

INFIDELIDADE VIRTUAL E A POSSIBILIDADE DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Mariana Basseto Mariano

Profª. Ms. Aline Storer

Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

RESUMO

Este artigo tem como tema central a possibilidade de se obter ou não indenização por danos morais em caso de um dos cônjuges não cumprir com seu dever de fidelidade e acabar por consumir a infidelidade de modo virtual. O objetivo geral é analisar a questão relativa ao por que em alguns casos não é possível gerar responsabilidade civil por este novo modelo de infidelidade e buscar uma igualdade no tocante a infidelidade carnal que, por outro lado, é possível uma responsabilização pecuniária na maioria dos casos. Já o objetivo específico é de encontrar uma melhor explicação sobre a questão, através do uso de procedimentos técnicos bibliográficos, legislações sobre o tema (dispositivos que são aplicados à analogia), jurisprudenciais e compreender, por meio dos resultados obtidos os entendimentos do Poder Judiciário ao longo do tempo. Enfim conclui-se que, por mais que houve o não cumprimento da fidelidade recíproca por um dos consortes, não são todos os casos que os Tribunais Superiores irão deferir danos morais para a parte prejudicada.

Palavras-chave: Casamento. Dano moral. Infidelidade virtual. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The article has as its main theme the possibility of obtaining or not indemnity for moral damages in case one of the spouses does not comply with their duty of fidelity and ends up consummating the infidelity in a virtual way. The general purpose is to analyse the relative question: why in some cases it is not possible to generate civil responsibility for this new model of infidelity and seek equality in what is called carnal infidelity, which, on the other hand, is possible in most of the cases a pecuniary liability. The specific objective is to find a better explanation about the question, through out the use of bibliographic, legislations procedures about the theme (devices that are applied to analogy) case law and understand, through out the results obtained by knowledge of the Judiciary Power though out the time. In conclusion, even if it occurs the reciprocal infidelity by one of the members, are not all the cases that the Higher Courts will grant moral damages to the aggrieved party.

Key Words: Civil Responsibility. Marriage. Moral Damage. Virtual Infidelity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1 DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO, 1.1 Considerações iniciais sobre a organização familiar, 1.2 Dos princípios informadores (estruturantes) do Direito de Família, 1.3 Da família matrimonial, 1.4 Das características e dos efeitos pessoais do casamento. 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E O AMBIENTE VIRTUAL, 2.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil, 2.2 Pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, 2.3 Do ambiente virtual, 2.4 O dano no âmbito virtual e as relações familiares conjugais. 3 DA POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÔNJUGE DIANTE DA INFIDELIDADE VIRTUAL, 3.1 Novo modelo de infidelidade, 3.2 Fundamento legal, 3.3 Da caracterização do dano moral pela prática de infidelidade virtual, 3.4 Da possibilidade de responsabilidade civil moral na infidelidade virtual, DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar uma possível responsabilização quando existe a quebra do dever de fidelidade por um dos cônjuges, pois com a realização do casamento, surte para os cônjuges efeitos pessoais e patrimoniais.

No tocante aos efeitos pessoais, um deles é a fidelidade matrimonial; e isso não é faculdade – não é uma opção de escolha – mas sim constitui um dever (valor) jurídico, pois está disciplinado no artigo 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

Assim, deve haver mútuo respeito e consideração entre os consortes, pois presume-se que de uma união entre duas pessoas, na qual, estão com a posse do princípio da boa-fé objetiva e com dever de respeito e consideração mútuos (princípio de solidariedade familiar), estes estão cumprindo rigorosamente.

A sociedade muda constantemente, a forma de constituir uma família se altera e as variadas formas de gerar a infidelidade também, o Direito tem a obrigação de acompanhar estas evoluções, como é o caso da infidelidade virtual.

Este tema no qual vem sendo muito discutido nos Tribunais Superiores do Brasil – como será demonstrado com o decorrer do trabalho – tem uma definição simples para a matéria que seria o caso de um dos cônjuges que trai o outro via *Internet*, isto é, constitui uma traição consumada por meio do uso das redes sociais.

O tema proposto para este artigo encontra-se articulado com o problema relativo de que em quais casos existem a possibilidade de gerar indenização por dano moral quando ocorre a infidelidade virtual.

Alguns doutrinadores (Maria Berenice Dias, por exemplo) e magistrados entendem que, quando a infidelidade virtual permanece somente entre o casal não gera ressarcimento, pois a violação dos deveres conjugais, por si só, não é causa suficiente a gerar indenização por danos morais.

Assim, o presente artigo tem como principal – e talvez único – objetivo trazer uma reflexão crítica quanto ao Poder Judiciário Brasileiro em alguns casos não deferir indenização ao cônjuge traído e em outros conceder os danos morais.

Enfim, a pesquisa foi realizada através do método de abordagem qualitativo e hipotético-dedutivo. Ademais, foram adotados os seguintes procedimentos de coleta e análise dos dados: uso de doutrinas, artigo publicado sobre o tema e jurisprudências pertinentes a este caso.

1 DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Considerações iniciais sobre a organização familiar

A família e as relações entre seus integrantes sofreram significativas e importantes mudanças sociais, históricas, culturais que se refletem no modo de sua compreensão social e jurídica, refletindo na atual regulamentação pelo sistema jurídico brasileiro.

No Direito de Família Brasileiro ocorreu o remodelamento do conceito de família, que ficou compreendida como instituto que existe e contribui para o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando com isso a proteção do Estado.

Desta maneira, com as novas mudanças no Direito da Família depois da vigência da Constituição Federal de 1988, ocorreu nas relações humanas foi que elas passaram a se unir pelo vínculo jurídico “afeto”, ou seja, independe de haver ou não o elemento de ser consanguíneo, pois o laço de *afeto* significa que deriva de uma convivência familiar e não de sangue.

Sustenta-se atualmente que a família instituição foi substituída pela família instrumento, no sentido de que as relações familiares decorrem não somente dos laços matrimoniais, mas também pode surgir do vínculo de convívio. (Maria Berenice Dias)

O Texto Maior, no artigo 226, estabeleceu um rol exemplificativo sobre as variadas formas e arranjos da organização familiares existentes hoje, e é o que prevalece nas doutrinas e jurisprudências dos Tribunais Superiores serão a seguir brevemente exemplificadas.

A família matrimonial é a entidade que decorre de forma geral pela modalidade civil e religiosa com efeitos civis, por outro lado a família informal é o caso da união

estável. A forma monoparental é aonde a chefia da família é exercida somente por uma única pessoa e a homoafetiva, consiste na família constituída por pessoas do mesmo sexo.

A família mosaico, pluriparental ou composta são as partes que estão formando uma família e vem de relações anteriores; anaparental ou parental a grosso modo de compreender, é a *família sem pais* – TARTUCE, 2017, p. 1241 – aqui, não existe genitores, a convivência é com parentes próximos.

O tipo familiar eudemonista é o casal formado por mais de duas pessoas – em regra, pois não precisa necessariamente ter mais de dois indivíduos na relação –, estes não estão separados e a um objetivo no qual é a busca pela felicidade pessoal dos seus integrantes para que todos estejam felizes.

E, enfim existem as famílias ou uniões paralelas ou simultâneas é o caso da família em que existe uma terceira pessoa e o outro cônjuge não sabe da existência dela.

