



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
FACULDADE DE DIREITO**

SÍLVIA PATRÍCIA MOTA MAR

**INFIDELIDADE VIRTUAL E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL**

Rio de Janeiro
2017

SÍLVIA PATRÍCIA MOTA MAR

**INFIDELIDADE VIRTUAL E POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal
do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO) como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Eduardo Domingues

**Rio de Janeiro
2017**

AGRADECIMENTOS

Durante esta jornada, tantos foram os obstáculos que por muitas vezes pensei “não conseguirei mais” Senti-me altamente desafiada pelo destino; por vezes disse não querer mais, porém era latente em meu coração todas as sensações vividas para se chegar até aqui... Como uma guerreira gravemente ferida em campo de batalha ergui meus olhos aos céus ... Respirei fundo e prossegui para a conquista da vitória mais nobre de minha vida “a conquista de uma grande vitória pelos sacrifícios dos meus super-heróis”: minha falecida avó Maria Josefina, meu Pai Silvio Mauro Dias Mar, minha linda Mãe Ilma Mota Mar, meu super irmão Vitor Mota Mar (meu eterno amor), minha tias e tios, primos e primas em suas orações, meus tios Paulo Cidimil, Silvio Moura e Silma Mota quando mais precisei aqui no Rio de Janeiro. Em especial agradeço ao meu namorado e melhor amigo Carlos Alexandre e a seus pais Juraciara e Carlos Celano, à minha melhor amiga no Rio de Janeiro Dra. Carolina Cravo de Azevedo (um dos anjos de Deus nesta terra), aos meus professores e treinadores em especial à Exm^a. Sr^a. Dr^a Juíza Frana Elizabeth Mendes, meu brilhante orientador Dr. Eduardo Domingues, além de excelente professor e ao meu Ilustre Supervisor de estágio na Justiça Federal Sr. Carlos Cerqueira.

São inúmeras as vezes que o destino vai bater em nossa porta e nos perguntar se aceitamos mais esse novo desafio. Cabendo somente a nós a escolha: aceitar ou não. Aos que creem, Deus estará com as mãos estendidas juntamente ao seu exército na Terra pronto para conceder a vara, a linha, o anzol e os treinadores certos para nos auxiliar no caminho da realização dos nossos sonhos. Não desista nunca, mesmo em meio a dor, há um Deus que olha por todos nós. Não debilite o bem, é assim que se combate o mau. Facilite a bondade, e torne-se eficaz em praticá-la.

RESUMO

A infidelidade virtual é um tema bastante atual e polêmico, abarcado até mesmo pela mídia, que por muitas vezes não explica, mas desperta nas vítimas da traição a dúvida e o desejo de saberem se elas têm ou não direitos jurídicos de reparação diante do dano sofrido. O presente estudo analisa se há de fato uma viabilidade da aplicação do instituto do dano moral aos casos da infidelidade virtual. Aborda desde as diferenças entre relacionamento reais e virtuais, os deveres legais de fidelidade e de lealdade, respectivos, ao casamento e a união estável. Examina na responsabilidade civil, o instituto do dano moral. Para isso, estuda o dano moral na infidelidade virtual, sob a égide dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, da confiança nas relações familiares em contraponto aos princípios da autonomia privada e não-intervenção nas relações familiares, com observação dos deveres de fidelidade, respeito mútuo e considerações do casamento, e lealdade da união estável, o posicionamento da atual jurisprudência e doutrina, passando pela prova para a caracterização do dano da infidelidade virtual, e a sua quantificação.

Palavras-Chave: Direito de Família. Dever legal de fidelidade. Responsabilidade Civil. Relacionamentos virtuais.

ABSTRACT

The virtual infidelity is a very current and controversial subject, even covered by the media, which for many times does not explain, but awakens in the victims of betrayal the doubt and the desire to know if they have legal rights to repair the damage suffered . The present study analyzes if there is in fact a viability of the application of the institute of moral damage to the cases of virtual infidelity. It addresses from the differences between real and virtual relationships, the legal duties of fidelity and loyalty, to marriage and stable union. Examines in civil liability, the institute of moral damage. In order to do this, it studies moral damage in virtual infidelity, under the aegis of the principles of human dignity, objective good faith, trust in family relationships as opposed to the principles of private autonomy and nonintervention in family relations, with observation Fidelity, mutual respect and considerations of marriage, and loyalty of stable union, the positioning of current jurisprudence and doctrine, passing the test for the characterization of the damage of virtual infidelity, and its quantification.

Key Words: Family Law. Legal duty of fidelity. Civil responsibility. Virtual relationships.

SÍLVIA PATRÍCIA MOTA MAR

**INFIDELIDADE VIRTUAL E POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL**

**Monografia elaborada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, pela Banca Examinadora formada pelos professores:**

Orientador: Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Professor: _____

Professor: _____

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2017.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART - Artigo

CC – Código Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RNP – Rede Nacional de Pesquisa

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO..... | 4 |
| ABSTRACT..... | 5 |
| LISTA DE ABREVIATURAS..... | 7 |
| 1.INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2. RELACIONAMENTOS REAIS E VIRTUAIS..... | 12 |
| 2.1 A INTERNET NO BRASIL..... | 12 |
| 2.2 REALIDADE X VIRTUALIDADE NOS RELACIONAMENTOS..... | 13 |
| 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 16 |
| 3.1. A INSERÇÃO DOS PRÍNCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 16 |
| 3.2.OS PRINCÍPAIS PRINCÍPIOS CONTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 17 |
| 3.2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 19 |
| 3.2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE..... | 21 |
| 3.2.3. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL..... | 22 |
| 3.2.4. PRINCÍPIO DA LIBERDADE..... | 22 |
| 3.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES FAMILIARES..... | 23 |
| 3.4. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA NÃO-INTERVENÇÃO SOB O VÍES DA RESPONSABILIDADE DO CONSORTE..... | 26 |
| 3.5. A INFIDELIDADE VIRTUAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS..... | 28 |
| 4. DOS DEVERES DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL..... | 30 |
| 4.1. NO CASAMENTO..... | 30 |
| 4.2. NA UNIÃO ESTÁVEL..... | 33 |

| | |
|---|----|
| 5. RESPONSABILIDADE CIVIL E A INFIDELIDADE VIRTUAL..... | 35 |
| 5.1. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 35 |
| 5.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE..... | 35 |
| 5.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE..... | 36 |
| 5.3.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA..... | 36 |
| 5.3.2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA..... | 37 |
| 5.4. DANO MORAL E A INFIDELIDADE VIRTUAL..... | 38 |
| 5.5. DAS PROVAS..... | 43 |
| 5.6. QUANTIFICAÇÃO DO DANO..... | 45 |
| 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 46 |
| REFERÊNCIAS..... | 48 |

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da internet os meios eletrônicos de comunicação ganharam grande receptividade na sociedade mundial e ocasionaram grande impacto às relações interpessoais. Consequentemente, surgiram reflexos positivos e negativos na alçada jurídica.

A sensação de anonimato e o conforto em manter de uma conversa com outros indivíduos conferidos pelos meios virtuais são fatores encorajadores para o surgimento de um assunto delicado no contexto jurídico: a infidelidade matrimonial na esfera virtual.

A infidelidade não é algo novo no mundo jurídico, no entanto, no contorno virtual tem atingido uma pratica cada vez mais recorrente e gerando muitas dúvidas e incertezas e curiosidades quanto ao fato.

É diante desses levantamentos que o presente trabalho apresenta um estudo acerca da infidelidade em sua modalidade virtual, vislumbrando saber se há de fato a possibilidade de ser indenizável uma traição por infidelidade virtual. E, se possível, como poderia ser fundamentada tal possibilidade? Como se provar e como se quantificar um dano nessa modalidade?

Portanto, utilizou-se o método de revisão bibliográfica, leis, Jurisprudências, doutrinas, teses, artigos de revistas, redes eletrônicas e publicações avulsas; todos capazes e suficientes para a construção de uma pesquisa coerente sobre o tema em estudo, atingindo os objetivos propostos na pesquisa. Ressalta-se que a Jurisprudência é a pedra angular deste estudo, por não existir lei que trate especificamente sobre o tema. É brilhante como o Direito se dirige à sociedade e às suas necessidades jurídicas, através da jurisprudência evitando que a mesma fique à mercê sem solução de suas atualidades casuísticas.

Com esta premissa, o objeto de estudo do presente trabalho trata da aplicação do instituto do dano moral ensejado pela infidelidade virtual.

Diante das traições, aos cônjuges atraído restam, além da raiva, grandes abalos à honra, situações vexatórias e ridicularizadoras de sua imagem, grandes abalos psicológicos, ensejadores de grandes traumas como síndrome do pânico e que necessitam de tratamentos psicológicos com uso de remédios. Com a mídia falaciosa ouve-se muito sobre danos morais e, recentemente, ouve-se sobre infidelidade virtual, por isso, a importância desse estudo reside na avaliação de encontrar se realmente existe a possibilidade do instituto do dano vir a ser aplicado em atendimento às vítimas de infidelidade virtual, uma vez que, não se encontra um artigo taxativo a respeito do caso.

O trabalho de conclusão de curso estrutura-se em cinco capítulos, apresentando-se no primeiro uma abordagem introdutória, no segundo um comparativo entre os relacionamentos virtuais e os reais, e a forma de como se dá uma cybertraição. O terceiro capítulo abarca os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, passando especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, solidariedade social e liberdade, adentra ao princípio da boa-fé objetiva e da confiança nas relações familiares e aos princípios da autonomia privada, e da não-intervenção. No quarto capítulo há a observação dos deveres do casamento e o paralelo na união estável, passando pelo dever de fidelidade e o dever de respeito e consideração mútuos, além do dever de lealdade na União estável. E, por fim, o quinto capítulo aduz à Responsabilidade Civil na infidelidade virtual, analisando-se a função da responsabilidade civil, os pressupostos da mesma, passando pelas espécies de responsabilidade: objetiva e subjetiva, abarca o dano moral e aplicação do mesmo na infidelidade virtual, remetendo as provas e como se dá aplicação das mesmas no caso em estudo, encerrando com a quantificação do dano.

2. RELACIONAMENTOS REAIS E VIRTUAIS

2.1 A INTERNET NO BRASIL

A atual Carta Magna afirma em seu artigo 226 que “a família é a base da sociedade”. Conforme os avanços sociais os relacionamentos reais foram derivando para outros tipos de relacionamentos, como o relacionamento virtual.

No Brasil, a história da Internet data da década de 90 com dois períodos distintos: o acadêmico, com a implantação da Rede Nacional de Pesquisa – RNP, e o período comercial, no qual, o uso da Internet cresceu aceleradamente.

