

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
GIORGE ANDRÉ LANDO

**DOCUMENTO ELETRÔNICO: A (IN) EFICÁCIA DA PROVA
DA INFIDELIDADE VIRTUAL NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO
JUDICIAL E REPARAÇÃO DE DANOS**

Umuarama - PR
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GIORGE ANDRÉ LANDO

**DOCUMENTO ELETRÔNICO: A (IN) EFICÁCIA DA PROVA
DA INFIDELIDADE VIRTUAL NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO
JUDICIAL E REPARAÇÃO DE DANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR, *campus* de Umuarama – PR, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil sob a orientação da Professora Doutora Tereza Rodrigues Vieira.

Umuarama - PR
2008

**Aos meus pais, João Lando e
Cleidemir Lando, incentivadores dos
meus estudos.**

AGRADECIMENTOS

A Deus, que tem iluminado constantemente os meus passos.

Aos meus amigos e colegas de trabalho, pelas alegrias proporcionadas.

À Professora Doutora Tereza Rodrigues Vieira, orientadora da presente dissertação, pelo carinho e atenção para comigo.

*A fidelidade não é concedida de imediato,
repousa numa troca, numa relação,
num questionamento perpétuo que oscila entre dois pólos,
o eu e o Outro, quer se trate de relação com o amor,
com a História ou com o divino.*

Daniel Sibony.

LANDO, George André. **Documento eletrônico:** a (in) eficácia da prova da infidelidade virtual nas ações de separação judicial e reparação de danos. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense. Umuarama, 2008.

RESUMO

O adultério difere-se da infidelidade, pois aquele necessita, além do contato físico com terceiro, ser o adúltero pessoa casada, requisitos estes dispensáveis para caracterizar a infidelidade, haja vista que essa pode acontecer entre casais de namorados, bem como em amizades, sem a obrigatoriedade da ocorrência de relação sexual. A infidelidade é o desrespeito a um dos efeitos do matrimônio, qual seja, a fidelidade recíproca, enquanto o adultério é uma causa para dissolução da sociedade conjugal. Porém, a infidelidade virtual também é admitida como causa de separação litigiosa com culpa, pois se enquadra na conduta desonrosa. Causas como adultério e infidelidade virtual também podem ser motivos para pleitear indenização por danos morais e materiais, desde que tais condutas praticadas pelo cônjuge ofensor afetem a honra da vítima. No entanto, é preciso que o pedido de reparação, no caso de danos morais, seja imediato. Tais fatos jurídicos ocorridos na rede podem ser demonstrados através de documentos eletrônicos, em razão de técnicas criadas para garantir que as informações transmitidas na rede mundial sejam seguras e confiáveis. São exemplos de mecanismos que garantem a segurança das informações enviadas e recebidas na *web*, a criptografia simétrica e a assimétrica, assinatura digital. Através das técnicas mencionadas, a interceptação das mensagens, ou mesmo a alteração de qualquer dado de um determinado documento poderá ser reconhecida e é em razão dessas técnicas que se concebe o documento eletrônico como passível de ser utilizado de forma tranqüila no sistema processual e, desse modo, efetivar a busca pela verdade, objetivo do processo. O ordenamento constitucional proíbe, no processo, a produção de provas obtidas por meio ilícito. No entanto, embora não se admita a utilização da prova ilícita no processo civil, a doutrina tem, por vezes, se mostrado receptiva à aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal princípio possibilita a utilização do referido meio de prova, sem afrontar o direito à intimidade, quando, no caso concreto, outros direitos estiverem envolvidos e forem considerados mais relevantes para a sociedade. Assim, uma vez firmado o entendimento acerca da admissibilidade da prova ilícita no processo civil, o cônjuge lesado poderá demonstrar em juízo, através dos documentos eletrônicos, a violação do dever de fidelidade recíproca praticado pelo cônjuge ofensor.