A doutrina (TARTUCE, 2017, p. 1218) conceitua o direito de família como um ramo do Direito Civil que disciplina a organização familiar e regula as relações das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade (procedem de um tronco ancestral comum) e afetividade – Maria Berenice Dias (DIAS, 2015 p. 34) e Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 351) entendem que se deve incluir a afinidade estabelecida entre um cônjuge e os parentes do outro – no aspecto existencial.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito de Família está regulamentado no Código Civil de 2002, Livro IV da Parte Especial e em leis esparsas – como p. ex. no Livro III da Parte Geral do CC/2002 – no qual o legislador utilizou o sistema de cláusulas gerais, com regras, princípios e conceitos jurídicos indeterminados para serem analisadas no caso concreto e interpretadas conforme a Constituição Federal.

E, com isso a natureza jurídica deste ramo do Direito é predominar normas de ordem pública, impondo primeiro os direitos e depois os deveres, pelo comprometimento do Estado em querer proteger a família com normas imperativas.

1.2 Dos princípios informadores (estruturantes) do Direito de Família

Os princípios consistem nas bases, colunas, os alicerces sobre o que se fundamenta o Direito. Os princípios gerais do direito, dentro do sistema jurídico, possuem a função de tentar preencher lacuna que possa haver na norma jurídica, por isso que sua existência é mais essencial do que a própria lei.

Assim, para o doutrinador Francisco Amaral, consiste como sendo

pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios. (AMARAL, 2003, p. 92)

O Direito de Família é estruturado pelos seguintes princípios informadores que servem como um ponto de partida para se buscar a norma:

O primeiro princípio constitucional – de suma importância, pois é aonde se propaga os outros princípios – está previsto no art. 1º, inciso III da CF/88 (é fundamento do sistema jurídico), consiste no princípio da dignidade da pessoa, diz respeito ao núcleo familiar tem que ser um lugar (*locus*) de convivência dos membros, ou seja, tem que existir um desenvolvimento dos integrantes com o resguardo mínimo de dignidade psíquica e física.

Maria Berenice Dias diz que esse princípio significa dar igual dignidade para todas as entidades (formas) familiares:

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. (...) A dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (DIAS, 2015, p. 45).

Para Flávio Tartuce diz que este *macroprincípio* “deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social” (TARTUCE, 2017, p. 1220) e como exemplo este doutrinador ensina que o direito à busca pela felicidade está de forma implícita na Constituição Federal.

O princípio da solidariedade familiar possui o conteúdo referente em que cada um deve ao outro na família existente (seja de qualquer modalidade) envolvendo o sentimento de fraternidade e reciprocidade (DIAS, 2015, p. 48). Ou seja, este princípio tem a essência de cooperação, de auxílio mútuo dos integrantes.

Os dispositivos 226, § 5º da CF/88, 1.511 e 1.565 do CC/02 regulamentam especificamente na ordem familiar a isonomia constitucional e a igualdade no sentido amplo, afirmando o dever à existência do respeito no casamento e na união estável. Eis o princípio da igualdade entre os cônjuges ou companheiros, consiste no sentido de a sociedade conjugal ser gerenciada entre ambos os cônjuges ou companheiros para se

obter uma igualdade de condições de direitos e deveres e não patriarcal como previa o Código Civil de 1916 (somente um ter o poder). Ou seja, o que existe atualmente é um regime de companheirismo e não mais de hierarquia. Este princípio tem relação direta com o Princípio da Isonomia e com o Princípio da comunhão plena de vida.

Para Carlos Roberto Gonçalves, todos esses direitos são agora exercidos pelo casal, em sistema de cogestão, devendo as divergências ser solucionadas pelo juiz (CC, art. 1.567, parágrafo único). (GONÇALVES, 2017, p. 353)

O princípio da não intervenção ou da liberdade prevê que, em regra, o Estado ou qualquer pessoa de direito público e privado não deverão intervir na família, isto é, tem que existir a liberdade tanto para casar, quanto para divorciar, os cônjuges ou companheiros (o Enunciado n. 99 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil* equiparou também para os casos de união estável) escolherem em ter ou não filhos, etc.

Então, a regra no ordenamento jurídico é a consagração de que o Estado não deve intervir na entidade familiar, mas em alguns casos poderá interferir, como por exemplo, no caso de impor o regime de bens para quando o(s) nubente(s) é menor de idade.

O princípio da afetividade que tem como base a palavra afeto é considerado na doutrina como valor e dever jurídico de cuidado, consistindo, então, na assistência moral, emocional e material, ele forma e faz nascer o vínculo de filiação entre as pessoas, seu princípio (da afetividade) constitui o principal fundamento das relações familiares, pois decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade.

Por fim, o último princípio abordado apenas por alguns doutrinadores (como por exemplo, Flávio Tartuce) e magistrados (a Ministra Nancy Andrighi) consiste na boa-fé objetiva. De acordo com o Enunciado n. 24, da *I Jornada de Direito Civil, in verbis*: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. (TARTUCE, 2017, p. 1.235)

Assim, este princípio, no âmbito do Direito Familiar, em específico no que diz respeito ao casamento, possui a essência dos deveres jurídicos (ou deveres anexos) de fidelidade e lealdade entre os cônjuges e companheiros.

1.3 Da família matrimonial

O termo família matrimonial consiste em uma união de duas pessoas, de mesmo sexo ou não, reconhecido e regulamentado pelo Estado, com objetivo de criação com uma família com base no vínculo de afeto.

Maria Helena Diniz aduz que é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família (DINIZ, 2010, p. 1.051).

Já o doutrinador Paulo Lôbo defende um conceito de que o casamento trata-se de um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado (LÔBO, 2008, p. 76).

A natureza jurídica de casamento doutrinariamente é controvertida e, por isso, baseia-se em três teorias principais.

A primeira é a teoria institucionalista onde defende o casamento jurídico como uma **instituição**, ou seja, uma estrutura organizada – que é o Estado – com determinada finalidade para funcionar em determinada comunidade; há nessa corrente uma forte carga moral e religiosa (TARTUCE, 2017, p. 1.243).

A teoria contratualista (ou individualista), por sua vez, entende que o casamento é um **contrato**, um negócio jurídico bilateral solene (acordo de duas pessoas conforme o Estado determinou), especial – pois é tratado no Direito de Família – e com regras próprias de formação.

E, por fim, a terceira tese é a teoria mista ou eclética compreende que o casamento é **instituição** em seu conteúdo estabelecida pelo Estado e na sua formação é um **contrato**, pois precisa de pessoas capazes (é um requisito a serem observadas para sua existência, validade e eficácia).

Ainda não há um consenso doutrinário quanto a qual tipo de teoria pacífica fora adotada pelo Brasil. Porém, baseando-se no próprio conceito familiar, no artigo 1.511 do CC e nos princípios estruturantes existentes, a terceira tese, por ser mais completa acaba por ser aceita. Mas ainda há doutrinadores que defendem a teoria contratualista (apesar de não haver no casamento um contrato puro).

A Lei nº 13.811/2019 alterou o artigo 1.520 do CC/02, trazendo nova redação no sentido de que o casamento somente poderá ser realizado quando as partes completarem

a idade núbil, isto é, a partir dos 18 anos.

A celebração deve ser gratuita (se houver pobreza declarada). A solenidade é na sede do cartório ou em prédio público ou particular com aceitação da autoridade celebrante, de portas abertas.