A comunicação através de rede de computadores cresceu muito rapidamente, diante do alto nível de velocidade na troca de informações, acúmulo de produção de conhecimento entre outros¹. Uma pesquisa realizada no ano de 2002, por Terêncio e Soares ²aponta que o Brasil é o 11º país do mundo em número de internautas, com 13,98 milhões de usuários representando 7,77% da população total do país, além de ocupar o terceiro lugar em relação ao continente e o primeiro na América Latina.

Dentre as pessoas que utilizam a internet, no Brasil, 99% visitam sites de redes sociais, só perdendo para os Estados Unidos que conta com um índice de 99,7%, em relação ao Facebook, rede social mais utilizada no mundo, nosso país alcança a 12ª posição de usuários – aproximadamente 13 milhões de pessoas – número que vem aumentando com a popularização da plataforma.³

Tal estatística, demonstra que o brasileiro está conectado na internet, com ampla utilização de sites de relacionamento pessoal, de modo que, situações ligadas ao ambiente virtual começam a urgir do amparo do Poder Judiciário com maior frequência.

A criação da primeira comunidade virtual data da década de 70, nessa época, a Internet foi concebida como uma ferramenta estratégica de comunicação militar, e logo depois passou a ser utilizada para troca de informações entre os centros de pesquisa nas universidades. Antigamente, comunidade era relacionada a aspectos familiares e emocionais, delimitada numa

¹ COLETA, Dela, Alessandra dos Santos Menezes, COLETA, Dela Marília Ferreira & GUIMARÃES José Luiz, (2008). O amor pode ser virtual? O relacionamento amoroso pela internet. *Psicologia em Estudo*, 13(2), 277-285.

² TERÊNCIO, Marios Gonçalves e SOARES, Dulce Helena. **A Internet Como Ferramenta Para O Desenvolvimento Da Identidade Profissional**, 2008.

³ Facebook e usuários no Brasil. Disponível em: < <http://www.techenet.com>>. Acesso em: 10/06/2017.

localidade física. Com o avanço tecnológico nas comunicações, as interações entre as pessoas agora possuem a possibilidade no mundo virtual.

O termo comunidades virtuais foi criado em 1993, com o seguinte significado: [...] agregações sociais que surgem da Internet, quando pessoas suficientes mantêm suficientes debates públicos, com suficiente sentimento humano, para formar teias de relacionamento no ciberespaço.

2.2. REALIDADE X VIRTUALIDADE NOS RELACIONAMENTOS

Um relacionamento real contém uma variável que o relacionamento virtual não possui, a obrigação da tolerância cotidiana.

Vivemos um mundo onde a velocidade das informações está sendo cada vez mais exigidas, e o ser humano está na busca readaptação à nova era social. Porém, quase como um cálculo silogístico: para o aumento da velocidade da comunicação, diminui-se o tempo de espera e da paciência anteriormente exigida, logo aumenta-se a intolerância.

Talvez, o ser humano esteja menos intolerante e na busca do relacionamento ideal recorre ao menor esforço para si mesmo: um relacionamento virtual.

Há que se pensar também que o ser humano adora a liberdade ou sensação da mesma e a volatilidade interpessoal impera nesse relacionamento virtual, faltando ou “livrando-os” do firmamento de um compromisso perante a sociedade.

Nos relacionamentos reais é clara a necessidade do contato físico.

Uma traição num relacionamento real se dá através de beijos e relação sexual.

Por outro lado, nos relacionamentos virtuais, o contato físico, bem como as fases antecedentes ao início de um relacionamento amoroso, não existe. Daí se questiona: Como pode se falar em infidelidade virtual? Uma vez que falar de “traição” indubitavelmente remete os pensamentos a, no mínimo, beijos trocados. Portanto, como pensar em algo que nem mesmo contato físico ocorre?

De fato, é no mínimo estranho aos ouvidos, porém é preciso expor o que se segue:

Diferentemente dos relacionamentos amorosos reais, os relacionamentos virtuais não se iniciam com qualquer tipo de contato físico. No meio virtual, o início, geralmente se dá por meio de sites de relacionamentos, com conversas em bate-papo, troca de mensagens, aplicativos de relacionamentos em aparelhos celulares, fotografias e até mesmo vídeos. Muitas pessoas realmente se apaixonam pelo parceiro virtual, o qual é eleito, em sua maioria pelas afinidades que apresenta, além é claro das aparências por meio de fotos ou vídeos:

Assim, já previa Rodrigo da Cunha Pereira:

A realidade cibernética terá como consequência uma modificação inevitável das formas sociais atuais, como casamento, sexo casual, namoro e infidelidade. Isto não significa que as relações on line se tornarão a nova essência das experiências modernas, mas certamente trazem uma nova dimensão para estas experiências, que serão cada vez mais populares.⁴

No meio virtual, as pessoas realizam suas fantasias sem pudor. Mas o que deixa os relacionamentos virtuais mais interessantes é a possibilidade de que eles se tornem reais, pois somente assim poderá se desfrutar das maravilhosas sensações causadas pelo contato físico.

Os relacionamentos cibernéticos, geralmente por meio de mensagens virtuais, ocorrem quando os pares possuem tempo disponível ou quando estão chateados e querem desabafar, mas principalmente quando melhor os convêm em seus melhores momentos, não advindo aquela necessidade de tolerância, compreensão e empatia que os casais do mundo real precisam ter para prosseguirem juntos, vez que todas essas ferramentas humanas são necessárias para o equilíbrio do respeito mútuo.

Nos relacionamentos virtuais ocorre uma ilusão de relacionamento perfeito. A exemplo hipotético:

José, solteiro, chega em sua casa estressado com problemas somatizados ao longo do trabalho. Mas, ao entrar em sua casa, não tem alguém o esperando. O que é até bom, pois nesse momento de estresse José não quer se comunicar com mais ninguém, só estando com sentimentos negativos e de revolta. Mas, após a calma sente aquele desejo de desabafo e sozinho recorre a uma simples mensagem de texto virtualmente através de seu celular. O par virtual de José, que por não o ver todos os dias pode estar até num dia ruim, mas sabe que o diálogo é único modo de envolvimento com José, e logo inicia-se aquele contato de compreensão, conselhos, e até mesmo juras de amor.

O que de fato ocorre no relacionamento virtual é uma exigência: de atenção e compreensão, uma vez que a principal forma de manter o interesse do outro é através do diálogo e despertar do desejo ou interesse constante a tal ponto de superar um relacionamento no mundo real onde se tem as maravilhas do contato físico.

Em outro exemplo referente a um relacionamento do mundo real, José é casado e reside juntamente à sua consorte. Tanto um quanto o outro chegam em sua moradia com seus respectivos problemas e estressados. Quando se deparam estão tão sobrecarregados que, geralmente, duas situações podem ocorrer: em uma, acabam por ter um diálogo mínimo e

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. 21 ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 119

necessário, e somente quando se acalmam os ânimos desenvolvem uma boa conversa e até desabafos; e em outra, choques e brigas por conta dos problemas internos de cada um. Ou seja, no mundo real exige-se muito mais alto controle emocional e tolerância, diferentemente do mundo virtual.

A rotina diária dos consortes na rotina diária morando no mesmo endereço concede talvez certa garantia ilusória aos mesmos. Há uma diminuição do medo de perder o relacionamento. Quando não, às vezes, até é desejado um fim, por simples sensação de “liberdade” e autonomia da vontade individual de um dos casados.

Portanto, muitos casais buscam uma fuga da realidade e contraem relacionamentos virtuais em busca de concretizá-los um dia. As diferenças individuais e socioculturais que alimentam a fobia e o medo do contato interpessoal direto e real diminuem e recebem maior aceitação na internet.

Muitas pessoas buscam os sites por serem tímidas, por fantasia, curiosidade ou por terem sofrido alguma decepção e estarem com medo de se relacionar novamente e para isso não há uma regra. A pessoa por traz do computador cria uma falsa segurança de que está fora de risco de se decepcionar com o outro. É uma expectativa fora do real porque todo relacionamento tem pontos positivos e negativos. O namoro virtual permite o convívio com uma pessoa sem dividir os problemas e dificuldades de um casal real. É uma fuga da realidade em busca da compreensão – entendimento de ideias, sejam boas ou ruins, para alimentar o seu EU e o seu próprio querer. Ocorrendo um certo relacionamento injusto com o consorte que nada sabe a respeito, uma vez que a legislação monogâmica brasileira ressalta claramente os deveres do casamento, principalmente os deveres de fidelidade e consideração e respeito mútuos⁵, conforme será bordado ao longo do presente trabalho em observação também do dever de lealdade na União estável.

No âmbito da infidelidade virtual, a doutrina menciona essa espécie de infidelidade como infidelidade moral, consoante abordado por Tânia da Silva Pereira na revisão e atualização na obra do grande mestre Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*.⁶

Fidelidade é dever expresso para o casamento na legislação brasileira. Sendo a infidelidade virtual considerada uma nova modalidade de infidelidade, se faz perceber que ela viola o dever jurídico de fidelidade existente no casamento, num paralelo à união estável, viola-se o dever jurídico de lealdade.

⁵ Art. 1.566, incisos I e V do CC de 2002.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. V, direito de família, 2012, p 178.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DA FAMÍLIA.

3.1. A INSERÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO CIVIL

É notório uma nova orientação na atual conjuntura jurídica. Há um embasamento positivo sobre alicerces normativos chamados princípios. Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias, adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica.

Trata-se, portanto, do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Embora, não tenha deixado, o Direito Civil, de ser direito privado, passou a ser interpretado conforme a Constituição permitindo o suprimento das deficiências legislativas.

Nada custa lembrar, que “Princípios jurídicos”, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “são regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo que não escritas. Tais regras de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo”⁷

Para Eduardo Espínola são “aquelas regras oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivas.”⁸

Os princípios que norteiam o Direito de Família contemporâneo apresentam como um dos seus alicerces a noção de afetividade, que deve ser alçada como valor jurídico de fundamental importância para a constituição e a manutenção das famílias modernas.⁹ E, no âmbito das técnicas e critérios relativos à interpretação das normas à luz da Constituição Federal, sabe-se da imperatividade do dever de reconhecimento das normas infraconstitucionais quando estas forem compatíveis como os valores e princípios constitucionais.¹⁰

Ainda cabe ressaltar, em importante ponderação, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro Santos Guerra pontificam:

“Os institutos do Direito de Família como um todo devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos

⁷ GONGALVES, Carlos Roberto. Coleção Sinopses Jurídicas, **Direito Civil** – parte geral, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, v.1.p 23.