PALAVRAS-CHAVE: Infidelidade. Separação Judicial. Reparação de Danos. Documento Eletrônico. Prova Ilícita.

LANDO, George André. **Electronic document:** the (in) efficacy of virtual infidelity proof in the judicial separation cases and damage repair. Dissertation presented to the Mastership Program in Procedural Law and Citizenship of Universidade Paranaense. Umuarama, 2008.

ABSTRACT

The adultery differs from infidelity because the person needs besides being married, have physical contact with a third person which are dispensable requisites to characterize the infidelity because it can happen between single couples as well as among friends without occurring necessarily a sexual intercourse. The infidelity is the disrespect to one of the effects of marriage that is, mutual fidelity, while the adultery is a cause for dissolution of the conjugal society. However, the virtual infidelity is also admitted as cause for litigious separation with guilt because it fits in dishonorable conduct. Cases like adultery and virtual infidelity can also be reasons to plead indemnizations by moral and material damage, since such behaviours practiced by the offensive spouse affect the honor of the victim. Nevertheless, it is necessary that the request for separation in the case of moral harm, be immediate. Such juridical facts which happened on the net can be demonstrated through the electronic documents due to technics created to guarantee that the information transmitted on the world net be safe and trusty. Examples of mechanisms that guarantee the information safety sent and received on the web are symmetric and asymmetric cryptography, digital signature. Through such technics mentioned the interception of messages or even the alteration of any date of a determined document can be recognized as well as because of such technics is that it is conceived the electronic document which is able to be used in a tranquil way in the law system and in this way accomplish the search for the truth that is the target of the process. The constitutional ordinance prohibits in the process to get proofs by illicit way. Although not admitted the use of illicit proof in the civil process, the doctrine has been giving room to apply the proportionality principle which makes it possible the use of such way of proof not affronting the right to intimacy when in the real case other rights are involved and considered more relevant to the society. So, once firmied the understanding around the admissibility of the illicit proof in the civil process, the offended spouse will be able to show to law through electronic documents the violation of mutual fidelity duty practiced by the offender spouse.

KEYWORDS: Infidelity. Judicial Separation. Reparation for Damages. Electronic Documents. Illicit Proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 INFIDELIDADE	13
1.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E ORIGEM DA INFIDELIDADE.....	13
1.2 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA.....	20
1.3 ESPÉCIES DE INFIDELIDADE.....	23
1.4 O REVOGADO CRIME DE ADULTÉRIO NO CÓDIGO PENAL DE 1940.....	26
1.5 DIREITOS E DEVERES RECÍPROCOS ENTRE OS CÔNJUGES.....	30
1.6 INFIDELIDADE VIRTUAL.....	35
2 SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA COM CULPA	42
2.1 INFIDELIDADE VIRTUAL COMO CAUSA DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA.....	42
2.2 A (DES) NECESSIDADE DO EXAME DA CULPA.....	48
2.3 A REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTE DA INFIDELIDADE.....	53
3 PROVAS	63
3.1 A MISSÃO DA PROVA.....	63
3.1.1 Fontes de Provas e/ou Meios de Provas	65
3.2 PROVA DOCUMENTAL.....	68
3.3 DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA.....	71
3.3.1 A Segurança do Documento Eletrônico	77
3.4 CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA COMO MEIO DE PROVA.....	83
3.5 PROVA INDICIÁRIA E PRESUNÇÕES.....	87

4 O DIREITO À PROVA	91
4.1 LIMITES AO DIREITO À PROVA.....	91
4.2 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS.....	94
4.3 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO.....	96
4.3.1 Corrente Obstantiva ou Contrária	96
4.3.2 Corrente Favorável ou Permissiva	98
4.3.3 Corrente Intermediária ou da Teoria da Proporcionalidade	99
4.4 DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE.....	103
5 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NAS UNIÕES CONJUGAIS	107
5.1 A PROVA NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO JUCIDICIAL E REPARAÇÃO DE DANOS.....	107
5.2 A PROVA DA INFIDELIDADE CONJUGAL.....	109
5.3 A RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