Ademais, deverá haver o aperfeiçoamento do casamento com a manifestação afirmativa dos nubentes, celebrado por autoridade competente (plano da existência), aptidão legal para produzir efeitos e a produção dos efeitos jurídicos desejados com o registro (plano da eficácia).

1.4 Das características e dos efeitos pessoais do casamento

O negócio jurídico casamento confere características únicas dos demais tipos de negócios jurídicos, sendo estes a seguir.

O ato é solene, ou seja, exige uma forma pública de constituição. Destinam-se (...) a dar maior segurança aos referidos atos, para garantir a sua validade e enfatizar a sua seriedade (GONÇALVES, 2017, p. 366).

É regulamentado por normas de ordem pública (o casamento é como uma instituição no qual é estabelecida pelo Estado, com normas imperativas, estabelecidas no Estatuto Civil e na Constituição Federal).

Estabelece comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres (seria a ideia de um casamento – uma chefia conjugal – sem hierarquia, os cônjuges estão em conjunto).

Implica necessariamente união exclusiva, uma vez que o primeiro dever imposto a ambos os cônjuges no art. 1.566 do mencionado diploma é o de fidelidade recíproca. A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a consequente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento, dispõe o art. 1.565 do novo Código que, por meio do casamento, “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (GONÇALVES, 2017, p. 367).

Apesar de a Constituição Federal exigir, no julgamento do Resp. 1183.378-RS – Resolução 175 do CNJ de 2013 – arts. 1.511 e 1.565 do CC –, foi decidido no sentido de que não comporta mais a imposição de ter que haver a diversidade de sexo entre os cônjuges, permitindo o casamento homoafetivo.

O casamento não comporta termo ou condição. Constitui, assim, negócio jurídico puro e simples (GONÇALVES, 2017, p. 367).

Há uma livre escolha do nubente (art. 1.513 do CC), isto é, o Estado não

interfere como vai casar, mas se for realizar a união, o Poder Público regulamentará a qual será a escolha do regime de bens – o pacto antinupcial – em determinados casos.

E, o último aspecto é de que no Brasil, prevalece o regime social a monogamia (art. 1.521, VI do CC) e, por sua vez, proíbe a poligamia. Esta proibição é por força da existência do dever jurídico de fidelidade (que não é uma faculdade e sim uma obrigatoriedade), para haver a existência do matrimônio é uma pessoa de cada vez, e não mais de duas pessoas. Se, caso um dos cônjuges quiser ter outro (a) parceiro (a) deverá realizar o divórcio com o (a) parceiro (a) atual para constituir um novo matrimônio.

No âmbito da constituição do ato matrimonial surtem alguns efeitos e que são de observação obrigatória. São os efeitos pessoais ou sociais – Gonçalves (2017, p. 493) faz uma diferenciação entre eles, no sentido de que estes têm cunho social, irradiando as suas consequências por toda a sociedade; porquanto aquele tem caráter puramente pessoal: limitam-se, em regra, aos cônjuges e aos filhos e são essencialmente de natureza ética e social – ou ainda efeitos existenciais (para o doutrinador Flávio Tartuce) previsto nos artigos 1.565 a 1.570 do Código Civil.

O efeito pessoal consiste, então, como sendo o fator que gera de forma automática no momento da realização do matrimônio, o casal assume mutuamente a condição de consortes e responsáveis pelos encargos da família e que, portanto, surtem os seguintes direitos e deveres:

A fidelidade recíproca – no qual abrange o respeito e consideração mútua – sendo a mais relevante, pois constitui como um dever jurídico, previsto no artigo 1.566, I do CC/02, o respeito e a consideração mútua (tem ligação direta com os princípios da boa-fé objetiva, lealdade e probidade nas relações interprivadas).

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.

(...)

Quando a conduta pessoal reflete uma variedade de situações desrespeitosas e ofensivas à honra do consorte, uma forma de agir inconveniente para pessoas casadas, inclusive a denominada “infidelidade virtual” cometida via Internet, pode também caracterizar-se a ofensa ao inciso V do aludido art. 1.566, que exige “*respeito e consideração mútuos*” (GONÇALVES, 2017, p. 188).

No instante em que os cônjuges se casam, existirá vida em comum no domicílio conjugal, isto é, ocorrerá o dever de coabitação de um cônjuge para com o outro. Mas, este dever não significa dizer que o casal tenha que coabitar no mesmo lugar e sim,

poderá haver a pluralidade do domicílio, pois estes possuem o direito de, em comum acordo, optarem por habitar em domicílios diferentes e ainda assim continuará vigendo todos os efeitos que surtem com o casamento, como por exemplo, o direito da fidelidade recíproca.

Flávio Tartuce (2017, p. 1.282) ensina que o conceito de coabitação deve ser visualizado a partir da realidade social, de modo a admitir-se a *coabitação fracionada*, sem que haja quebra dos deveres do matrimônio (pluralidade domiciliar).

O dever de igualdade entre os cônjuges significa dizer que todos os cônjuges têm igualdade de direito e dever, uma igualdade de condição.

O dever de mútua assistência – assistência recíproca – moral e material.

Ao estabelecer “*comunhão plena de vida*”, como proclama o art. 1.511 do Código Civil, com base na **igualdade de direitos e deveres dos cônjuges**, implica necessariamente *união exclusiva*, uma vez que o primeiro dever imposto a ambos os cônjuges no art. 1.566 Código Civil, é o de *fidelidade recíproca*. A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a conseqüente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento, dispõe o novo diploma, no art. 1.565, que, por meio do casamento, “*homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família*” (GONÇALVES, 2017, p. 182, g. n.).

A comunhão plena da vida, diz respeito à frase: “Os cônjuges devem andar juntos”, significa que o casal deve estar com os mesmos direitos e deveres, tem relação com a igualdade de direitos e deveres.

Outros efeitos que nascem com o início da sociedade conjugal, é o *status* que se modifica para o nome de “casados”, podendo, portanto, ter a faculdade de ambos consortes ou um deles de acrescentar o nome do outro cônjuge (art. 1.565, §1º do CC) ou, até mesmo poderem permanecer com o nome de solteiro tendo “estado de casados”.

E, por fim o dever de sustento, guarda e educação dos filhos decorre do poder familiar de ter optado em ter filho e tem ligação direta com o dever jurídico de direção conjunta dos cônjuges. Carlos Roberto Gonçalves ensina a respeito desse direito que:

“A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos” (art. 1.567). “Havendo divergência”, aduz o parágrafo único, “qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses”. A direção do casal não compete apenas ao marido, como ocorria no regime do Código Civil de 1916, uma vez que ambos são associados e responsáveis pelos encargos da família, exercendo a cogestão de seu patrimônio. (GONÇALVES, 2017, p. 496)

Enfim, o término do dever de fidelidade para com o outro cônjuge e de todos os efeitos pessoais (ressalvado o direito de sustento, guarda e educação dos filhos) somente

acontecerá quando houver a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, ou seja, com a separação de fato, o divórcio (seja ele litigioso ou consensual) ou quando houver o falecimento de um dos cônjuges.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E O AMBIENTE VIRTUAL

2.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil

O presente item a ser estudado não tem a pretensão de exaurir todo seu conteúdo, vez que o presente capítulo se restringe apenas aos aspectos gerais da responsabilidade civil estabelecidos como uma base para a compreensão do objeto da pesquisa.