⁸ CONGLIOLO, Filosofia do Direito, trad. Eduardo Espínola, p.155; Vicente Ráo, **O Direito e a Vida dos Direitos**, I, n^os 196 e ss.

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei n^o 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 127.

¹⁰ MARÇAL, Thaís Boia. **ASPECTOS POLÊMICOS DA ‘USUCAPIÃO CONJUGAL’**: questões afetas ao art. 1240-A do Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado da Revista dos Tribunais, v. 54, p. 269, abr/jun. 2013.

princípios constitucionais o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização.”¹¹

Exemplos característicos do cumprimento da função social pelos institutos de direito de família podem ser apresentados, de modo a se ilustrar o afirmado. Dentre eles, tem-se o reconhecimento do direito de visitas aos diferentes membros das entidades familiares, como avós, tios e, até mesmo, padrastos ou madrastas. De outra forma, há a possibilidade de condenação alimentícia para a manutenção dos membros da família, assim como o reconhecimento da união estável quando um dos companheiros, apesar de ainda ser casado, já se encontra separado de fato do seu cônjuge, como reconhece o artigo 1.723, §1º, do Código Civil. Em todas as situações elencadas, percebe-se a preocupação em reconhecer uma perspectiva solidária nos núcleos familiares.

Por conseguinte, os princípios gerais jurídicos se aplicam a todos os ramos do direito. Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica¹². Sendo o princípio da dignidade humana o fundamento do Estado Democrático de Direito.

3.2. OS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Para o Direito de Família, além dos princípios não escritos, mas de fundamentação ética, há princípios especiais que são próprios das relações familiares e servem como verdadeiros orientadores.

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais em Direito de Família, alguns não estão escritos nos textos legais mas tem fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade.

Cada autor abarca uma quantidade diferente de princípios, Francisco Amaral traz onze princípios referentes à organização e à proteção: reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial de proteção do Estado (CF, art. 226); existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; competência da lei civil para regular os requisitos, celebrações e eficácia do casamento e sua dissolução; igualdade jurídica dos cônjuges (CF, art. 226, § 5º); reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 3º e 4º); possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF, art. 226, § 6º); direito de constituição e planejamento familiar,

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro Santos. 2007, p. 134.

¹² Idem 6, p. 43.

fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado a propiciação dos recursos educacionais e científicos para o seu exercício (CF, art. 226, § 7º); igualdade jurídica dos filhos (CF, art. 226, § 6º), proteção da infância, reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado (CF, art. 227); do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF, art. 229) e proteção ao idoso (CF, art. 230).¹³

O Carlos Roberto Gonçalves enumera alguns princípios que regem esse direito, como: o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar, princípio da comunhão plena de vida e princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.¹⁴

Já Maria Berenice Dias, elenca alguns dos princípios norteadores dos direitos da família: Princípio da dignidade da pessoa humana, como valor nuclear da ordem constitucional; princípio da liberdade; princípio da liberdade e respeito à diferença; princípio da solidariedade familiar; princípio do pluralismo das entidades familiares; princípio da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos; princípio da proibição de retrocesso social e princípio da afetividade.¹⁵

Para os doutores Cristiano Farias e Nelson Rosenvald são cinco os princípios constitucionais específicos do Direito da Família: pluralidade das entidades familiares; igualdade entre homem e mulher; igualdade entre os filhos; planejamento familiar e paternidade responsável e facilitação da dissolução do casamento.¹⁶

Para Guilherme Calmon, o Direito de Família passa a ser guiado por novos princípios, como: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB); o princípio da igualdade (art. 5º, caput e art. 226, §5º, CRFB); o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, CRFB); o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB); e o princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º, CRFB); o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, caput, CRFB); o dever de convivência

¹³ AMARAL, Francisco. **Direito constitucional**: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição, 319.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 6º v. 14 ed. São Paulo, 2012, p. 21

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson e Farias, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2010, p. 41.

familiar (art. 227, caput, CRFB); a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, caput, CRFB), a isonomia entre os filhos (art. 227, §6º, CRFB).

Na obra ainda o Ilustre Dr. Guilherme Calmon afirma:

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do grupamento familiar.¹⁷

Para o enfoque do presente estudo elencaram-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade social, adentrando ao princípio dada boa-fé objetiva e da confiança das relações familiares; o princípio da liberdade, passado pelo princípio da autonomia privada, e princípio da não-intervenção ou da liberdade sob a ótica das relações familiares.

3.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se positivado na Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, e tornou-se o princípio matricial de todos os demais. Nas palavras de Rodrigo Pereira Cunha, “é um macroprincípio sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade.”¹⁸

O conceito de dignidade, *dignitas* do latim, diz respeito a tudo que merece respeito, consideração, mérito ou estima, portanto, valores essenciais e fundamentais. Para Eduardo Bittar, esses valores são representados dentro de atributos, assim descritos:

A *dignitas* é um atributo que se confere ao indivíduo desde fora e desde dentro. A dignidade tem a ver com o que se confere ao outro (experiência desde fora), bem como com o que se confere a si mesmo (experiência desde dentro). A primeira tem a ver com o que se faz, o que se confere, o que se oferta (instrumentos, mecanismo, modos de comunicação, tratamentos, investimentos, esclarecimentos, processos informativos e educativos...) para que a pessoa seja dignificada. A segunda tem a ver com o que se percebe como sendo a dignidade pessoal, com uma certa auto aceitação ou valorização-de-si, para cada um possua (dignidade desde dentro), todo indivíduo é, germinalmente, dela merecedor, bem como agente qualificado para demandá-lo do Estado e do outro (dignidade desde fora), pelo com um desejo de expansão de si, para que as potencialidades de sua personalidade desponham, floresçam,

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira.**

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais...**, p. 68.

emergindo em direção à superfície. Mas, independentemente do conceito de dignidade própria simples fato de ser pessoa, independente de condicionamentos sociais, políticos, étnicos, raciais etc.¹⁹

Em Roma, a partir do pensamento de Cícero, desenvolveu-se uma noção de dignidade que era desvinculada de um cargo ou da posição social, portanto passa a ser reconhecida de uma forma mais moral, dando-se mais importância à virtude, ao mérito, integridade, lealdade entre outras.

O reconhecimento da inerente dignidade e dos direitos iguais de todos os membros da família humana, como estabelecido no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.²⁰

Significa dizer que, tal princípio trata exclusivamente da proteção humana, passando o homem ter tratamento primordial. Ou seja, constitui-se em o próprio fim da atividade estatal, nascendo para esse o dever de observá-la, independente de regramentos jurídicos preexistentes.

O Direito Civil não pode mais ser analisada sob a ótica individualista, patrimonialista tradicional e conservadora-elitista.

O ser humano tornou-se o ponto crucial para a observação de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos personalíssimos.

Desta feita de acordo com entendimento trazido por Immanuel Kant existem, no mundo social, duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e revela interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais se transformar o ser humano em meio para alcançar fins particulares ou egoístas.

Ademais, cabe salientar que a dignidade da pessoa humana, como direito essencial e indissociável do homem, traz em seu bojo uma série de outros direitos correlatos, assim fundamentados por Ingo Wolfgang Sarlet:

De qualquer modo, o que importa, nesta quadra, é que se tenha presente a circunstância, oportunidade destacada por Gonçalves Loureiro, de que a dignidade da pessoa humana – no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco

¹⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. Rio de Janeiro : Forense Universitária. 2009. p. 301.

²⁰ Moreira, Vital. Marcelino, Carla de. Coordenadores. **Compreender os Direitos Humanos**. Manual de Educação para os Direitos Humanos. 3. ed., Versão original editada por WOLFGANG BENEDEK, Graz, Austria.

como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao ‘florescimento humano’. Que tais direitos e deveres correspondem justamente à concepção aberta, complexa e heterogênea dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana na sociedade e no Estado contemporâneo, haverá sempre presente.²¹

A felicidade é um direito do ser humano e não pode o Estado impedi-lo, sendo seu direito desfazer a família constituída quando ela impeça sua dignidade.

3.2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Representante do símbolo da democracia, objetiva garantir um tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos, estando intimamente ligado à ideia de justiça. De acordo com a Constituição Federal, identifica-se duas vertentes: a igualdade material, tipo de igualdade em que todos os seres humanos recebem um tratamento igual ou desigual, de acordo com a situação. Quando as situações são iguais, deve ser dado um tratamento igual, porém quando as situações se tornam adversas é importante que existe um tratamento diferenciado. E igualdade formal, consistindo em conceder a homens e mulheres e todos os cidadãos brasileiros tratamento idêntico, de acordo com o art.5º, da CRFB.

Aduz ainda a Constituição Brasileira, conforme artigo 5º, inciso I, de modo enfático que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e destacando-se aqui os deveres de ambos referentes à sociedade conjugal.

Da mesma forma, a desigualdade de gênero foi banida. Em nome do princípio da igualdade faz-se necessário o reconhecimento dos direitos a quem a lei ignora.

Em função da constitucionalização no Código Civil consagrou-se o princípio da igualdade no âmbito das famílias, observado mediante alguns fundamentos como a organização e direção da família que se apruma no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (CC, art. 1511), em que a ambos compete a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (CC, art. 1567); além os deveres recíprocos e atribuídos igualitariamente tanto à esposa quanto ao marido (CC, art. 1566) dentre outros.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana** : construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da dignidade. Sarlet, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009. p. 25.

Ou seja, falar em igualdade é retornar a famosa frase de Rui Barbosa: tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante de desigualdade.²²

3.2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

No sentido de sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o princípio da solidariedade tem assento constitucional (CRFB, art. 226, §8º). De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, solidariedade traduz laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes.²³ Cabe salientar aqui que a interdependência entre seres humanos que se auxiliam devida a necessidade da convivência em sociedade. Aliás, nas palavras de Guilherme Calmon, “uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família”.²⁴ Consagra-se o princípio da solidariedade, a exemplo, no dever dos pais de assistência aos filhos (CRFB, art. 229), no dever às pessoas idosas (CRFB, art. 230). Além da lei civil, consagra o princípio da solidariedade ao dispor que o casamento estabelece plena comunhão de vidas (CC, art. 1511). De maneira igual, dispõe a obrigação alimentar (CC, art. 1694).

Sob o aspecto da Constituição Federal, o princípio da solidariedade na família além de patrimonial é psicológico e afetivo, pois havendo reciprocidade nos deveres do grupo familiar, o Estado se exime de fornecer os direitos constitucionais assegurados aos cidadãos em razão de em primeiro lugar a obrigação de prover seus entes ser da própria entidade familiar, em seguida da sociedade, e por último do Estado.

