vez que ele foi vítima de invasão à sua privacidade. Todavia, o nosso Direito não admite a chamada compensação de culpas, cabendo, portanto, o direito de ambos os cônjuges proporem ação de reparação de danos morais.

Seguindo essa idéia, tem-se que é perfeitamente possível o cônjuge culpado pela separação, ser condenado à reparação de danos morais ao cônjuge inocente, concomitantemente, à condenação ao pagamento de alimentos, especificamente quando comete adultério ou infidelidade.

Consoante o artigo art. 186 do Código Civil, qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito e causar prejuízo a outrem é fato gerador da responsabilidade civil. Sendo assim, a reparação por danos morais, no âmbito familiar, fundamenta-se na teoria da responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito, prevista neste dispositivo, possibilitando a fixação do dano moral, ao cônjuge traído virtualmente, se provar injúria grave⁴⁶, ou no caso de o cônjuge traidor conseguir provar que as provas da infidelidade virtual produzidas no processo judicial afrontam seu direito à intimidade.

Com relação à intimidade, estabelece o artigo 152 do CP que a divulgação “sem justa causa”, de conteúdo de documento particular de correspondência confidencial de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem, é crime contra a inviolabilidade de segredo, cuja pena é de detenção, de 1 a 6 meses, ou multa.⁴⁷ Seguindo esse raciocínio, chega-se à conclusão de que o uso de um bilhete ou carta escrita à amante se consubstanciaria em um ilícito, mesmo sendo documento hábil para provar a infidelidade.

⁴⁵ BIGI, José de Castro. Indenização por rompimento de casamento. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Coord.). **O Direito de família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 54.

⁴⁶ Em contrapartida, assinala com propriedade Dirce Inês Finker de Camargo a abrangência do inciso V do art. 1.566 do novo Código Civil, “alargando o compromisso e responsabilidade de ordem objetiva entre os cônjuges e possibilitando a incidência de reparação por danos morais”; segundo ela, o direito assiste àquele que se sentiu constrangido e abalado, emocionalmente, em decorrência da separação judicial ou dissolução de união estável.

⁴⁷ Contudo, o extinto tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu que: havendo justa causa para divulgação do segredo, o fato é atípico, constituindo constrangimento ilegal o indiciamento do agente em inquérito policial RHC Rel. Lauro Malheiros – In: RT 515/354.

A violação da intimidade também constitui ilícito civil, conforme estabelece o art. 21 do Código Civil⁴⁸. Com muita propriedade, o Prof. Wanderlei de Paula Barreto conceitua intimidade:

É o núcleo pétreo, o mais duro e impenetrável da vida privada⁴⁹, inabalável por qualquer outro direito individual. É considerado essencial à garantia e à consecução da dignidade da pessoa humana e condição para a concretização do desenvolvimento da personalidade.⁵⁰

Note-se que entre o art. 20⁵¹ e o art. 21 do Código Civil guardam importante distinção: para que o tipo legal do art. 20 se configure, basta a violação da vida privada, por meio de qualquer de suas formas, enquanto que para a configuração do ilícito previsto no art. 20, é necessário além da violação da vida privada, a divulgação, transmissão ou publicação do conteúdo violado, para outras pessoas, determinadas ou não⁵².

Assim sendo, o cônjuge traído encontraria grande dificuldade em provar a infidelidade virtual sem cometer um ilícito, o de invadir a intimidade do traidor, ficando nesse caso a responsabilidade do juiz da causa, no caso concreto, valendo-se dos critérios fornecidos pela legislação, pesar, qual dos direitos tem prevalência.

Em que pese às opiniões contrárias ao estabelecimento da culpa na separação litigiosa, inclusive com a alegação de inconstitucionalidade dos artigos já mencionados, de um modo geral, numa relação estável dentro do que se pode chamar de padrão normal de comportamento, as cobranças de fidelidade entre os casais é um fato normal, não porque prevista legalmente, mas porque faz parte da natureza afetiva humana querer ter fidelidade no relacionamento amoroso. E mesmo nos países, como já dito, anteriormente, onde a cultura permite um comportamento poligâmico, as mulheres sofrem, e muito, quando seus maridos decidem se casar, normalmente com mulheres mais jovens, aceitam a decisão, até porque não podem manifestar discordância, mas, no íntimo, sofrem e se sentem humilhadas e preteridas.