Oriundo do termo latino “*re-spondere*”, significa *lato sensu* “recomposição, obrigação de ressarcir, restituir ou reparar”. A responsabilidade civil, ramo da responsabilidade jurídica, consiste em uma obrigação imposta à determinada pessoa de reparar eventuais danos causados a outrem por fato próprio ou de pessoas e coisas que dela dependam; e, ao sujeito do ato ilícito é imposta a obrigação de indenizar a vítima, ressarcindo todos os prejuízos por ela experimentados.

O doutrinador Pablo Stolze Gagliano, define o instituto como sendo um pressuposto a uma “atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, as consequências jurídicas de seu ato” (GAGLIANO, 2004, v. 3).

Já o jurista René Savatier define a responsabilidade civil como sendo “a obrigação que incumbe a uma certa pessoa de reparar o dano causado a outrem por ato seu” (SAVATIER, 1951, p. 101).

Na obra Direito Civil Brasileiro de Carlos Roberto Gonçalves, traz as principais diferenças da responsabilidade civil e penal e ensina basicamente que “a responsabilidade civil é patrimonial, ou seja, é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações” (GONÇALVES, 2015, p. 502).

O tema em tela tem amparo legal nos artigos 186 a 188 do CC (Livro e Título III – Parte Geral do Código Civil) e nos artigos 927 a 954 do CC (Livro I – Parte especial; Título IX), sendo que as normas jurídicas 186, 187 e 927 deste mesmo diploma legal, constituem como fundamento jurídico/normativo. O legislador escolheu também por

outras disposições esparsas pelo Código Civil que igualmente tratam de aspectos sobre a responsabilidade civil.

A responsabilidade civil detém as seguintes funções: reparatória (no sentido que sempre quando possível, o sujeito que praticou o ato ilícito retornar as coisas ao estado anterior – antes da lesão/*status quo ante* – ao fato que este praticou), compensatória (seria compensar do dano ao sujeito que sofreu a lesão para que se possa, com isso, ter o *status quo ante*), censura do ofensor (punitiva) e, por último, mas não menos importante, a função pedagógica (é a desmotivação social da conduta, com uma vertente socioeducativa, preventiva e de função social dissuasória).

Existem vários posicionamentos em relação à natureza jurídica da responsabilidade civil. Pablo Stolze Gagliano, por exemplo, compreende que é de uma natureza sancionatória, de censura ao ofensor, pois a ordem jurídica garante a liberdade fundamentada na racionalidade humana. Assim, ao escolher atuar, por quais vias atuar, o homem assume os ônus correspondentes, as consequências jurídicas que surgem com sua atuação, sua conduta. Independente de a responsabilidade civil se materializar por meio de reparação ou compensação.

Há também, aqueles (p. ex. os doutrinadores Maria Helena Diniz e Godoffredo Telles Jr) que defendem uma natureza de sanção civil (aplicação de pena pecuniária), em virtude do não cumprimento de um dever legal cujo objetivo é o interesse privado e também apresenta natureza compensatória por abranger a indenização ou reparação do dano causado.

Tal posicionamento, contudo pode variar de acordo com o autor e sua compreensão sobre o tema.

O princípio fundamental da responsabilidade civil baseia-se no sentido de que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem e, se caso deem causa a um prejuízo tem que ser indenizada a pessoa lesada. Com isso, o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa ensina que, “os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado” (VENOSA, 2015, p. 01).

A Constituição Federal, nos artigos 1º, inciso III e 3º, inciso I define os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, consagrando os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade respectivamente. O primeiro pode ser definido como o núcleo essencial da CF/88, pois quando se deparado com colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos. Para o professor Flávio Tartuce, trata-se de um “*superprincípio* ou *princípios dos princípios* (...). A

proteção da dignidade humana, (...) constitui o principal fundamento da *personalização do Direito Civil*, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio” (TARTUCE, 2017, p. 60).

O segundo princípio diz respeito à solidariedade social, sendo um dos objetivos do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Ou seja, nada mais é a junção de esforços para se chegar ao objetivo em preservar as relações humanas, bem como a própria condição do ser humano. Porém, caso ocorra o dano, o objetivo da reparação calcado neste princípio é de reestabelecer o *status quo ante*, ou seja, devolver o equilíbrio e a harmonia perdidos com o evento danoso.

O princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) tem a clássica função reparatória e está elencado no artigo, 944, *caput*, do Código Civil, segundo o qual “A indenização mede-se pela extensão do dano”, isto é, todos - e tão somente - os danos que a vítima sofreu devem ser indenizados. Daí a lição, o montante da indenização seria obtido levando-se em conta a extensão do prejuízo e desconsiderando-se a intensidade da culpa, ou seja, adota-se nesse princípio a teoria objetiva para a quantificação dos danos indenizáveis.

E, por fim, mas não menos importante o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da CF/88. Ensina que o valor da indenização tem que ser aplicado com equidade, ou seja, de acordo com os ensinamentos de Aristóteles, com uma igualdade substancial que tem a essência de que a lei deve tratar de maneira igual os iguais (princípio da igualdade *stricto sensu*) e de maneira desigual os desiguais (princípio da especialidade).

O sistema jurídico brasileiro consagra dois modelos da responsabilidade civil: a subjetiva (fundamentada no art. 186 do CC) em que se baseia na análise da culpa do agente e a objetiva em que o legislador (no art. 927 do CC), neste modelo, dispensa a análise da culpa que fundamenta na teoria do risco.

De acordo com a responsabilidade civil subjetiva, pode-se denominar também como Teoria da Culpa ou Teoria Clássica, consistente no sentido de que tem que haver a existência da culpa. Ou seja, a prova da culpa *stricto sensu* (a negligência, imprudência e a imperícia) e do dolo do agente, juntamente com a conduta e o nexo causal, passam a serem pressupostos necessários do dano indenizável.

Flávio Tartuce ensina de forma muito clara que: “(...) para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua

culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia)” (TARTUCE, 2017, p. 577).

Portanto, para ter-se a responsabilidade pelo modo subjetivo tem que haver a comprovação desses elementos, isto é, a comprovação de que o agente agiu com dolo ou culpa para com outrem (seria onexo causal) e, teria a obrigação de indenizar o dano causado pelas formas moral ou material.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva – ou “responsabilidade legal”, para Gonçalves (2017, p. 62) – se fundamenta na Teoria do Risco ou no abuso do direito à previsão legal e significa que basta a conduta com o dano e o nexo causal para se ter a responsabilização do sujeito, dispensa-se a análise da culpa.

A responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria (...), tem como postuladoque todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (...)

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros; e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2017, p. 62)

O Código Civil atual estabeleceu como regra geral a teoria da responsabilidade civil subjetiva, porém há situações em que o legislador adotou a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e dinamizam. Sendo a teoria subjetiva insuficiente para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. (GONÇALVES, 2015, p. 504)

Então, o sistema jurídico brasileiro consagra os dois modelos de responsabilidade civil e estão estruturados em três artigos fundamentais dispostos no Código Civil: o art. 186 no qual trata da responsabilidade subjetiva – devendo o sujeito (agiu com culpa) provar o dolo, negligência, imprudência e imperícia; o art. 187 dispõe sobre a responsabilidade objetiva (abuso de direito); e o art. 927 trazendo a previsão legal da atividade de risco.