INTRODUÇÃO

O princípio da monogamia sempre foi um importante interdito sexual, o qual inicialmente tinha por finalidade garantir a certeza da paternidade dos filhos nascidos durante o casamento, bem como impedir a constituição de prole provinda de relações extraconjugais. A preocupação procracional estava ligada a questões patrimoniais, ou seja, o marido queria ter a segurança quanto a paternidade de seus filhos, uma vez que com o seu falecimento, aqueles herdariam os frutos do trabalho de uma vida inteira. Contudo, tal direito não era partilhado com os filhos ilegítimos, os quais eram assim denominados por terem sido havidos de relação adúltera.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passou a ter uma função distinta daquela estabelecida no Código Civil de 1916. A família perdeu a característica patrimonial, erradicando a classificação dos filhos em legítimos e ilegítimos, atribuindo tratamento igual aos filhos, sejam estes havidos de relações conjugais ou extraconjugais, introduzindo, ainda, a afetividade como ingrediente principal para a concepção da família. Entretanto, a repersonalização da família não significou a supressão da monogamia, pelo contrário, pois esta é idealizada como norma moral e organizacional. Ela permanece com a finalidade de princípio organizador para inibir que os cônjuges constituam duas famílias simultaneamente, uma com o seu cônjuge, e outra com o concubino.

Para tanto, com a finalidade de impedir a violação do princípio da monogamia, o Código Civil de 2002 manteve a fidelidade recíproca como um dos deveres entre os cônjuges, bem como resgatou a previsão do adultério como causa para a dissolução da sociedade conjugal, ou seja, manteve o dever de fidelidade e considerou o adultério como motivo para a separação judicial, o que fez com que fidelidade e adultério tornassem-se interditos sexuais.

Proibições para que nenhum dos cônjuges mantenha relações sexuais com outra pessoa que não aquela com quem está casado, pois dessas relações pode ocorrer o desinteresse pelo seu consorte, ou ainda, o nascimento de afeto por outra pessoa, implicando no surgimento de uma nova família sem o desfazimento de outra.

Entretanto, a internet apresenta uma nova forma de burlar o princípio da monogamia e os demais interditos sexuais previstos na legislação. Por intermédio de *sites* como *orkut*, *messenger*, *chats*, e-mails entre outros, os cônjuges podem vivenciar relacionamentos sexuais e afetivos com terceiros sem sair de casa, para isso basta ligar o computador e acessar os mencionados *sites*. Tais relacionamentos extraconjugais são denominados relacionamentos virtuais, uma vez que se faz necessário o uso da internet. É mister saber se tais relacionamentos virtuais, envolvendo cônjuges e terceiros, devem ser reconhecidos como quebra do dever de fidelidade? Para responder a essa pergunta, serão observados às espécies de infidelidades e os elementos que compõem o conceito de cada uma delas, bem como será realizada a comparação entre os termos infidelidade e adultério, inclusive com a análise das definições atribuídas por juristas atuantes no tempo em que o adultério também estava previsto como um ato ilícito penal. Assim, de posse de tais conceitos, pretende-se verificar a possibilidade de inserir a infidelidade virtual em um destes, ou torná-la uma nova classificação de interditos sexuais.

Além dos questionamentos já expostos, outra preocupação dos juristas é quanto aos efeitos gerados pela configuração da infidelidade virtual. Consta no Código Civil de 2002 um rol de causas motivadoras da separação judicial, entretanto, a infidelidade virtual não integra a lista referida nesse documento. Ainda assim, este trabalho objetiva propiciar uma reflexão com vistas a apurar se a infidelidade virtual afronta o dever de fidelidade recíproca, para, e em caso afirmativo, reconhecê-la entre as causas da dissolução da sociedade conjugal.