Eduardo de Oliveira Leite esclarece o sentido do dever de fidelidade:

⁴⁸ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁴⁹ Para o citado professor, “vida privada abrange um âmbito mais extenso de atuação da pessoa, abarcando as esferas privadas, individual e íntima, não sendo privada sinônimo de esfera privada [...]”; “O espectro da intimidade é, por conseguinte, mais contraído que o da vida privada”. BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 172.

⁵⁰ BARRETO, op. cit., p. 173.

⁵¹ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

⁵² Ainda uma dissemelhança: o enunciado daquela norma contém menção à condição de sua violação

O que a lei proíbe – e com razão – é que a ocorrência da infidelidade vingue no ambiente familiar, tornando-o debochado e hipócrita por isso pune a infidelidade com a ruptura da vida matrimonial e admite a separação litigiosa, porque, além de implicar regra de violação dos deveres do casamento, torna insuportável a vida em comum (ao menos às pessoas dotadas de decoro moral e amor próprio) e constitui injúria grave.⁵³

Nesse sentido, o dever de fidelidade é o alicerce da instituição familiar, cabendo ao Direito assegurar que os cônjuges cumpram com o prometido diante da lei.

Perfilhando esse raciocínio, buscar um culpado pela separação não é, absolutamente, contrário aos direitos personalíssimos e fundamentais, previstos na Constituição Federal. Ao contrário disso, no conceito de dignidade se pode incluir o direito de não conviver anos a fio com uma pessoa e um belo dia ouvir dela, que está apaixonado por outra mulher e que por isso quer se separar.

Se o desamor, como justificam muitos, é suficiente para ensejar a separação, por que esperar a infidelidade acontecer para declarar ao cônjuge esse desamor?

Advém, então, o questionamento, se não estaria também sendo afrontado o direito à honra e à dignidade deste consorte, dependendo, é claro, da exposição que esta infidelidade causa ao ofendido, e, haja vista que o direito a dignidade é a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos, merece proteção legal, de forma incondicional. A cada cônjuge é imputada a tarefa de proteger os direitos da personalidade de seu consorte, como o direito à vida, à integridade física e psíquica e à honra contra ofensas e atos de terceiros.⁵⁴

Para Maria Helena Diniz, “a infidelidade virtual é uma nova forma de relacionamento que pode causar separação judicial litigiosa e indenização por danos morais”.⁵⁵

Assim sendo, os danos morais, em se tratando de infidelidade virtual, enquadrando está perfeitamente, nos requisitos necessários para a fixação dos danos morais, ficando apenas na dependência da ocorrência da injúria grave, que leva o nome do traído a situações embaraçosas, vexatórias; ou se a presença do ofendido em qualquer lugar que seja, provocar zombarias, menosprezo, ou vergonha perante a sociedade, perante os familiares. O avesso disso seria injustiça.

Nesse particular, as agressões físicas ou morais, bem como a infidelidade, atingem, de forma visceral a intimidade do outro, até porque, ninguém melhor para conhecer as fragilidades, as inseguranças de um cônjuge do que o outro cônjuge⁵⁶.

acarretar ofensa à honra, à boa fama ou à respeitabilidade da vítima; não há, aqui, pelo contrário, tal condição. BARRETO, op. cit., p. 214 e 215.

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas atuais de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 57.

⁵⁴ LEITE, op. cit., p. 61.

⁵⁵ DINIZ, op. cit., p. 293.