3.2.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Integrante dos primeiros princípios reconhecidos como fundamentais. O direito como guardião da liberdade visa coordenar, organizar e limitar a liberdade para garantir a liberdade individual nos limites da função social, manutenção da ordem social.

A liberdade ilimitada é contraditória à solidariedade. Por sua vez, a estipulação de solidariedade, em excesso, suprime a liberdade. Porém, se moderados e unidos, podem tornar-se complementares. A liberdade individual em prol da solidariedade social, é a visão ideal de liberdade, vez que a ação de cada indivíduo visasse o interesse geral, resultando-se em redução

²² BARBOSA, Rui, **Oração aos moços**, 27.

²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **Da relação de parentesco**, 103.

da desigualdade, possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade de cada membro da comunidade.²⁵

O princípio da liberdade, está correlacionado ao princípio da igualdade e vice-versa.²⁶

Em virtude da Carta Magna, os princípios da liberdade e igualdade, no âmbito familiar concede a todos a liberdade de escolher o seu consorte, seja de qual sexo for, bem como o tipo de entidade que quiser construir para constituir sua família, assegurando a todos o direito de constituir uma relação conjugal ou uma união estável sejam héteros ou homossexuais.

Liberdade sem igualdade pode ser considerada a mesma coisa que dominação, pois tudo o que é possível para um indivíduo necessariamente deverá ser ao outro na mesma medida e proporção.

Segundo Maria Berenice Dias, “a constituição ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade em especial atenção.”²⁷

A liberdade urge por isonomia no tratamento do âmbito familiar, reformatando o conceito de família moderna. Na conjuntura atual, é possível construir uma relação estável de casar e separar, de forma que melhor convier a sociedade conjugal.

De outro modo, possui total ligação com o princípio da autonomia privada, pois ao particular é dado escolher e auto regulamentar a sua própria vida, fazendo suas escolhas conforme melhor lhe convém e sem nenhuma intervenção. De modo que assim se dá no próprio direito contratual quanto de Família.

3.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A efetivação da solidariedade social, melhor se percebe através da tutela jurídica nas relações onde a confiança é depositada na conduta esperada entre indivíduos, no âmbito negocial ou não. Conforme Cláudia Lima Marques, “confiança é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar das vontades”.²⁸

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 64.

²⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor**, cit., p. 32-33.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald defendem bastante tal princípio nas relações privadas:

[...] seja, contratuais ou existenciais estabelecendo deveres jurídicos (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas) que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro(s), permitindo-se antever uma necessidade de compreender os diversos institutos jurídicos no âmbito familiarista à luz da tutela da confiança.²⁹

Nas relações familiares, a confiança retoma um conteúdo voltado à proteção efetiva dos valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana e solidariedade exigida entre as pessoas.

Assim, nas relações familiares cria-se um dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas.³⁰ Ou seja, não contrárias ao dever de fidelidade, de respeito e consideração mútuos, a ponto de preservação da imagem e honra do consorte, ou companheiro.

A boa-fé objetiva traduz-se como a mais próxima tradução de confiança, que é visto, como o sustentáculo de todas as formas de manutenção de sociedade. A boa-fé é multifuncional e dessa maneira desempenha várias funções, a depender do caso concreto, podendo assumir até paradigma interpretativo ou função limitadora.

Com base na doutrina de FARIAS e ROSENVALD, na aplicação da boa-fé objetiva no âmbito familiar:

“é possível sustentar a aplicação de algumas de suas variáveis como o *veniere contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório) e a *supressio e surrectio*, decorrendo da quebra da confiança esperada dentro de determinadas situações.³¹

A proibição de comportamento contraditório é a modalidade específica de abuso de direito, surgindo da violação ao princípio da confiança, oriunda da função da boa-fé objetiva (CC, art. 422).

Aldemiro Rezende Dantas Júnior, exemplifica com a hipótese do cônjuge traído que descobre ser vítima de adultério, porém continua convivendo, mantendo a vida em comum.

²⁹ ROSENVALD, Nelson e Farias, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2010, p. 78.

³⁰ Idem, p. 79

³¹ Idem, p.83

Afirma que este comportamento de dar continuidade à vida conjugal não permitiria ao mesmo posterior ação alegando violação do dever de fidelidade.³²

Quanto à *supressio* e a *surrectio*, é possível reconhecer no Direito de Família tais hipóteses, em foco ao abuso de direito – que afasta o elemento subjetivo da culpa na prática de ilicitude. O civilista amazonense DANTAS, bem ressalta uma hipótese de um cônjuge que descobre, logo após o casamento, algum fato que desabone a honra e boa fama de seu consorte, antes desconhecidos – o que lhe faculta requerer a anulação de casamento, nos termos do art. 1557 do CC. Porém, ao invés de requerer a invalidação, o cônjuge continua coabitando com o outro, mesmo após a descoberta do fato. Tal omissão enseja a aplicação da *supressio*, vez que tendo a oportunidade nada fez, isso em face da expectativa no outro.³³

No Direito de Família, as relações são de cunho existenciais, lidando do âmago da pessoa humana e a confiança recebe o nome de afeto. O afeto caracteriza uma sociedade familiar em função de uma rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se esperando a violação da confiança depositada por outra, consistindo em ver a dignidade humana, honra e imagem, assegurada constitucionalmente, e é nessa mesma vertente que a doutrina de que Farias e Roselvand, compactuam.

Reconhecer a boa-fé não é tarefa fácil, segundo o ministro do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins, pois o mesmo alega que para concluir se o sujeito estava ou não de boa-fé torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparado pelo direito. O ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino explica que a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõem, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade.³⁴

Ou seja, a o princípio da boa-fé objetiva busca estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, e irradia por todo o ordenamento jurídico.

³² DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé objetiva**, cit, p. 302-3.

³³ Idem, p. 396

³⁴ Jusbrasil. Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-emitodas-as-areas-do-direito?ref=amp>>. Acesso em 10 junho 2017.

3.5 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA NÃO-INTERVENÇÃO SOB O VIÉS DA RESPONSABILIDADE DO CONSORTE

A presença da liberdade e autonomia são marcas indeléveis do conceito de dignidade da pessoa humana, neste sentido Capelo de Souza formula sua doutrina:

É que, a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reavaliação dos mesmos e na recondição do seu comportamento. Ora, tal autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se, pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v.g., intrometendo-se nela a instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem.³⁵

Previsto no artigo 1.513 do atual Código Civil o Princípio da não-intervenção ou da liberdade prevê que: “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família”.

Nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso³⁶, a autonomia é elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, de modo a permitir a busca individual do ideal de viver bem e de ter uma vida boa.

A autonomia privada é um dos principais sustentáculos do direito privado.

O vocábulo autonomia vem do grego *auto* + *nomos* e significa independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias.³⁷ Na sua origem, se referia “à coletividade, precisamente ao seu poder autárquico, consistente na capacidade de a polis grega instituir os meios de seus poderes legítimos e fazê-los respeitados pelos cidadãos”.³⁸

Autonomia privada é o poder de auto regulação, dentro das fronteiras do legislador, concedido aos particulares, enquanto sujeitos dos direitos individuais da liberdade, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana.

³⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra : Coimbra, 2011. p. 327.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81.

³⁷ CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no Direito Privado**. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, ano 5, n 19, jul-set.2004, p.84. ³⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra : Coimbra, 2011. p. 327.

³⁸ BARBOZA, 2008. p. 408.

A autonomia privada não se identifica somente com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito. Ela não é um valor em si mesmo. O poder de autonomia, nas suas variadas manifestações, para Pietro Perlingieri “é submetido aos juízos de licitude e de valor, através do quais se determina a compatibilidade entre o ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.”³⁹

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A liberdade geral de ação implica em um direito e em uma permissão *prima facie*. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça suas ações ou omissões, bem como permita fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a essa liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, deve apresentar razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo.

O direito de liberdade está consubstanciado numa perspectiva de privacidade e intimidade, podendo o ser humano realizar suas próprias escolhas, isto é, o seu próprio projeto de vida.⁴⁰

A liberdade é um dos bens mais preciso que o ser humano tem. Mas às vezes o homem busca limitar este direito, dentro de aspectos que são importantes para o momento de cada sociedade. Num passado não muito distante, não havia o reconhecimento à filiação mesmo que fora do casamento. A adoção de qualquer outra união que não o casamento, expressa a clara limitação da liberdade por imposição legal. Com relação a liberdade, em suas mais variadas formas de expressão e desfrute leciona Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão:

O direito à liberdade pode ser dirigido contra o Estado, e tal direito conserva a identidade própria. O indivíduo é garantido contra violação por parte da autoridade pública, como: a garantia de liberdade quanto a prisões, à liberdade de residência, de emigração, de expressão de pensamento, à liberdade de reunião, de associação etc. O direito a liberdade é intransferível. Não é possível transferir para outro o direito de liberdade, ou a ele renunciar. O ordenamento jurídico não autoriza que a pessoa se prive de determinado direito, que é direito essencial.⁴¹

Portanto, fala-se em uma autonomia privada apta à gerar relações privadas, ao passo que a vontade não pode ser manifestada de forma desenfreada e abusiva, havendo de

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar 2002, p. 277.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice *apud* Cardoso e Bastos, Marcelo Cristiano de Moraes. *In*, **Revista Jurídica De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, vol. 13, n. 22, p. 169 (Jan./jun. 2014).

⁴¹ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade**: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba : Juruá, 2009. p. 204.

obedecer aos limites da ordem pública, como dignidade da pessoa humana, função social e boa-fé.

Por outro ponto de vista, se observar sob o viés do princípio da autonomia privada e da não-intervenção do Estado nas relações familiares, encontra-se a coercitividade do Estado nos cônjuges/parceiros, de forma a os tolir de seus impulsos de infidelidade em prol da observância de estrita fidelidade, lealdade e respeito e consideração mútuos.

Ipsis litteris o dever de fidelidade deve perdurar enquanto subsista a sociedade conjugal, terminada esta pela morte, anulação do casamento ou separação judicial, onde readquire o cônjuge, de acordo com o artigo 1576 do Código Civil, plena liberdade sexual.

Portanto, conforme letra de lei, caso, um dos cônjuges não queira coabitar com o parceiro, mas com um novo indivíduo, de maneira legal é obrigado a primeiro se divorciar para posteriormente resgatar o direito de manter relações sexuais com quem desejar, burocratizando-se o sexo.

Diante do fato, os tribunais, em sua maioria, não concedem mais danos morais à infidelidade por si só.

A conjectura da sociedade atual traz os chamados relacionamentos abertos, onde fidelidade, entre os cônjuges não é uma condição ou um dever (visto que o pacto entre os envolvidos). Muito embora os deveres conjugais estejam previstos em lei.