Assim, os pressupostos da reponsabilidade civil que serão abordados na

seqüência deverão ser observados de acordo com cada modalidade que está descrito acima.

2.2 Pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil

Os pressupostos da responsabilidade civil significa o que deve existir de forma imprescindível, ou seja, o que deve ser observado para que se possa responsabilizar alguém juridicamente, e se aplica tanto na responsabilidade subjetiva, quanto na responsabilidade objetiva.

Consiste em três elementos, quais sejam: a conduta humana (dolosa ou culposa), o dano (ou o prejuízo) e o nexos de causalidade. Há doutrinadores (Flávio Tartuce, p. ex.) que entende a culpa como um quarto elemento essencial, porém há juristas que o compreendem como um elemento acidental.

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil diz respeito à conduta. Consiste no sentido de que toda forma de responsabilidade pressupõe um comportamento humano marcado pela voluntariedade consciente. Este comportamento humano voluntário se exterioriza através de uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) – que, por sua vez, quando estiver em caso de responsabilidade civil subjetiva, esta ação ou omissão deverá passar pela apuração da culpa (no qual envolve se o agente agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia); diferente da responsabilidade civil objetiva que será observado apenas à ação ou omissão consciente independentemente de culpa.

Maria Helena Diniz entende por conduta, “a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente (...) que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”. (DINIZ, 2014, p. 56)

O segundo elemento da responsabilidade civil é o dano que a vítima sofreu, ou seja, é o prejuízo patrimonial e o extrapatrimonial. Este pressuposto traduz uma lesão a um interesse juridicamente protegido, material ou moral, ou seja, patrimonial ou extrapatrimonial. Ademais, para Gonçalves (2012, p. 52) “sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente”.

Os requisitos para o dano indenizável consistem a uma violação a um interesse juridicamente protegido – “da existência da violação de direito e do dano,

concomitantemente” (GONÇALVES, 2012, p. 53). “A subsistência do dano material ou moral no momento da reclamação do lesado” (DINIZ, 2014, p. 83). E a certeza do dano,

pois a lesão não poderá ser hipotética (...). O dano deve ser real e efetivo, sendo necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão sobre a pessoa, ou patrimônio desta (...), salvo nos casos de dano presumido. (DINIZ, 2014, p. 82)

Em relação a este último requisito do dano indenizável, o sistema jurídico brasileiro trouxe uma maior flexibilidade com a recepção da teoria da perda de uma chance, pois quando se trata da perda de uma chance, seria no sentido de que a chance é séria.

Traduz-se, na verdade da chance perdida ser reparada, pois é compreendida como a possibilidade de se ganhar um benefício ou de se evitar um prejuízo que não ocorreu em virtude da conduta lesiva de alguém (p. ex. cônjuge vítima de infidelidade virtual é escritora de grande renome e sua traição foi divulgada na Internet no dia da publicação de seu livro, não vendeu o quanto a editora esperava por conta do ato ilícito do outro cônjuge; caberá indenização por danos materiais – além dos morais). Vale ressaltar, que só é indenizável a comprovação da chance ser séria e real.

O dano tem suas espécies que podem ser: material e moral.

O dano *material* ou *patrimonial* trata-se do dano que gera um prejuízo econômico ou financeiro, ou seja, causa uma diminuição somente no patrimônio do ofendido. Este tipo de dano é subdividido de acordo com o art. 402 do CC/02 em dano emergente (ou dano positivo), traduz o que a vítima efetivamente perdeu, ou seja, é o efetivo prejuízo. E o lucro cessante (ou dano negativo), é o dano gerado pelo que a pessoa deixou certamente de lucrar em virtude da conduta lesiva, ou melhor, é a perda de um ganho certo.

Em relação ao lucro cessante, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 340) salienta que de acordo com o STJ:

(...) a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, utilizada pelo Código Civil, “deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes.

A segunda espécie é denominada de dano *moral*, ou *extrapatrimonial*, ou ainda, dano *imaterial*. Caracteriza-se quando a conduta antijurídica do ofensor lesa bens jurídicos que não tenham conteúdo econômico.

É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se

inhere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2012, p. 353)

O dano extrapatrimonial contém diversos tipos, que podem ser: dano próprio é o clássico, o que causa dor, angústia, sofrimentos excepcionais a vítima, Flávio Tartuce entende que é o “dano *in natura*” (TARTUCE, 2017, p. 544) e impróprio é aquele que gera uma violação a direitos da personalidade (como, p. ex. a honra, dignidade, intimidade, imagem, bom nome, entre outros).

Quanto à prova, compreendido pelos ensinamentos do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 363) no qual o dano pode ser comprovado pelos tipos moral subjetivo e moral objetivo. O subjetivo (ou provado) é aquele que precisa ser demonstrado em juízo pelo prejudicado e é a regra no sistema jurídico da responsabilidade civil. Já o objetivo (ou denominado de dano moral presumido – *in re ipsa*) é aquele que dispensa sua prova em juízo por ser presumido e é a exceção no sistema, pois constitui uma presunção relativa, ou seja, admite prova em contrário.

Enfim, quanto à vítima atingida, o dano moral é: direto quando atinge a própria vítima e indireto (ou dano moral em ricochete) quando atinge terceiros (p. ex. os dependentes da pessoa lesada). Flávio Tartuce compreende que o primeiro “atinge a própria pessoa, a sua honra subjetiva (autoestima) ou objetiva (repercussão social da honra)”; e o dano moral em ricochete é aquele que “atinge uma pessoa (...) e repercute em outra pessoa, como uma bala que ricocheteia”. (TARTUCE, 2017, p. 545)

Faz necessário salientar, por último, quanto ao dano moral que não se deve confundir com o dano estético, pois este é uma modalidade autônoma de dano e consiste quando a conduta lesiva de alguém a vítima sofre uma violação na sua imagem retrato, ou seja, ocorre como prejuízo um afeamento permanente em alguma parte do corpo humano.

O último pressuposto da responsabilidade civil a ser analisado, mas não menos importante, pois se caracteriza pelo liame entre a conduta e o dano, é o nexo de causalidade. Trata-se de relação jurídica e causal entre a conduta como fato gerador de determinado prejuízo que ensejará a responsabilidade civil. Ou seja, é a relação de causa e efeito, na qual diante de uma situação fática deve-se questionar: “O que a conduta fez? Gerou o dano. O dano foi gerado pelo o que? Pela conduta”.

Há várias teorias que tentam explicar o que é causa para se caracterizar o nexo causal, mas há três que ganham destaque. São elas:

A teoria da equivalência das condições (ou histórico dos antecedentes, ou ainda, teoria antecedentes) é a teoria da condição “*sine qua non*”, desenvolvida por Von Buri e significa que todo antecedente fático que concorra (ou contribua) para o resultado deva ser considerado causa. Esta teoria por ampliar a causa não é adotada no sistema jurídico brasileiro, pois acabava por considerar todo homem causa dos males da humanidade.

Já a teoria da causalidade adequada (explicada por Von Kries) é um pouco mais evoluída, pois consiste no sentido de que a causa não é qualquer antecedente que contribua para o resultado danoso, esta será apenas o antecedente segundo o juízo de probabilidade seja apto a determinar aquele resultado.