⁵⁶ Para Humberto Theodoro Junior, “viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e

Na lesão aos direitos subjetivos da pessoa, afetam-se os direitos mais preciosos do ser humano, e, por isso, pela importância que possuem no nosso ordenamento jurídico, “tais lesões têm sido definidas pelos Tribunais como *damnum in re ipsa*, ou seja, decorrentes do próprio fato. Dessa forma basta a demonstração do fato lesivo para se configurar a ofensa a referidos bens extrapatrimoniais”⁵⁷.

Nessa perspectiva, os danos morais do cônjuge traidor serão mais facilmente demonstrados do que os danos morais do cônjuge traído, cujas provas esbarram na Constituição Federal, na inviolabilidade de correspondência.

Segundo o professor Clayton Reis,

A importância da proteção jurídica no caso dos danos extrapatrimoniais, reside essencialmente no reconhecimento de que, na medida em que o julgador assegura a indenização em face dos danos morais, está ao mesmo tempo valorando os bens subjetivos que integram a personalidade.⁵⁸

Para o citado autor,

a dor moral é a mais traumática de todas as dores catalogadas no *index* médico. Trata-se de uma dor não localizada, que afeta o ser humano em todo o seu universo físico e psíquico. E não há analgésico que possa suprimi-la ou aliviar a sua intensidade.⁵⁹

Nesse sentido, a indenização dos danos ocorridos no ambiente familiar, diferentemente do que se observa no ambiente contratual ou negocial, deverá se restringir a danos morais. Situações muito raras poderão ocorrer em que seja possível a reparação por perdas e danos – danos emergentes e lucros cessantes. Nesses dois últimos casos, a prova deverá ser real, efetiva, diferentemente do dano moral, no qual, como já se disse, trata-se de *damnum in re ipsa*, ou seja, decorrente do fato lesivo.

Esse tem sido o entendimento dos Tribunais, de concederem a indenização por danos morais nos casos de ofensa à dignidade de um dos cônjuges.

Nos casos em que o rompimento da relação conjugal ocorreu em decorrência de vulneração ao princípio da fidelidade, a repercussão será capaz de gerar danos morais de grande monta. Nessa linha de entendimento, nossos tribunais vêm

deveres tanto jurídicos como éticos sociais, provoca, sem dúvida, freqüentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que em muitos casos, chegam mesmo a provocar abusos e danos de monta”. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, Tomo II, p. 43.

⁵⁷ REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil Brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 1, n. 1, dez. 2001, p. 28.

⁵⁸ REIS, op. cit., p. 5.

⁵⁹ REIS, op. cit., p. 33.

acolhendo, de forma reiterada, as indenizações por danos morais, quando oriundos da quebra dos deveres matrimoniais.

Em relação à infidelidade virtual, o assunto ainda é muito novo; mas, já há entendimentos no sentido de que a infidelidade virtual se consubstanciaria na infidelidade moral, passível, portanto, de ser motivadora da separação judicial com atribuição de culpa.

Segundo a juíza da Vara de Família do Rio de Janeiro Monica Feldeman Matos⁶⁰, o sexo virtual pode, sim, ser classificado como uma infração ao dever de fidelidade. Cita, ainda, que já houve casos em que se pleiteou a separação judicial, baseando-se na troca de *e-mails*. Entretanto, é imprescindível que haja injúria grave, ou seja, toda ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras. Segundo a juíza, as mensagens eletrônicas podem até mesmo integrar um conjunto probatório em que esteja presente uma série de indícios no sentido de que o adultério ocorreu.

Segundo tese de doutorado defendida por Regina Beatriz Tavares da Silva, propondo a possibilidade de reparação de danos pelo descumprimento dos deveres conjugais:

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

Por ser o casamento um contrato, embora especial e de Direito de Família, a responsabilidade civil nas relações conjugais é contratual, de forma que a culpa do infrator emerge do descumprimento do dever assumido, bastando ao ofendido demonstrar as infrações e os danos oriundos para que se estabeleça o efeito, que é responsabilidade do faltoso.⁶¹

Ao se considerar essa tese, poder-se-ia pleitear a indenização por danos morais decorrentes do descumprimento do dever de fidelidade recíproca advindo de uma relação mantida por meio da rede Internet, cabendo exclusivamente ao juiz decidir quanto à plausibilidade do pedido.