3.6 A INFIDELIDADE VIRTUAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS

No Brasil, a relação monogâmica é a única aceita para o amparo legal e constitucional dos direitos e deveres do matrimônio e de lealdade da união estável.

Embora a infidelidade/ traição seja imoral e antiética com o vitimado, demonstra, parece ser numa primeira ótica, um ato muito privativo do ser humano. Se, a análise de ensejo ou possibilidade de dano moral por infidelidade conjugal, se der consoante a objetividade do princípio da autonomia privada e da mínima intervenção do Estado nas relações familiares, conforme observados nos subcapítulos anteriores, a infidelidade seja real ou virtual nem deve ser levado à juízo.

De outro aspecto, nos moldes de uma união monogâmica, a infidelidade virtual representa afronta aos deveres de fidelidade, lealdade, respeito mútuo e insulta a dignidade da pessoa humana, havendo possibilidade do cônjuge ou companheiro traído ingressar em juízo pleiteando indenização por danos morais, desde que fato ocorra um dano à imagem ou situação vexatória ao atraído.

Fato é que as bases principiológicas dos Direitos humanos pressupõem-se como pilares base da liberdade do sujeito com vistas a função social.

Numa ponderação, observa-se de um lado há os direitos dos consortes ante a sua liberdade sexual e de outro lado o vitimado e a danificação da sua honra, boa imagem, abalo psicológico que por muitas vezes ressurgem em doenças psicológicas como a síndrome do pânico.

Entende-se que, diante dos danos e das fundamentações legais principiológicas não restam dúvidas que a infidelidade desvendada, seja presencial ou virtual, representa uma infração à dignidade da pessoa humana, da isonomia. Além dos princípios específicos do direito privado, os princípios da boa-fé e da confiança nas relações familiares.

Sendo a dignidade humana requisito fundamental para uma boa conduta entre os homens, é certo que, a infringência a este princípio basilar do Estado Democrático de Direito, já é capaz de gerar uma desestabilização da sociedade por anseio à justiça ou mínima reparação aos danos sofridos.

4. DOS DEVERES DO CASAMENTO E O PARALELO À UNIÃO ESTÁVEL

4.1. NO CASAMENTO

A origem da palavra cônjuge vem do latim *conjugatus*. O verbo *conjugare* (de *cum jugare*), entre outros sentidos, significa a união de duas pessoas sob a mesma canja, donde *conjugis* quer dizer jungidos (acasalados) ao mesmo jugo ou ao mesmo cativoiro. O vocábulo *jugum* era o nome dado pelos romanos à canja ou aos arreios que prendiam as bestas às carruagens.

A igualdade entre Homens e Mulheres é um dos princípios constitucionais do Direito de Família e o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988 reza que os direitos e obrigações alusivos à sociedade matrimonial devem ser cumpridos igualmente pelo homem e pela mulher, sem qualquer tipo de distinção ou discriminação.

O casamento altera o estado civil dos cônjuges, de solteiros para casados. Como afirma Maria Berenice Dias, o estado civil é atributo da personalidade, que qualifica a pessoa perante a sociedade.

A lei tenta tornar claro os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal pelo homem e pela mulher.

O interesse do Estado na manutenção das famílias como base da sociedade nada mais é que uma forma de gerar presunções de paternidade, a qual garante uma certa legitimidade da prole na transmissão do patrimônio familiar aos seus “legítimos sucessores”⁴³.

Segundo Clóvis Beviláquia “representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão-somente um dever moral, sendo exigido pelo direito em nome de superiores interesses da sociedade.”⁴⁴

Para Rodrigo da Cunha Pereira, a fidelidade só se tornou lei jurídica, um dos deveres do casamento, porque o “impulso” da infidelidade existe. Funcionando o direito como uma sofisticada técnica de controle das pulsões, e a imposição da fidelidade é uma renúncia pulsional.⁴⁵

Para Sílvio Venosa, o dever de fidelidade é uma norma além da moral, trata-se de uma norma jurídica que admitiu punição tanto na esfera cível quanto criminal.⁴⁶

⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P 238.

⁴⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**, 110.

⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais...**, 80.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio, **Direito Civil: direito de família**, 161.

O Código civil permite aos casados a condição de consortes repassando-lhes a responsabilidade pelos encargos da família e enumera os deveres dos cônjuges de um para com o outro, conforme fundamento legal do Código Civil:

Artigo 1566:

- I – fidelidade recíproca;
- II – vida em comum, no domicílio conjugal;
- III- mútua assistência;
- IV- sustento, guarda e educação dos filhos;
- V- respeito e considerações mútuos.

Apesar do rol taxativo, a doutrina reconhece que a lei não considera de todos os deveres inerentes a ambos os casados prevendo os mais importantes, ou seja, aqueles reclamados pela ordem pública e pelo interesse social.⁴⁷

Genericamente, fidelidade remete a ideia de sexualidade monogâmica estritamente com o consorte. No entanto, fidelidade, segundo o dicionário Aurélio, também pode ser, fé, lealdade, veracidade, qualidade de fiel, veracidade. E para fiel, do Latim *fidelitas*, “fé, adesão”, de *fidelis*, “fiel, verdadeiro”, de *fides*, “fé”. Sendo fé nada mais do que “acreditar”. Portanto, fiel é aquele que acredita, e fidelidade aquele que tem qualidade de se fazer acreditar.

Nesse passo, o direito civil de 2002 traz a mesma relação obrigacional do matrimônio do código de 1916 em seu art. 231.

Para alguns doutrinadores o dever de fidelidade, foi instituído com o objetivo de preservar a família. Carlos Roberto Gonçalves, vê este dever como decorrente do caráter monogâmico do casamento:

A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge. Se extrapolar a normalidade genérica, pode ensejar indenização por dano moral. O dever em apreço inspira-se na ideia da comunhão plena de vida entre os cônjuges, que resume todo o conteúdo da relação patrimonial. Impõe a exclusividade das prestações sexuais, devendo cada consorte abster-se de praticá-las com terceiro.⁴⁸

Paulo Nader trata o casamento como negócio jurídico bilateral, que se realiza *intitutu personae*, motivada a escolha do parceiro em sentimentos de afeto, admiração e desejo. Afirma também que fidelidade recíproca é um compromisso que surge na fase do namoro, quando os sentimentos ganham raízes e desejam institucionalizar-se no plano da lei, pelo

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de direito civil**, 112.

⁴⁸ GONÇALVEZ, 2012, p. 190.

casamento, devendo perdurar, tal dever, durante a sociedade conjugal, extinguindo-se com a mesma.⁴⁹

Para Maria Berenice Dias, o dever de fidelidade recíproca e de manutenção de vida em comum entre os cônjuges, bem como o dever de lealdade imposto aos companheiros, não significam obrigação de natureza sexual. Mas a promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, saúde e na doença, feita na cerimônia religiosa do casamento nada mais significa do que o compromisso de atender ao dever de mútua assistência (CC 1.566, III), assim como aos deveres de mútuo respeito e consideração (CC 1.566, V), que são impostos a ambos os cônjuges.⁵⁰

Por outro prisma, o casal quando decide pelo casamento deve conhecer as regras do mesmo, principalmente quanto aos compromissos impostos pela lei. Assume-se deveres de não fazer, tais como, não cometer adultério, sevícia ou injúria grave, conduta desonrosa; e outros fatos que tornem evidente à impossibilidade da vida em comum.

Antes da Emenda Constitucional 66/2010, o não cumprimento desses deveres, justificava o pedido de separação judicial. A prova da culpa pela separação causava mais brigas ao casal já desgastado. Foi pensando nisso que a Emenda 66 acabou com a exigência de motivo para se separar de quem não mais se ama. Hoje, para separar, basta afirmar o desejo de se separar e pronto.

Embora o dever conjugal de não fazer seja uma obrigação imposta por lei, para vigorar durante a constância do casamento, a mesma não há como se exigir o seu adimplemento. Como a fidelidade não é um direito exequível, a infidelidade serve como fundamento para a separação. Pois, ninguém é fiel ou por determinação legal.

Os deveres conjugais deixaram de ter relevância na medida em que o seu descumprimento não traz qualquer consequência jurídica na esfera do direito de família. Mas, se algum dos consortes sofrer algum dano à honra, poderá compensar por meio de medida indenizatória por danos morais.

Nesse sentido, existe um projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados o PL 5716/16, do deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB), que prevê a condenação por danos morais ao cônjuge infiel. A proposta inclui a regra no Código Civil, que já estabelece a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges.

⁴⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, V. 5 - *Direito de Família*, p 191.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 237

Se aprovado o projeto, o CC passa a vigorar acrescida do seguinte artigo: "Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge."

Na justificativa do projeto, o parlamentar assevera que a infidelidade constitui afronta ao Código Civil, que impõe a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges no casamento, e deve ser motivo suficiente para embasar a condenação por danos morais. Para o parlamentar apenas se explicita a responsabilidade na lei.

A proposta ainda tramita em caráter de conclusão e será analisada pelas comissões de Seguridade Social e Família e de Constituição e Justiça e de Cidadania (inclusive quanto ao mérito).

4.2. NA UNIÃO ESTÁVEL

Prevista no Código Civil nos artigos 1723 a 1727 e no artigo 1790, a união estável não traz tantas formalidades quanto o casamento. A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 226 e parágrafos equiparou o instituto ao casamento e, principalmente, a acolheu como entidade familiar.

A respeito da regulamentação da união estável, Luiz Augusto Gomes Varjão preceitua que:

[...] a norma constitucional apenas introduziu a união estável no direito de família, possibilitando, desse modo, regulamentação da matéria pela lei ordinária, com a fixação de direitos e deveres entre os conviventes [...] ao atribuir à união estável o status de entidade familiar, a Constituição considerou-a família, conferindo-lhe a mesma proteção assegurada pelo Estado a esta última.⁵¹

Além da União estável entre homem e mulher, o Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, em julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, reconheceu às uniões homoafetivas o status de entidade familiar, estendendo assim a essas relações, a mesma proteção existente à união estável, prevista constitucionalmente e pelo Código Civil. O Supremo Tribunal Federal julgou ainda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, onde decidiu que os órgãos do poder judiciário estão proibidos de interpretar a Constituição Federal e o Código Civil de maneira a impedir o

⁵¹ VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável**: regime patrimonial e direito intertemporal. São Paulo: Atlas, 2007.

reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Pari passu ao dever de fidelidade no casamento, as uniões estáveis hetero e homoafetivas encontram previsão legal no artigo 1.724 do Código Civil, o dever de lealdade, respeito e assistência.