Pela teoria da causalidade adequada somente o fato relevante do evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem, mormente nas hipóteses de concorrência de causas. Essa teoria consta dos arts. 944 e 945 do atual Código Civil. (TARTUCE, 2017, p. 531)

Enfim, a terceira e última teoria é a da causalidade direta ou imediata (ou teoria do dano, ou ainda, teoria da necessidade do dano), traduz que a causa é simplesmente o comportamento anterior que determina o resultado danoso, como uma consequência direta ou imediata. Essa é a teoria utilizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente. Essa teoria foi adotada pelo art. 403 do CC/2002, sendo a prevalecente segundo parcela considerável da doutrina. (TARTUCE, 2017, p. 531)

Apesar de ser esta última corrente que foi adotada no Brasil não é pacífica, pois a segunda teoria também tem aplicação na prática, porquanto está de forma implícita nos artigos 944 e 945 do CC/02. Portanto, haverá a utilidade de uma ou de outra conforme cada caso concreto. Por exemplo, haverá (de um modo geral) reparação para o cônjuge que sofreu com a infidelidade virtual de acordo com os critérios que a teoria da causalidade adequada ensina.

2.3 Do ambiente virtual

Com a chegada tardia – comparada a outros países, como os EUA que já se estudavam sobre este novo meio de comunicação na II G. M. – dos computadores no Brasil, na década de 70 (CARVALHO, 2006, p. 73-74), disponíveis o uso apenas para empresas, faculdades e em atividades do Estado (órgãos governamentais e agências), somente no ano de 1980 que um microcomputador foi disponibilizado para venda em um grande magazine para as pessoas em geral começar a usufruir deste provedor (PAESANI, 2006, p. 25-27).

Mas, apesar de ter decorrido todo esse lapso temporal para a sociedade brasileira ter direito ao acesso da informática, apenas em 1994 que entrou em vigor a *Internet* para a população e é considerada hoje como um dos maiores meios de comunicação existente, pois desde a sua entrada no mercado capitalista brasileiro até nos dias atuais só aconteceram relevantes transformações, como p. ex., a criação de variadas redes sociais como forma de se obter relacionamentos interpessoais e sem a intervenção humana (completamente de modo eletrônico). (PAESANI, 2006, p. 25-27)

O ambiente virtual se caracteriza com os seguintes elementos essenciais: o provedor, *site* e as redes sociais.

O primeiro elemento consiste na pessoa física (ou jurídica) na qual fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela, ou seja, é algo ou alguém que provê ou que fornece o necessário.

O *site* é o local ou endereço eletrônico, no qual as informações divulgadas através de páginas virtuais disponibilizadas na Internet, sendo acessadas através de um computador ou de outro meio comunicacional.

E, por fim, o terceiro traz o significado de que rede social é uma estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns. Ou seja, as redes sociais são os variados meios de comunicação existentes atualmente, como por exemplo, o *e-mail*, *Whatsapp*, *Facebook*, *Instagram*, entre outras redes de relacionamento.

Com a descoberta desta rede telemática ocorreram rápidos avanços tecnológicos que acabaram por afetar diretamente as relações sociais e, por isso, tendo que o direito, na área digital, o dever de observar os limites no mundo virtual, no sentido de que até em que ponto o uso da rede social irá trazer benefícios e não transgrida a privacidade do ser humano para que não gere sequer algum tipo de dano.

No caso de problemas específicos da Internet, o Direito Digital tem por base o princípio de que toda relação (...) por ação humana ou por máquina, gera direitos, deveres, obrigações e responsabilidades. Logo, (...) seja recorrendo ao mecanismo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, o Direito Digital tem o dever de regulamentar essas relações e intermediar os conflitos gerados por elas. (PINHEIRO, 2013, p. 79)

Os direitos fundamentais a vida privada e a intimidade do usuário de uma rede social devem ser resguardados e, caso sejam violados (como por exemplo, a divulgação de imagens ou vídeos íntimos de alguém) há dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que solucione (no exemplo, o artigo 5º, inciso X, da CF).

Contudo, apesar de ter disposição constitucional a respeito da inviolabilidade da intimidade dos indivíduos, possui a necessidade de existir mais normas procedimentais, específicas (a respeito do direito da intimidade, vida privada, honra e da imagem das pessoas, no qual é inerente ao usuário) e que regulamentem esse direito de uma forma mais ampla em relação à maneira de indenizar.

Porém, na visão jurídica da doutrinadora Patricia Peck Pinheiro é entendido no sentido de que no mundo virtual, “toda mídia tem seus riscos, no caso destes ambientes, o principal risco está relacionado à exposição em si, à própria interatividade” (PINHEIRO, 2013, p. 371).

Entretanto, apesar de existir os riscos quanto ao usuário optar em ser exposto no mundo virtual, deve haver a segurança de que a sua privacidade está sendo protegida. Pois, atualmente o que ocorre nos ambientes virtuais é no sentido de cada vez mais os indivíduos se conectarem, conhecerem e se relacionarem por esses novos meios de comunicações e, por mais que acabam por conceder sua exposição o direito à privacidade e à vida íntima devem ser protegidos.

2.4 O dano no âmbito virtual e as relações familiares conjugais

Liliana Minardi Paesani ensina que a esfera virtual consiste na oportunidade de encontro, (...), de crescimento de relações interpessoais (...), com todas as vantagens e os riscos das relações sociais (PAESANI, 2006, p. 27).

A chegada do ambiente virtual para a vida dos indivíduos possibilitou a formação de variadas formas de relações afetivas. Ou seja, a *Internet*, sem dúvida, trouxe maior aproximação entre as pessoas.

Porém, apesar de o ambiente virtual ter trazido vários aspectos positivos, veio com ele seus riscos, por exemplo, a violação da intimidade e da dignidade do ser humano por meio das redes sociais, com isso, a ocorrência da conduta culposa ou dolosa de certos usuários e, a geração do dano.

Logo, de igual forma em que a *Internet* com seus inúmeros tipos de redes sociais, faz as pessoas construírem relações afetivas e amorosas, também tem o mesmo poder de destruir e colocar fim nas relações familiares conjugais com a consequente geração de danos, como p. ex., causar a infidelidade virtual e o usuário que deu causa ter que ser responsabilizado pelos seus atos, isto é, ter que reparar este dano moral (e, se

caso gerou alguma forma de prejuízo a outra parte em questão material também deve haver o ressarcimento).

Em geral, a responsabilidade civil no Direito Digital para os casos de danos morais na *Internet* tem maior aplicabilidade na teoria do risco, pois acontecendo o dano, possui como objetivo principal repará-lo (por meio de indenização), mesmo que inexistente a culpa (PINHEIRO, 2013, p. 412). Portanto, não importa se no caso do usuário gerou ou não prejuízo para a outra parte que foi lesionada a sua vida íntima ou ter praticado sem culpa, houve o dano e deve haver a responsabilização para quem praticou, com a consequente indenização moral.

Por sua vez, de acordo com os entendimentos dos Tribunais Superiores, o dano moral no âmbito das relações familiares conjugais, relacionado à *Internet*, não possui aplicabilidade em torno da teoria do risco, mas sim que deve haver a prova – com os pressupostos – que houve dano para se obter a respectiva indenização. Isto é, conforme demonstrará a seguir, responde nestes casos pela responsabilidade civil na modalidade subjetiva, pois incumbirá ao cônjuge sofrido pela traição virtual provar que houve dano no seu íntimo para ter a possibilidade de indenização.