6. A IMPUTAÇÃO DA CULPA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

De acordo com a moderna concepção sociológica, a família é entendida, hoje, como uma entidade histórica, cuja estrutura e funções variam no curso do tempo, sendo, nesse momento, considerada como “espaço de realização pessoal e afetiva

⁶⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. t. II. p. 214. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=1505>>. Acesso em: 20 abr. 2007.

⁶¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 184.

(as pessoas unem-se para serem felizes)”⁶² Esta é “organismo destinado a promover a promover a dignidade⁶³ da pessoa e o desenvolvimento de suas virtualidade”⁶⁴

É partindo dessa concepção moderna de família que alguns autores defendem a abstração da culpa nas separações litigiosas, por entenderem que a indagação de culpa só cabe nos limites de uma concepção contratual de casamento.⁶⁵

Dessa forma, e seguindo essa idéia de abstração da culpa, pergunta-se: se não há culpa, há o quê, então? E alguns doutrinadores, como Rolf Madaleno e outros, respondem que basta o desamor como justificativa. O desamor, um motivo subjetivo, às vezes até de difícil identificação, em que um dos cônjuges perde, de forma irreversível o interesse pelo outro, é uma espécie de “não querer mais”. Outras vezes, a causa é identificável; mas é impossível traduzi-la em argumentos capazes suficiente de convencer a outra pessoa de que o motivo é justificável e, por isso, retira toda a arbitrariedade da decisão unilateral, do desamor.

Fazendo uma avaliação sócio-histórica, Antonio César Peluso compara o desamor ao repúdio, que, aliás, é bastante comum, hoje, e somente o é nos países, cuja cultura é islâmica, em cujas sociedades, ainda, prevalece a dominação masculina, sendo a igualdade entre homens e mulheres algo impensável. Pode-se dizer que o repúdio tem sua origem estabelecida no princípio do prazer.⁶⁶

O Direito é um processo de adaptação social e, por isso, não pode ser complacente com o rompimento do casamento sem razões objetivas. “O casamento não é apenas experiência, mas também compromisso para estabelecer e reforçar relações intersubjetivas (Carbonier)”⁶⁷

E como relação afetiva amorosa, que decorre de um compromisso solene, com valor social, jurídico e, acima de tudo psicológico, o casamento traduz-se

⁶² PELUSO, Antonio Cesar. O Desamor como Causa de Separação e Divórcio. **Seleções Jurídicas**, ADVCOAD março de 1998, p. 36-40. Disponível em: <<http://www.paillegal.net/mediation.asp?rvTextId=1130619101>>. Acesso em: 13 fev. 2007.

⁶³ A expressão dignidade da pessoa humana é uma criação da tradição kantiana no começo do século XIX. Foi ele quem demonstrou que a dignidade humana decorre da natureza humana e não de variáveis externas. As coisas têm preço e as pessoas dignidade. Isso significa dizer que no reino dos fins tudo tem preço ou dignidade. Quando uma coisa tem preço podemos substituí-la por qualquer outra equivalente; mas, o homem, superior à coisa, está acima de todo preço; portanto, não permite equivalente, pois ele tem dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo, porém, que constitui a condição, graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesmo, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, ou seja, a dignidade. KANT, Immanuel, 1980 apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. p. 83. Disponível em: <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf>. Acesso em 18 abr. 2007.

⁶⁴ PELUSO, op. cit., p.1.

⁶⁵ PELUSO, op. cit., p.1.

⁶⁶ Segundo Freud, “Não pode o homem deixar-se governar pelo princípio do prazer, que não conhece limites, adiamentos nem o outro” apud PEREIRA, op. cit., p. 83.

⁶⁷ PELUSO, op. cit., p. 3.

em um ato de confiança, em que se deposita todas as expectativas futuras de sentimentos, negócios, profissão, família, patrimônio de duas pessoas que estruturaram suas vidas um em função do outro.