Ao ser regulamentada, a união estável ganhou proteção jurídica por parte do Estado, devendo dessa forma, serem respeitados os deveres a ela inerentes.

Um dos deveres do casamento é a vida em comum, no domicílio conjugal (CC 1566,II). Na União estável, não existe essa imposição, nada é dito sobre o domicílio familiar. Assim, a coabitação, ou seja, a vida em comum sob o mesmo teto não é elemento essencial para sua configuração. Bem ressalta, a Dr^a Maria Berenice Dias⁵² que: “não era exigido nem sequer para o reconhecimento do concubinato”.

Na doutrina, Carlos Roberto Gonçalves em consonância ao entendimento discorre: “como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação. ” A súmula 382 do STF⁵³ dispensou a vida *more uxório* dos concubinos.⁵⁴

Porém, há que se ressaltar que o direito à honra e à imagem, configuram a base da defesa da dignidade da pessoa humana e ninguém está isento de cumprir com os seus deveres legais de não fazer, no caso da união estável, de não lesar o direito alheio sem que isso gere uma devida reparação legal, conforme art. 927 do Código Civil de 2002.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2007, p. 165.

⁵³ Súmula 382 do STF: **A vida em comum sob o mesmo teto**, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

⁵⁴ Idem, p. 167.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL NA INFIDELIDADE VIRTUAL

5.1. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Motivada, inicialmente, pelo desejo de vingança privada (autotutela), a responsabilidade civil evoluiu para a categoria de punição pecuniária ao dano causado.

A responsabilidade civil é configurada através da obrigação de reparação de um dano que alguém causou a outrem. A ideia é que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava anteriormente ao seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá ocorrer a compensação ao que sofreu o dano.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri aduz que:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.⁵⁵

5.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

Com base nos pressupostos da doutrina de Sergio Cavalieri, são três os elementos configuradores da responsabilidade civil⁵⁶ que podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante a análise de seu texto, a saber:

- 1) conduta culposa do agente - “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imperícia”;
- 2) nexu causal – expresso no verbo “causar”;
- 3) dano – revelado na expressão, “violar direito ou causar dano a outrem”

Artigo 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.”

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.P,14

⁵⁶ Idem, p. 19

Detectada a ocorrência do nexo causal entre o dano e a conduta do agente surge a responsabilidade por fato próprio; todavia, se o mal reflete em terceiros, o dever de reparar o dano causado em virtude do fato jurídico será denominado de responsabilidade por fato de terceiros. Porém, a responsabilidade por fato próprio é o principal conceito de todas as outras responsabilidades no âmbito civil.

O dever de indenizar no código civil encontra fundamentação no art. 927, *in verbis*:

“Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Portanto, quando houver violação por uma pessoa ao bem jurídico de outra pessoa, causando-lhe um dano, seja ele material ou moral, é necessário que se faça a aplicação do instituto da responsabilidade civil, a fim de apurar o dano sofrido e fixar, por tanto, uma indenização respectiva.

Dentro da responsabilidade civil, a aplicação do instituto pode ocorrer de diversas formas, sendo uma delas a responsabilidade civil por danos morais, principal questão a ser estudada por este capítulo, que será analisada nos próximos pontos dessa pesquisa.

5.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

De regra a responsabilidade e a obrigação de reparar o dano surge de conduta voluntária violadora de um dever jurídico. Daqui é possível uma divisão de diferentes espécies, responsabilidades cíveis, quais sejam, contratuais, extracontratuais, pós-contratuais, subjetiva e objetiva. Para o presente vale as observações de duas espécies a seguir: responsabilidade objetiva e subjetiva.

5.3.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A ideia de culpa está umbilicalmente ligada à responsabilidade. Mas falar em responsabilidade objetiva é falar numa responsabilidade independente de culpa. Nesse tipo de responsabilidade o dano é decorrente de uma conduta ilícita, mas que, acarreta perigo a outrem pelo simples nexo causal. Baseia-se pela teoria do risco, que surgiu para preencher as brechas que a culpabilidade deixava, admitindo reparar o dano independentemente de culpa. Dessa

forma, a teoria do risco ocupa os espaços, nos casos e situações que lhe são reservados. No entendimento de Ricardo Fiuza é o que se segue:

Na teoria objetiva ou teoria do risco não se cogita a intenção ou o modo de atuação do agente, mas apenas da relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano. Assim, enquanto na responsabilidade subjetiva embasada na culpa, examina-se o conteúdo da vontade presente na ação, se dolosa ou culposa, tal exame não é feito na responsabilidade objetiva, fundamentando no risco, na qual basta o nexos causal entre a ação e o dano, porque de antemão aquela ação ou atividade, por si só, é considerada potencialmente perigosa.⁵⁷

A responsabilidade objetiva está demonstrada no art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, o qual evidencia a causalidade e reparação do ato danoso.

Conforme bem lembra Sílvio Venosa: “A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto focado no Código de 2002”.⁵⁸

Portanto, não havendo lei que trate do dano sofrido, a responsabilidade será subjetiva. Todavia, em situações excepcionais poderá entender, o magistrado, que a responsabilidade é objetiva em razão de atos que envolvam certos riscos, e o ofensor assumira os riscos em sua conduta. Desse modo, na responsabilidade objetiva a culpa pelo dano não é um pressuposto sendo cabível a reparação através de Ação regressiva.

5.3.2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva difere-se da objetiva quanto à existência de um elemento, qual seja, a culpa, além do ato ilícito, nexos causal e dano.

Nos dizeres de Sebastião Oliveira, a culpa, para os defensores da teoria da responsabilidade civil subjetiva é o elemento básico que gera o dever do ofensor de reparar o dano.⁵⁹ Portanto, para que determinada pessoa seja obrigada a compensar o prejuízo ocasionado a outrem, por sua atitude, é necessário que esta se apresente em estado de plena consciência, ou seja, que tenha sido intencional, caracterizando, com isso, o dolo; ou mesmo que esta tenha descumprido com o seu dever de *paterfamiliae*, agindo, então com negligência,

⁵⁷ FIUZA, Douglas Phillips. Dano afetivo nas relações conjugais. Disponível em www.ibdfam.org.br. Acesso em 20/05/2017.

⁵⁸ VENOZA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Parte geral. 1º v. 7 ed. Atlas: São Paulo, 2011, p 14

⁵⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ltr, 2009.

imprudência ou imperícia (culpa). Todavia, se o dano não estiver emanado de uma atitude dolosa (culpa lato senso) ou culposa (culpa em sentido estrito) do agente, compete à vítima suportar os prejuízos, como se tivessem sido causados em virtude de caso fortuito ou força maior.

Os elementos presentes nesta espécie são: a conduta comissiva ou omissiva; culpa do agente; nexo de causalidade e o dano.

No entanto, a culpa na responsabilidade civil quanto aos meios de prova é muito difícil, vez que não conseguindo comprovar o dano sofrido não concede o direito ao devido ressarcimento/compensação do prejuízo.

Ricardo Fiuza remete que a teoria do risco e da culpa não se excluem, mas sim se completam, nesse sentido:

No direito positivo, a subsistência da teoria da culpa é uma realidade com a qual deve coexistir a teoria do risco, aplicada esta última nas hipóteses em que a dignidade econômica ou social entre o agente e a vítima traz a necessidade de abolir qualquer indagação sobre a subjetividade do lesante. Ressalta-se que não há razão para que um conceito exclua o outro; a culpa e o risco se completam, na busca de seu objetivo comum – a reparação do dano.⁶⁰

Para a infidelidade virtual, o enquadramento ocorre na responsabilidade subjetiva, conforme, vez que não é prevista em lei. Restando a modalidade da teoria da culpa. Para tanto, é necessária a comprovação da culpa para que somente então possa ocorrer a compensação do dano sofrido.

5.4. DANO MORAL E A INFIDELIDADE VIRTUAL

A indenização além de compensar a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que afeta a integridade psíquica e bem-estar do cônjuge inocente, possui natureza preventiva ou social, pois inibe o cônjuge ofensor a repetir a conduta no futuro, gerando nele um processo de conscientização com imediatos reflexos sociais.

A quebra do dever de respeito mútuo e a infidelidade ainda que moral, caso afetem a honra do consorte atraído, gera um dano. Para o presente estudo, esquematizou-se um modelo de análise:

⁶⁰ FIUZA, Ricardo. Código Civil Comentado. 6ª ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 884.

• **Conduta culposa:** Ridicularização da imagem do cônjuge traído em caso de infidelidade virtual no bate papo com a amante. Ofensas à boa fama da consorte traída. E vários compartilhamentos virtuais em efeito dominó expondo ao público a situação vexatória da imagem da vitimada.

Nexo de causalidade: o agente é cônjuge da vítima e ensejou o dano mediante a ação negligente aos dos deveres do casamento/união estável (respectivamente, artigos 1.566 e 1724, ambos presentes no Código Civil de 2002) cumulados com a violação à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III e art. 5º, V e X da CRFB c/c art. 186 e 927 do atual Código Civil). Vez que quem deu azo à situação vexatória da imagem da vítima não foi a própria, mas sim o cônjuge negligente.

• **Dano moral:** lesão à honra, imagem, e abalo grande psicológico do cônjuge vitimado devida à várias situações jocosas com sua imagem, principalmente no seu local de trabalho.

Conforme anteriormente citado o atual ordenamento civil abarcado pelo fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, e com vistas ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se inferir que o dano sofrido à vítima da traição conjugal é caracterizado por um sofrimento causado ao direito da personalidade, de modo que a dignidade humana é resguardada pelo direito da personalidade. Nessa mesma linha, Silvio Venosa:

“Os direitos de personalidade possuem os seguintes característicos (sic): (a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; (b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis; (c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediatos; (d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos erga omnes. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada.⁶¹

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Parte Geral. 1ºv. 7 ed. Atlas: São Paulo, 2007, p. 169.

Vale ressaltar que, quando o dano decorre da prática do ato ilícito, sempre gera obrigação indenizatória. Comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito (CC 927), o infrator está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e os morais.⁶²

Nem mesmo por ato voluntário as pessoas podem renunciar a sua honra, bem como, utilização de seu nome ou sua imagem sem expressa autorização. Tanto que está previsto no artigo 12 do Código Civil de 2002: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Por se tratarem de direitos extrapatrimoniais, as indenizações morais são compensatórias do dano vivido.

Grande parte da doutrina sustenta que a violação dos deveres do casamento trata de ato ilícito e pode ensejar a responsabilidade indenizatória para compensar os danos sofridos.