3 DA POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÔNJUGE DIANTE DA INFIDELIDADE VIRTUAL

3.1 Novo modelo de infidelidade

A sociedade se transforma constantemente, a forma de constituir uma família se altera e as variadas formas de gerar a infidelidade também. O Direito, por sua vez, tem o dever de acompanhar essas mudanças e se adequar, como é o caso da infidelidade virtual.

Este novo modelo de infidelidade conjugal, vem havendo muitos casos com frequência nos Tribunais Superiores do Brasil, ainda mais com a chegada, disponibilização de provedores eletrônicos e da *Internet* nos lares e o consumo sem consciência da maioria da população.

Apesar de não haver legislação específica sobre o tema, uma definição simples para a matéria seria o caso de um dos cônjuges (ou companheiros – no caso de união estável) que trai o outro no modo virtual, ou seja, através da *Internet* com uma pessoa estranha, que não faz parte da relação conjugal.

Instituto moderno, cada vez mais comentado, é a infidelidade ou adultério virtual, no qual a pessoa casada (...) passa a ter as mais diferentes experiências sexuais, via internet ou intranet, com pessoa diversa do cônjuge (...). Na prática, tudo começa com o mero contato em sala de bate-papo virtual e se transforma, muitas vezes, em um relacionamento sério e duradouro, podendo comprometer o casamento (...). Em outros casos, torna-se um encontro casual e irresponsável. (disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21282>)

No momento em que os nubentes se casam – pois somente gerarão direitos e deveres na realização deste negócio jurídico denominado matrimônio – surtem para estes diversos efeitos pessoais, e um deles é a obrigatoriedade de ambos os cônjuges exercerem o dever a fidelidade recíproca.

Porém, quando há quebra deste dever jurídico se pode afirmar na maioria das vezes que houve algum tipo de traição consumada, ou seja, que houve a traição física (a carnal) ou a virtual.

A principal, e talvez única, diferença da infidelidade virtual para com a carnal está no sentido de que aquela não houve o efetivo contato físico, isto é, a traição se consumou por meio de algum meio eletrônico e por alguma rede social, conectado ou não a uma *Internet*; enquanto a física houve a traição efetiva entre o casal (a relação foi literalmente carnal, sem nenhum meio eletrônico).

Por fim, a infidelidade virtual se caracteriza como um novo meio de traição por parte de um cônjuge infiel no qual, se casou com seu cônjuge seja no meio civil, religioso ou outras formas de constituir um matrimônio – ou, até mesmo no caso de união estável (a doutrina ensina que somente não cabe para os namorados) – e o traiu de modo virtual, isto é, pelo computador conectado à *Internet* com um terceiro estranho.

3.2 Fundamento legal

O regulamento jurídico da fidelidade recíproca entre os cônjuges está amparado no artigo 1.566, inciso I do Código Civil de 2002 enunciando o seguinte: “São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca”.

Apesar de ser definido como um dever os cônjuges serem fiéis um com o outro, na constância do casamento, e como consequência o dever de respeito e consideração mútuos (inciso V do art. 1.566), não prevê nenhuma norma de responsabilização caso um dos cônjuges não cumpra com seu dever matrimonial realizando a infidelidade e, no caso em apreço, a de modalidade virtual.

O Código Civil de 1916 previa o oposto. Neste diploma legal definia o adultério (é a traição que decorre da infidelidade carnal) como um delito e o infrator era obrigado a reparar a vítima tanto na área cível, quanto responder pelo crime na esfera criminal. Nesta época a traição virtual era denominada como um “quase adultério”, porém o sujeito respondia pelo crime.

Em 2005, isto é, após a vigência do Código Civil/2002, com a Lei nº 11.106, foi revogado este delito, mas quando o dever moral à fidelidade é violado, ocorrendo no caso em apreço à infidelidade virtual, caso o cônjuge que sofreu a traição, caberá o cônjuge culpado ter que indenizar na esfera cível, pois gerou dano efetivo ao cônjuge inocente.

Não obstante de que a regra, analisando os dispositivos do Código Civil/02, “o cônjuge inocente (em caso de traição) não tem base para pleitear, após a separação ou o divórcio, qualquer ressarcimento por dano moral” (THEODORO, 2010, p. 122), será concedido à reparação pelo dano no caso concreto e de acordo com os ensinamentos doutrinários, principiológicos, jurisprudenciais e em alguns dispositivos esparsos – como, nos artigos 186 e 927 do Código Civil – para serem utilizadas como analogia.

Em princípio, (...) relacionamentos extraconjugais (adultério), que constituem causas de ruptura da sociedade conjugal, não configuram circunstâncias ensejadoras de indenização. Já se decidiu, com efeito, que somente é devida verba ao cônjuge inocente se a violação do dever de fidelidade extrapolar a normalidade genérica, sob forma de *bis in idem*. (GONÇALVES, 2017, p. 84)

Ademais, diversos Tribunais de Justiça proferiram decisões em caso que a vítima pleiteava danos morais aduzindo que a separação se motivou pela traição de seu ex-cônjuge com terceiro, como por exemplo, segue a ementa da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Indenizatória. Danos morais. Infidelidade conjugal. Descumprimento de dever basal do casamento. Dano moral que depende da sujeição à indignidade do cônjuge traído. **Colisão entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF) e o direito à felicidade individual.** A chave funcional do dano moral está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana. Direito de ser feliz que não autoriza ou legitima o quebramento do dever legal de fidelidade (art. 1.566, inciso I, do Código Civil). Casamento que perdurou por vinte e dois anos. Elementos probantes seguros indicativos do relacionamento extraconjugal da ré. Abalo psíquico e sofrimento no âmago do consorte que extrapolou o mero aborrecimento e frustração próprios do término da vida conjugal. Circunstância concreta que espelha real mácula à honradez externa do cônjuge enganado. Pretensão à reparação moral acolhida. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 10.000,00. Montante que se revela proporcional e compatível com a

extensão do dano, além de adequado às circunstâncias pessoais da requerida (art. 944 do Cód. Civil). Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (g.n.) (TJSP, Ap 1016143-74.2015.8.26.0405, j. 08.06.2018, rel. Rômulo Russo).

Portanto, verifica-se que no Brasil o enquadramento legal da infidelidade virtual acaba por ser suprido com o uso analógico dos dispositivos expostos acima, os princípios estruturantes constante do direito de família e, principalmente com os entendimentos dos Tribunais Superiores sobre o presente caso.

3.3 Da caracterização do dano moral pela prática de infidelidade virtual

O dano moral no âmbito do Direito de Família, mais especificamente no que se refere ao casamento, quando há sua ruptura por conta da quebra do dever de um dos cônjuges pela infidelidade virtual, tende ao outro cônjuge a pretensão de ser indenizado moralmente caso o dano ocorrido extrapolou sua dignidade e honra, com um abalo psíquico de sofrimento no âmago do consorte.