Dessa forma, nada mais correto que o fim dessa expectativa como sucedâneo do casamento tenha referências objetivas e aceitáveis, exatamente como estabelecem o art. 1.566, e seus incisos, do Código Civil. São justificativas civilizadas e merecidas para o cônjuge que não compartilhe do mesmo objetivo de separação e nem tenha “dado causa” para o rompimento do pacto e das promessas anteriormente assumidas.

É certo que, em alguns casos, como já dito anteriormente, é impossível identificar, de forma objetiva, os motivos do desamor, que, ao que parece, não pode substituir as causas objetivas que autorizavam a separação (art. 1.566, e incisos, do Código Civil), haja vista que o desamor prescinde aquelas causas, ou seja, antes da infidelidade pressupõe-se a existência de um desamor, de um desencantamento; então, por que esperar a infidelidade acontecer?

Não ocorrendo qualquer daquelas causas, o ‘desamor’, como fim em si mesmo, não pode ensejar a ruptura do casamento, posto que isso seria o caos instalado nas famílias.

Sobre o desamor, Peluso pontifica: “As causas do desamor são as causas que calam”⁶⁸. Aqueles que são contrários ao estabelecimento da culpa, como Antonio Cesar Peluso escrevendo sobre o assunto, concluíram:

As crises matrimoniais, e a Psicanálise também o comprova, raro são devidas a uma culpa episódica, pontual; quase sempre constituem manifestações tardias de um processo de transição e de ruptura, do qual as pessoas, em geral, não têm consciência plena. Os inconscientes dos cônjuges rompem a comunhão de vidas muitos anos antes das crises exteriores. Os casamentos não terminam por episódios, mas pela sua história. Parafrazeando o velho Machado de Assis, o qual assegurava que a ocasião não faz o ladrão, faz o furto, pode dizer-se que a ocasião faz a crise, não a ruptura. Produz-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz.^{69,70}

⁶⁸ PELUSO, op. cit., p.3.

⁶⁹ PELUSO, op. cit., p. 50/1.

⁷⁰ Nesse sentido Carlos Celso Orcesi da Costa cita a lição de Lucio Grassi: “Quem, como nós, está convencido que a separação não pode ser entendida como sanção, que muitas vezes a ‘culpa’ de um cônjuge é apenas leviandade, habilmente aproveitada pelo outro cônjuge; que freqüentemente o cônjuge ‘culpado’ não é o mais ‘perverso’, mas tão-somente o mais desguarnecido dos dois; que quase sempre a razão e o tortuoso não são divisíveis com aquela demarcação limpa de manzoniana reputação [...] não pode senão considerar como decisivamente positivas as conseqüências no caso de algumas decisões (principalmente na área penal do adultério) da Corte Constitucional Italiana, afastando nalguns casos o critério da sanção no direito de família.” GRASSI, Lucio, apud COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2, p. 685-686.

Cristiano Chaves de Farias vai além:

Nesse diapasão, soa imperioso constatar a inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação civil brasileira (arts. 1.572, *caput*, 1.578 e 1.704, parágrafo único) que não apenas permitem a discussão da culpa nas ações de dissolução da sociedade conjugal, como também, ainda que em caráter residual, pretendem atribuição de conseqüências diferenciadas em razão do seu reconhecimento.⁷¹

Os traumas e os desgastes decorrentes de uma separação litigiosa, fundada na culpa, são inevitáveis; porém, ainda que fosse possível decidir acerca da culpa, é necessário questionar se o magistrado estaria apto a decretar quem é o culpado pelo fim do casamento, uma vez que o mesmo só conhece o relacionamento com superficialidade, somente o que as partes trouxeram ao processo, sendo certo que é impossível demonstrar em tão pouco tempo, que é o da duração do processo, o que, de fato, aconteceu entre as partes durante anos de convívio.