Maria Helena Diniz, afirma em sua obra sobre a infidelidade virtual:

Diante do fato de haver possibilidade do internauta casado participar, por meio de programa de computador, como o ICQ, de chat, de mirc e sala de bate papo voltados a envolvimento amorosos geradores de laços afetivos – eróticos virtuais, pode surgir na internet, infidelidade, por e-mail e contatos sexuais imaginários com outra pessoa, que não seja seu cônjuge, dando origem não ao adultério, visto falar conjunção carnal, mas à conduta desonrosa. Deveras os problemas do dia-a-dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilidade ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo platônico com pessoas sem rosto e sem identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais [...] e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o do relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao consorte.⁶³

Já para a jurisprudência brasileira, a infidelidade conjugal, por si só, embora constitua violação dos deveres do casamento, não gera o dever de indenizar, sendo necessária a prova de atos lesivos à honra da vítima.

Vejamos alguns casos de decisões de tribunais relacionadas às relações amorosas/eróticas virtuais natureza de infidelidade nesse sentido:

“TJDF DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS – INFIDELIDADE – SEXO VIRTUAL (INTERNET) – COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS – OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CONJUGE

⁶² PEREIRA, Sérgio Gisckow, Estudos de direito de família, 82.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 24 ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p 297

TRAÍDO – DEVER DE INDENIZAR – EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1.566 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – PEDIDO JULGADO PRECEDENTE.

[...] Se a traição, por si só, já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante, afirma a sentença. As provas foram colhidas pela própria esposa enganada, que descobriu os e-mails arquivados no computador da família. Ela entrou na Justiça com pedido de reparação por danos morais, alegando ofensa à sua honra subjetiva e violação de seu direito à privacidade. Acrescenta que precisou passar por tratamento psicológico, pois acreditava que o marido havia abandonado a família devido a uma crise existencial. Diz que jamais desconfiou da traição, só comprovada depois que ele deixou o lar conjugal. Em sua defesa, o ex-marido alegou invasão de privacidade e pediu a desconsideração dos e-mails como prova da infidelidade. Afirma que não difamou a ex-esposa e que ela mesma denegria sua imagem ao mostrar as correspondências às outras pessoas. Ao analisar a questão, o magistrado desconsiderou a alegação de quebra de sigilo. Para ele, não houve invasão de privacidade porque os e-mails estavam gravados no computador de uso da família e a ex-esposa tinha acesso à senha do acusado. Simples arquivos não estão resguardados pelo sigilo conferido às correspondências, conclui. (Proc. Nº 2005.01.1.118170-3 TJ-DFT (TJDF, sentença proferida pelo juiz Jansen Fialho de Almeida. 21/5/2008)

O Tribunal de São Paulo, traz também o caso em comento:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECLARAÇÕES CALUNIOSAS INVERÍDICAS. REPORTAGEM NO NOTICIÁRIO DA TELEVISÃO. ADULTÉRIO. SITUAÇÃO VEXATÓRIA CARACTERIZADA. OFENSA A INTEGRIDADE MORAL. FIXAÇÃO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO ARBITRADO CORRETAMENTE; RELATOR(A): PAULO ROBERTO HAPNER; JULGAMENTO: 28/08/2002; ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL; PUBLICAÇÃO: 6271.)

Nº 0036600-97.2012.8.26.0002 - **Processo Físico** - Apelação - São Paulo - Apelante: C. B. - Apelado: L. de A. B. - Magistrado (a) Carlos Alberto Garbi - Deram provimento ao recurso. V. U. - INDIGNIDADE. CÔNJUGE. INFIDELIDADE VIRTUAL. COMPROVAÇÃO. CESSAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. LITISPENDÊNCIA. PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO. CORRELAÇÃO COM AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA AÇÃO. EFEITOS DIVERSOS. EXTINÇÃO AFASTADA. JULGAMENTO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 515, § 3º, DO CPC. INDIGNIDADE. CÔNJUGE. RECONHECIMENTO. INFIDELIDADE VIRTUAL COMPROVADA NOS AUTOS. A RÉ MANTEVE RELACIONAMENTO AFETIVO COM OUTRO HOMEM DURANTE O CASAMENTO. TROCA DE MENSAGENS ELETRÔNICAS DE CUNHO AMOROSO E SENTIMENTAL. CARACTERIZAÇÃO DE INFIDELIDADE, AINDA QUE VIRTUAL. OFENSA À DIGNIDADE DO AUTOR. A

INFIDELIDADE OFENDE A DIGNIDADE DO OUTRO CÔNJUGE PORQUANTO O COMPORTAMENTO DO INFIEL PROVOCA A RUPTURA DO ELO FIRMADO ENTRE O CASAL AO TEMPO DO INÍCIO DO COMPROMISSO, ROMPENDO O VÍNCULO DE CONFIANÇA E DE SEGURANÇA ESTABELECIDO PELA RELAÇÃO AFETIVA. A INFIDELIDADE OFENDE DIRETAMENTE A HONRA SUBJETIVA DO CÔNJUGE E AS CONSEQUÊNCIAS SE PERPETUAM NO TEMPO, PORQUANTO OS SENTIMENTOS NEGATIVOS QUE POVOAM A MENTE DO INOCENTE NÃO DESAPARECEM COM O TÉRMINO DA RELAÇÃO CONJUGAL. TAMPOUCO SE PODE OLVIDAR QUE A INFIDELIDADE CONJUGAL CAUSA OFENSA À HONRA OBJETIVA DO INOCENTE, QUE PASSA A TER SUA VIDA SOCIAL MARCADA PELA MÁCULA QUE LHE FOI IMPOSTA PELO OUTRO CONSORTE. MESMO QUE NÃO SE ENTENDA QUE HOUVE INFIDELIDADE, A GRAVE CONDUTA INDEVIDA DA RÉ EM RELAÇÃO AO SEU CÔNJUGE DEMONSTROU INEQUÍVOCA OFENSA AOS DEVERES DO CASAMENTO E À INDIGNIDADE MARITAL DO AUTOR. INDIGNIDADE RECONHECIDA. CESSAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECLARADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO PROVIDO. ART. 1007 CPC - EVENTUAL RECURSO - SE AO STJ: CUSTAS R\$ 163,92 - (GUIA GRU NO SITE <http://www.stj.jus.br>) - RESOLUÇÃO Nº 1 DE 18/02/2016 DO STJ; SE AO STF: CUSTAS R\$ 181,34 - GUIA GRU - COBRANÇA - FICHA DE COMPENSAÇÃO - (EMITIDA ATRAVÉS DO SITE www.stf.jus.br) E PORTE DE REMESSA E RETORNO R\$ 81,60 - GUIA FEDTJ - CÓD 140-6 - BANCO DO BRASIL OU INTERNET - RESOLUÇÃO Nº 569 DE 05/02/2016 DO STF. Os valores referente ao PORTE DE REMESSA E RETORNO, não se aplicam aos PROCESSOS ELETRÔNICOS, de acordo com o art. 4º, inciso III, da Resolução nº 569/2016 do STF de 05/02/2016. - Advvs: Regina Beatriz Tavares da Silva (OAB: 60415/SP) - Fernanda

A exemplo similar:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECLARAÇÕES CALUNIOSAS INVERÍDICAS. REPORTAGEM NO NOTICIÁRIO DA TELEVISÃO. ADULTÉRIO. SITUAÇÃO VEXATÓRIA CARACTERIZADA. OFENSA A INTEGRIDADE MORAL. FIXAÇÃO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO ARBITRADO CORRETAMENTE. HONORÁRIOS DA AUTORA E DA RÉ, APLICADOS CORRETAMENTE, CONSOANTE DISPÕE O ARTIGO 20, § 3º, DO CPC. HONORÁRIOS DO AUTOR. SENTENÇA MANTIDA. AUSÊNCIA DE RECURSO ESPECÍFICO, PARA A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 20, § 4º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. RECURSO PRINCIPAL IMPROVIDO - MAIORIA - RECURSO ADESIVO DESPROVIDO, DECISÃO UNÂNIME.

"Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da sua experiência e do bom senso, atendendo à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso". (RSTJ 97/281). (TJPR - Apelação Cível: AC 1235649 PR 0123564-9);

Segundo Maria Berenice Dias, “a violação dos deveres impostos ao casamento e a união estável não constituem, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte a ponto de gerar obrigação por danos morais”.⁶⁴

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que a infidelidade de um dos cônjuges afronta o que se entende por respeito e consideração mútua (artigo 1.566, I e V do Código Civil), todavia, quando não se puder comprovar o intuito de lesar ou ridicularizar o cônjuge traído haveria apenas razão para a ruptura do matrimônio, jamais compensação por danos morais.

Assim, para a presente jurisprudência brasileira, a indenização por danos morais ensejada pela infidelidade virtual é possível, uma vez que, a mesma é vista como uma violação à dignidade humana, por infringir não somente os deveres conjugais, mas sim deveres constitucionais fundamentais umbilicalmente ligados ao direito de família, direito humanos fundamental, a dignidade.

5.5. DAS PROVAS

A ordem judicial de reparação pelo dano moral é sanção atribuída ao ofensor, para compensar o ofendido pelos reflexos negativos por ele sentidos em sua personalidade, independentemente de haver repercussão em sua situação profissional, econômica, política ou social. Seu objetivo é reparar a dor, o padecimento espiritual e emocional infligido à vítima de um evento danoso.

Há a necessidade de demonstrar o dolo (intuito de praticar o dano) ou a culpa, mediante conduta voluntária omissiva ou comissiva, negligente e/ou imprudente. Desde que a lei estabeleça expressamente a culpa do agente, cabe a este, provar que não agiu dolosamente ou culposamente. Portanto, a postura do cônjuge infiel quando ostentada de forma pública, compromete a reputação, a imagem e a dignidade do vitimado.

É importante lembrar que embora o dano moral seja considerado *in re ipsa, ou seja, presumido* pela dimensão do fato, o Superior Tribunal de Justiça não tem mais considerado este um caráter absoluto, definindo em quais situações o dano moral pode ser presumido: cadastro de inadimplentes, responsabilidade bancária e atraso de voo estão entre os casos. Ou seja, para o caso estudado, a comprovação se faz necessária. Porém, a dificuldade em demonstrar as provas do dano sofrido nem sempre se dá de maneira fácil ou lícita, uma vez que

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Família**, p 92.

para provar tal ilicitude é necessário comprovar a conduta de infidelidade virtual do outro consorte. De qualquer modo, a hipótese tem de respeitar a vedação ao uso de prova ilícita, garantida constitucionalmente (art. 5º, LVI da CRFB). Sendo assim, não se admite a prova que, obtida ilicitamente, demonstre a existência das relações extraconjugais.