Nestes casos, os entendimentos jurisprudenciais – como o Supremo Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiças do país – defendem que o dano moral se caracteriza, na situação de incumbência para com o cônjuge ofendido ter de provar ao juízo – modalidade de responsabilidade subjetiva – que o seu ex-cônjuge lesou profundamente a sua dignidade o traindo e que a prova foi divulgada para a sociedade amplamente. Veja-se a seguir decisões proferidas neste sentido:

TJRS – Apelação – Ap. Civil. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Infidelidade virtual. Descumprimento do dever do casamento. Prova obtida por meio ilícito. Princípio da proporcionalidade. Preponderância do direito a intimidade e a vida privada. O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tal como prevê o art. 927 do CC exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, **a ação/omissão, a culpa, o nexo causal, e o resultado danoso**. Para que obtenha êxito na sua ação reparatória ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais **elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva**. Ainda que descumprido o dever de fidelidade do casamento, a comprovação de tal situação não pode ocorrer a qualquer preço, sobrepondo-se aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devendo cada caso submeter-se a um juízo de ponderação, sob pena de estar preterindo bem jurídico de maior valia, considerado no contexto maior da sociedade. A prova, a princípio considerada ilícita, poderá ser admitida no processo civil e utilizada desde que analisada a luz do princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em jogo na busca da justiça no caso concreto. E procedendo-se tal exame na hipótese versada nos autos, não há como admitir-se como lícita a prova então coligiada, porquanto viola direito fundamental a intimidade e a vida privada dos

demandados. Precedentes do STF e do STJ. Apelo desprovido. (g.n.) (Ap Civ. 12159-82.2011.8.21.7000, 9ª Câm Dir Priv, Rel. Des. Leonel Oires Ohlweiler, j. 30.03.2011).

Indenização por danos morais. Infidelidade conjugal que, não obstante constitua descumprimento de dever basal do casamento, **não configura, por si só, ato ilícito apto a gerar abalo moral indenizável. Dano moral que depende da sujeição à indignidade do cônjuge traído.** A chave funcional do dano moral está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Carta da República). Ausência de evidência do intuito de ridicularizar o outro cônjuge. **Exposição em rede social não demonstrada. Diálogos realizados com visualização restrita aos interlocutores. Improcedência mantida. Recurso desprovido.** (g.n.) (TJSP; Apelação Cível 0000477-68.2013.8.26.0357; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mirante do Paranapanema - Vara Única; Data do Julgamento: 31/10/2016; Data de Registro: 31/10/2016).

Portanto, observa-se que o não cumprimento da fidelidade recíproca por um dos consortes, isto é, violar este dever jurídico com a prática da infidelidade virtual, poderá acarretar em danos morais no qual deve ser reparado pelo cônjuge que o causou. Todavia isso deve ser levado com cautela, pois não são quaisquer atos ilícitos que são aptos a gerar abalo moral indenizável, mas sim nos casos em que o cônjuge ofendido comprovou com provas cabíveis a traição virtual e, ademais, a indenização por danos morais dependerá da sujeição à indignidade do cônjuge traído.

3.4 Da possibilidade de responsabilidade civil moral na infidelidade virtual

Conforme abordado anteriormente, revela-se em algumas decisões dos Tribunais Superiores é de que no instante em que ocorre a infidelidade virtual, para se ter a responsabilização do cônjuge culpado e imputar a ele que ressarce o cônjuge inocente, acaba sendo mais difícil pois não são todos os casos em que o Poder Judiciário concede, incumbindo ao cônjuge lesado o ônus de comprovar que houve sofrimento e que feriu o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas, cada vez mais os Tribunais vêm se flexibilizando e assim, trazendo novas jurisprudências admitindo outros casos, como por exemplo, o cônjuge descobrir que a traição foi de modo virtual, que este mesmo caso houve a divulgação na *Internet* por meio das redes sociais ou não, por mais que ficou entre o casal, o (a) terceiro (a) estranho (a) – o (a) amante – e os envolvidos no processo do divórcio, ensejador da traição, tem a possibilidade de pleitear danos morais. Conforme a seguir se demonstra:

TJDF DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS –

INFIDELIDADE – SEXO VIRTUAL (INTERNET) – COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS – OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CONJUGE TRAÍDO – DEVER DE INDENIZAR – EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1566 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. **Acréscita 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. **(g.n.)** (Proc. Nº 2005.01.1.118170-3 TJ-DFT TJDF, Sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida).

Mas, faz necessário mencionar, que por mais que seja cabível a reparação moral quando a infidelidade não foi publicada nas redes sociais, ainda não são todos os casos em que a jurisprudência vem julgando procedente a demanda, pois ficará a cargo do cônjuge ofendido de provar que ocorreu o dano moral (no seu íntimo), para que possa ter a pretensão de se obter esta reparação na esfera da responsabilidade subjetiva.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, vislumbrei com presente trabalho, de por mais que houve a ocorrência do inadimplemento do dever de fidelidade recíproca por um dos cônjuges e a conseqüente ruptura do casamento, não são todos os casos que os Tribunais Superiores irão deferir danos morais para o outro cônjuge inocente, pois caberá este comprovar que com a infidelidade virtual existiu um abalo psíquico da dignidade do ser humano de forma extremamente humilhante.

Entendo que sobre este tema ser correta a aplicação jurisprudencial e doutrinária evidenciada neste trabalho, em definir como sendo a responsabilidade civil subjetiva para o cônjuge inocente obter indenização por danos morais.

Mas, há casos em que o cônjuge ofendido não conseguirá provar que houve conduta culposa ou dolosa de seu ex-cônjuge em ter o traído virtualmente – por exemplo, este apagar todas as provas possíveis antes de ser encaminhado ao juízo e ficar somente nas quatro paredes, isto é, somente entre os cônjuges – e, por isso, precisará aplicar a responsabilidade civil objetiva no caso.

Ademais, haverá situações em que não se tem como medir a extensão do dano a dignidade da pessoa, mas que deveriam ser passíveis de pleitear ação indenizatória, pois, no casamento, espera-se que o casal conviva em harmonia, sem qualquer forma de violação aos seus deveres pessoais matrimoniais. Quando há uma separação e a causa é pelo descumprimento de dever à fidelidade recíproca, produz sentimentos, ainda que passageiros, de desagrado, frustração, mágoa e de decepção no íntimo do cônjuge traído.

Assim, compreendo que poderia ser mais amplo (e, no mesmo sentido analisar em cada caso concreto amparado pelos princípios do Direito de Família e da Responsabilidade Civil) a seara indenizatória para este tema que vem, cada vez mais crescendo no mundo jurídico, porquanto ofender a dignidade do cônjuge inocente, com este tipo de humilhação, trauma que pode se arrastar por anos, por mais que fique entre o casal e que não reste provas documentais para ser divulgado nas redes sociais já deveria ser suficiente para ingressar com pedido de indenização por dano moral julgado procedente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Artigo: “Infidelidade e Internet”, disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016ae72cc14901ef4683&docguid=I818faff0c52b11e3876c01000000000&hitguid=I818faff0c52b11e3876c010000000000&spos=1&epos=1&td=41&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: volume 7: Responsabilidade Civil**. 28ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

Dissertação: “A trajetória da internet no Brasil: Do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança”, disponível em:

https://www.researchgate.net/profile/Marcelo_Carvalho17/publication/268809917_A_T_RAJETORIA_DA_INTERNET_NO_BRASIL_DO_SURGIMENTO_DAS_REDES_D E_COMPUTADORES_A_INSTITUICAO_DOS_MECANISMOS_DE_GOVERNAN CA/links/54774a430cf2a961e4825bd4.pdf

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1: Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto e LENZA, Pedro (coordenador). **Direito Civil, volume 3: Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil, v. 4**. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família, v. 6**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.