Consoante escreve Antonio Cezar Peluso

[...] os psicanalistas levam meses, até anos, para descobrir as motivações últimas e inconscientes da mais pedestre ação humana. Os juízes, contudo, esses têm o dever e a pretensão de desvendar na estreiteza e superficialidade do processo.⁷²

Opiniões doutrinárias à parte, não deve ser por acaso que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, mas facilitou a conversão desta em casamento, ou seja, o casamento continua sendo o objetivo principal da regularização social da união estável.⁷³

O principal efeito do casamento é o social e consiste na criação da família. O casamento inaugura, para os cônjuges, uma nova família, quebrando os laços com a família anterior, independentemente de procriação.

O casamento representa a verbalização do sentimento e do propósito que possuem os cônjuges de dividirem a vida, a partir de então, e decorre desta verbalização a segurança de satisfação das expectativas que cercam o compromisso assumido pelo casal, ou seja, tem origem o vínculo psicológico. É exatamente nesse ponto em que o estabelecimento da culpa pelo cônjuge traído se apresenta, pois não basta o desfazimento do vínculo jurídico; necessário é também, o desfazimento do vínculo psicológico que se formou, e para tanto, é preciso um motivo objetivo e tempo para esse desfazer.

⁷¹ FARIAS, op. cit., p. 132.

⁷² PELUSO, op. cit., p. 50.

⁷³ Constituição Federal, art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A separação e, conseqüentemente, o divórcio devem ser vistos como exceção, pois no fundo, não encerram um desejo da sociedade. As pessoas casam-se para eternizarem seus propósitos. Sabem que estão sujeitas aos percalços e surpresas da vida, mas apostam nas suas expectativas.

Não existe a obrigação de prometer, ninguém é obrigado a se casar, sendo que as relações podem, inclusive serem assumidas com o pacto claro de provisoriedade; mas, uma vez estabelecido o relacionamento por intermédio do casamento e, conseqüentemente da promessa que é o substrato deste, é necessário que, no mínimo, se honre o prometido, não com a indissolubilidade, mas com a responsabilidade, que é totalmente incompatível com a separação motivada pelo ‘desamor’ ou ‘repúdio’.

Em que pese às opiniões contrárias, no que tange à separação litigiosa, o critério da culpa, ainda que ao lado da ruptura, foi mantido pela nova legislação, numa demonstração incontestável de que, embora a doutrina e a jurisprudência caminhem no sentido de mitigar a culpa nas separações litigiosas, esse posicionamento não é partilhado pelo legislador.

Com base na culpa, dispõe o artigo 1572, *caput*, que “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

O dispositivo legal exige, pois, para que possa ser decretada a separação, a existência de uma causa culposa voluntária (violação dos deveres do casamento) e uma consequência (insuportabilidade da vida em comum); numa demonstração clara de atrelamento da separação litigiosa à culpa, o Código Civil absteve-se de abolir a culpa, ainda que seja possível encontrarem-se, com certa facilidade, decisões em sentido oposto.

CONCLUSÃO

Os deveres conjugais, previstos no Código Civil, são uma realidade, constituindo a fidelidade o dever mais importante de todos, e o seu descumprimento afeta a estrutura monogâmica, um dos princípios do direito de família. Essa interferência, nos relacionamentos conjugais, interessa à ordem jurídica, na medida em que ela afeta a organização social da família. E o mesmo se diga da infidelidade virtual, que, com todas as características da infidelidade física, ou até do adultério, desencadeia as mesmas conseqüências destes velhos institutos.

No campo do direito de família, os problemas apresentam-se sempre de uma forma mais aguda, uma vez que, a par do aspecto material, tem-se, também, o psicológico, criado pelos laços afetivos dos envolvidos, e, na maioria das vezes os litígios implicam a própria sobrevivência daqueles, quer seja no aspecto material, quer no psíquico, o que os impedem de terem um controle absoluto sobre suas tolerâncias e sentimentos.

Se a apuração da culpa agride a dignidade humana, como alguns autores sustentam, a infidelidade virtual, realizada, muitas vezes dentro dos lares, ao arrepio de tudo o que se prometeu no momento do casamento, agride, também, a dignidade, a honra e o

princípio da monogamia, e, não raras vezes, afeta a moral e a psique da vítima, de modo a dificultar intensamente o seu restabelecimento para continuar a trajetória da vida.