A descoberta da infidelidade virtual pelo cônjuge traído se dá, normalmente, na medida em que o mesmo acessa algum tipo de serviço de comunicação por *internet* utilizado pelo outro mediante tentativa de colocação de senha ou via *softwares* que auxiliam ao acesso (não permitido) a determinada informação, ou seja, o cônjuge traído invade o sítio virtual do traidor para angariar informações a respeito da traição e, neste aspecto, para o direito civil, a prova seria ilícita, com base na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, isto é, ainda que a prova seja verdadeira, o modo como foi obtida é ilícito e a contamina, pelo que não merece admissão no processo, entretanto cabe ao julgador (destinatário da prova), no caso concreto, examinar a possibilidade de aceitação da prova.

A exemplo segue Jurisprudência de São Paulo:

CERCEAMENTO DE DEFESA DANOS MORAIS CALÚNIA
INFIDELIDADE CONJUGAL PEDIDO DE PROVA ORAL
NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO SENTENÇA IMPROCEDENTE
ANULADA DADO PROVIMENTO AO RECURSO
(TJ-SP - APL: 00031420320128260257 SP 0003142-03.2012.8.26.0257,
Relator: Lucila Toledo, Data de Julgamento: 10/06/2014, 9ª Câmara de Direito
Privado, Data de Publicação: 13/06/2014)

Para Sílvio Venosa “O jurista não pode ficar insensível ao avanço tecnológico e deve adaptar os velhos conceitos da prova aos avanços da ciência, em seus vários campos.”⁶⁵ E prossegue o autor: Desse modo, filmes, gravações de voz e imagem, pelos meios técnicos cada vez mais aperfeiçoados, devem ser admitidos como prova lícita, desde que não obtidos de forma oculta, sem o consentimento das partes, o que os tornaria moralmente ilegítimos, e desde que provada sua autenticidade.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 1ºv. 7 ed. Atlas: São Paulo, 2007, p. 607.

5.6. QUATIFICAÇÃO DO DANO

Que o dano moral deve ser reparado, isso já está pacificado. O difícil é encontrar um forma, e uma base para se apoiar quando da fixação do valor da indenização.

Nesse sentido, vem o arbitramento judicial, onde a própria lei, em alguns casos, manda que se recorra a ele, tendo como exemplo o artigo 950 e o artigo 953 do Código Civil, onde fica a critério do juiz a mensuração da indenização.

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Ou seja, cabe ao juiz, de acordo com o seu arbítrio, atentar para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

De nada adianta fixar indenizações astronômicas sem seguir um critério, sem analisar a situação concreta, gerando com isso, inclusive, enriquecimento sem causa. Da mesma forma não se pode menosprezar o dano suportado, uma vez que a indenização deve reparar o dano sob os critérios da justiça e de acordo com o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e do livre convencimento motivado.

O magistrado, deverá agir com as cautelas de sempre, examinando as circunstâncias dos autos e julgando fundamentadamente⁶⁶.

Para que isso ocorra, o dano deve ser analisado sob a égide do “homem médio”.⁶⁷ Não se deve levar em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.

Delimitar o dano moral é um grande desafio. O dano moral sofrido por cada uma das pessoas que o invoca é algo imensurável, por isso vislumbra-se uma compensação ao dano sofrido. Dessa forma, o critério mais seguro e equilibrado para a definição do encargo é do arbitramento judicial, pois inviável seria fixar regras para regulamentar o nível de dano suportado por alguém, devendo porém, serem fixados critérios ou parâmetros para o juiz poder se basear, para que esse arbítrio não se torne puro, inferindo assim no princípio da legalidade.

⁶⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. Vol. 3. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. ed. Atlas: São Paulo, 2011, p. 49.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de indenização por danos morais, no âmbito da infidelidade virtual, não decorre automaticamente da traição virtual, mas de onde a infidelidade virtual vem a ser a causa, dor, vexame, sofrimento, humilhação, e *violação do direito à dignidade*⁷⁶, configurando o dano moralmente suportado, o efeito dessa traição.

Ao cônjuge atraído resta raiva, frustração, desconfortos e muitas vezes até mesmo o desejo de vingança. Fato é que muitas vítimas sofrem o abalo na dignidade, e psique, mas é principalmente o ataque à honra subjetiva e objetiva do indivíduo lesado o cerne do direito à reparação pela infidelidade virtual.

Ocorre que o direito civil pátrio, foi influenciado por grande carga moral religiosa vinda do direito português, mas também é sabido que o mesmo recebeu revisão após o advento da Constituição Federal de 1988, mais preocupada com a dignidade da pessoa humana. Nesse passo, não obstante as regras jurídicas postas, os princípios passaram a ser utilizados pelos operadores do Direito para embasar as mais diversas teses e decisões judiciais. De tal forma a acompanhar a nova realidade, rompendo com preceitos de uma sociedade fortemente influenciada pela religião, passando a se preocupar com outros valores consagrados pela Constituição Federal.

Nesse cotejo, os princípios como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III CF) e a solidariedade social (artigo 3º, inciso V da Constituição Federal) passaram a ser utilizados como parâmetros para repensar os institutos de direito civil, advindo daí outros conceitos técnicos que podem ser extraídos desses dois e cuja aplicação tem sido recomendada por copiosa doutrina de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.

Maria Berenice Dias afirma que em cada união familiar, cada um dos membros da família tem uma função. E por esse motivo, se aponta que o casamento implique em comunhão plena de vida (artigo 1.513 CC), ou seja, quem firma tal compromisso, abrirá mão de parcela de sua individualidade em prol do grupo familiar que daí se formará e, em analogia, entende-se a possibilidade para os tipos de união familiar como por exemplo a informal – união estável e a homoafetiva, dentre outras abrangidas pela legalidade brasileira.

Ao contrair matrimônio, respeitadas as condições legais, trata-se de ato puramente livre e consciente dos nubentes; aos quais parte de sua individualidade, mas não de sua liberdade, se dará em função da família.

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2012, p. 89.

Diante disso, indaga-se uma reflexão: falar de quebra de dever de fidelidade conjugal, seria impor um puritanismo retrógrado que cerceia a liberdade sexual do consorte? Ou seria tutelar o direito da personalidade das vítimas da infidelidade virtual resultantes de ataques que vão da honra objetiva (reputação social) à honra subjetiva ensejadoras de danos comprometedores da saúde psicológica e mental?

Conforme vimos, a infidelidade de um dos cônjuges afronta o que se entende por respeito e consideração mútua (artigo 1.566, I e V do Código Civil), todavia, quando não se puder comprovar o intuito de lesar ou ridicularizar o cônjuge traído haveria apenas razão para a ruptura do matrimônio e não para compensação por danos morais. Uma vez que não cabe dano presumido para infidelidade.

Desse modo, trazer a responsabilidade civil para o campo da infidelidade virtual, é desafiador vez que os meios probatórios são notavelmente difíceis de se obter como prova lícita, pois as provas estão em conversas de celulares, ou notebook, de uso privativo do outro cônjuge, e trazer aos autos uma prova dessas sem o consentimento do agente é configurador de prova ilícita, indo em contraponto aos princípios de personalidade, além de sigilo telefônico ou das comunicações.

O presente estudo tentou abordar tema ainda novo, porém muito polêmico. Na análise, observou-se fundamentos legais para a regulamentação da possibilidade da aplicação do instituto do dano moral à infidelidade virtual. O novo tipo de relacionamento é crescente em todo o mundo, e já bate à porta do Judiciário.

Porém, por tratar-se de um tema novo poucos tribunais têm decisões a respeito. O site dos STF, STJ, e dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Amazonas, Minas Gerais, Paraná, Bahia, Sergipe, Mato Grosso e Paraná, foram acessados porém poucos renderam o retorno esperado em seus acórdãos e julgados.

Porém, ações de Direito de Família tramitam em segredo de Justiça e a exposição das situações vexatórias vivenciadas provavelmente, bloqueia a muitos que se sentiriam mais expostos em sua imagem e honra.

Desse modo, a condenação ou não do requerido ao pagamento de indenização por danos morais deverá ser analisada em cada caso concreto, sob a luz dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, livre convencimento motivado, equidade e principalmente sob a égide da dignidade da pessoa humana, de modo que a justiça seja exercida de forma coerente para ambas as partes, efetivando, dessa forma, a paz social.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui, **Oração aos moços**, 27.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito**

Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**, 110.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, ano 5, n 19, jul-set.2004, p.84. ¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra : Coimbra, 2011. p. 327.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

COLETA, Dela, Alessandra dos Santos Menezes, COLETA, Dela Marília Ferreira & GUIMARÃES José Luiz, (2008). O amor pode ser virtual? O relacionamento amoroso pela internet. *Psicologia em Estudo*, 13(2), 277-285.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé objetiva**, cit, p. 302-3.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. _____. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. revista e atualizada de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. _____. 22. ed. revista e atualizada de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. aumentada e atualizada de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

Facebook e usuários no Brasil. Disponível em: < <http://www.techenet.com>>. Acesso em: 10/06/2017

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade**: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba : Juruá, 2009. p. 204.

FIUZA, Douglas Phillips. Dano afetivo nas relações conjugais. Disponível em www.ibdfam.org.br. Acesso em 20/05/2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. Vol. 3. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**.

_____. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 127.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 7 ed. ver; atual., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Jusbrasil. Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-entodas-as-areas-do-direito?ref=amp>>. Acesso em 10 junho 2017.

MARÇAL, Thaís Boia. **ASPECTOS POLÊMICOS DA ‘USUCAPIÃO CONJUGAL’**: questões afetas ao art. 1240-A do Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado da Revista dos Tribunais, v. 54, p. 269, abr/jun. 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor**, cit., p. 32-33.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de direito civil**, 112.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, V. 5 - *Direito de Família*, p 191.

PAIVA, Maria Aparecida Rocha. **A Infidelidade Virtual e a Possibilidade de Indenização por Danos Morais**. Lumen Juris Direito

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar 2002, p. 277.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. Rio de Janeiro**: forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais** norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PINHEIRO, Daniela. **Trair e teclar, é só começar**. Revista VEJA on-line. Ano 39. 1940. ed. Abril S. A.

ROSENVALD, Nelson e Farias, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2010, p. 41.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra : Coimbra, 2011. p. 327.

TERÊNCIO, Marios Gonçalves e SOARES, Dulce Helena. **A Internet Como Ferramenta Para O Desenvolvimento Da Identidade Profissional**, 2008.

VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável**: regime patrimonial e direito intertemporal. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 6

ZANONI, Gabriela. **O rompimento dos deveres conjugais como forma ensejadora de danos morais**. Disponível em< http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3157>. Extraído em 11/06/2017