O casamento não acaba por fatos episódicos, mas pela sua história; porém, a infidelidade não é um fato episódico; é um fato, via de regra, com práticas reiteradas, culminando na dor moral do cônjuge traído. Se a culpa é recíproca, o mesmo não se pode dizer de suas conseqüências, que atingem brutalmente somente a vítima.

Uma norma deve ser adequada ao seu tempo; porém, os textos legislativos não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família, cabendo ao julgador dar a melhor interpretação à norma já existente, de modo a atender o sentido finalístico para o qual foi criada, aproximando o justo do legal. No caso específico do direito de família, deve-se dar ênfase aos princípios norteadores, valorizando sempre a ética e a moral, razão pela qual a condenação à indenização por danos morais ao cônjuge culpado pela ruptura do casamento é medida justa e compatível com todos os princípios do direito de família, instituto milenar, de vital importância para a sociedade como um todo e, principalmente, para o ser humano.

Quanto à novidade da infidelidade virtual, se ela é infidelidade física, conduta desonrosa ou quase adúlterio, o Direito, num futuro próximo, dirá; entretanto, o Estado-juiz deve estar ciente de que as novidades, nesse caso específico, não mudam as velhas conseqüências.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDAALVIM; ARRUDAALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. t. II. p. 214. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=1505>>. Acesso em: 18 out. 2006.

BIGI, José de Castro. Indenização por rompimento de casamento. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Coord.). **O Direito de família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. Direito das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Reparação civil na separação judicial litigiosa culposa**. Disponível em: <<http://www.contijo-familia.adv.br/tex111.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2007.

_____. **Temas atuais do direito e processo de família**. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 249.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado da separação e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2.

DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. **Revista AJURIS**, n. 85, tomo I, p. 477-479, mar. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de Família. 22. ed. Saraiva: São Paulo, 2007. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional**: a afirmação da dignidade humana como um réquem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FREUD, Sigmundo. Totem e tabu. In: _____. **Obras psicológicas completas**. Tradução de Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v. 13.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas atuais de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MADALENO, Rolf. **O dano moral na investigação de paternidade**. Disponível em: <<http://www.contijo-familia.adv.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2007.

MASTO, Raffaele. **Eu Safiya**: a história da nigeriana que sensibilizou o mundo. Tradução de Marcos Malvezzi Leal e Sabino Ferreira Affonso. Campinas: Versus, 2004. p.169.

PELUSO, Antonio Cesar. O Desamor como Causa de Separação e Divórcio. **Seleções Jurídicas**, ADV-COAD, mar. 1998, p. 36-40. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=1130619101>>. Acesso em: 13 fev. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado). Universidade federal do Paraná–UFP. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2007.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 85.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil Brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 1, n. 1, dez. 2001.

REIS, Clayton. O dano moral como tutela aos direitos da personalidade nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 5, n. 1, jul. 2005.

ROSA, Alexandre. **Amante virtual**. (In) **Conseqüências no direito de família e penal**. Florianópolis: Habitus, 2007.

ROVER, Aires José. **Direito e informática**. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, Regina Beatriz. T. S. P. dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARTORI, Fernando. **A culpa como causa da separação e seus efeitos**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/c/Sartori_Culpa>. Acesso em: 25 abr. 2007.

SEREJO, Lourival. **As provas ilícitas no direito de família**. São Paulo: Thonson–IOB, 2004.

SOUZA, Capelo de Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

TRAIÇÃO virtual. **Revista Veja**, São Paulo: Ed. Abril, ed. 1940, ano 39, n. 3, 25 jan. 2006.

VEIGA, Aida. Paraíso dos Inféís. **Revista Época**, São Paulo: Ed. Globo S.A, ed. 283, 16 out. 2003. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EDG60691-6014-283,00.html>>. Acesso em: 23 mar. 2007.