Posteriormente, apresenta-se uma discussão acerca da reparação de danos fundada na quebra dos deveres conjugais, tema reconhecidamente delicado. Os tribunais, ainda que de forma tímida, têm apresentado decisões reconhecendo, para casos de quebra dos deveres conjugais, a obrigação do cônjuge ofensor em indenizar o cônjuge ofendido. Na doutrina, também é possível encontrar posições favoráveis à reparação de danos, especialmente quando o dever violado é o da fidelidade recíproca. Nesta pesquisa estuda-se a possibilidade de reparação de danos para situações de infidelidade virtual, tema central deste estudo.

Antecipadamente, se pode prever que o reconhecimento da infidelidade virtual como causa de dissolução da sociedade conjugal ou fundamento para a reparação de danos implica a necessidade da prova em juízo da prática de tal infidelidade. No sentido de buscar uma solução, pretende-se compreender a missão da prova, elucidando os elementos que concedem aos documentos a eficácia probatória com a finalidade de encontrar nas correspondências eletrônicas, e outros documentos deste meio, elementos idênticos aos da prova documental, ou outros que possam atribuir aos documentos eletrônicos, mesmo que analogicamente, a eficácia de prova.

Esclarece-se ainda que esta pesquisa não abarca outros meios de provas como a testemunhal, pericial e inspeção judicial, haja vista que as conversas mantidas entre o cônjuge e o amante virtual, quando registradas, são mantidas na caixa de mensagens do correio eletrônico, ou em arquivos digitais gravados no disco rígido do computador. Para tanto, não serão objetos deste estudo, por exemplo, as interceptações telefônicas e espécies, pois, conforme mencionado anteriormente, a pesquisa se limitará aos documentos eletrônicos.

Ainda dentro do tópico “provas” será abordada a questão acerca dos indícios e presunções, pois se na descoberta que, em todos ou em alguns documentos eletrônicos e correspondências, faltam elementos que os tornem ineficazes para comprovar a infidelidade virtual, talvez tais documentos ainda possam ser utilizados como indícios, com a finalidade de

auxiliar o juiz a formular sua tese, unindo estes a outras circunstâncias e provas colacionados aos autos.

Contudo, além do problema referente a eficácia probatória dos documentos eletrônicos, também faz-se necessário enfrentar o problema relacionado com a admissibilidade desses documentos no processo. Ocorre que a prova da infidelidade virtual, por vezes, pode implicar na violação dos direitos à intimidade e à privacidade do cônjuge, e quando tal infração acontece, a prova produzida se torna ilícita, sendo, portanto, proibida para o fim que se destina.

Os limites do direito à prova e as teorias correspondentes a admissibilidade de provas ilícitas no processo são abordadas em tópico especial, com a finalidade de observar quando a colheita da prova da infidelidade virtual acarreta a violação do direito à privacidade e à intimidade, bem como em quais situações os referidos direitos devem ser sacrificados para assegurar a manutenção da prova obtida por meios ilícitos no processo. A relatividade do princípio da proibição das provas obtidas por meios ilícitos é fato reconhecido, no entanto, se pode questionar se entre a honra do cônjuge enganado e a intimidade do cônjuge desonesto, há ou não primazia de uma em detrimento da outra.

Vale lembrar, que as provas ilícitas por si só já são assunto demasiadamente polêmico, com divergências acirradas na doutrina e na jurisprudência. Portanto, não se tem a pretensão de exaurir o assunto, em face à sua amplitude. Assim, o objetivo do presente estudo é concluir pelo reconhecimento do documento eletrônico como meio de prova para demonstrar a infidelidade virtual nas ações de separação judicial e reparação de danos. Tal objetivo motiva-se na crença de que, se os avanços tecnológicos criam novas formas de cometer atos ilícitos, a solução para conter ou punir as referidas condutas devem nascer ligada tais inovações, a saber, as tecnológicas.

1 INFIDELIDADE

1.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E ORIGEM DA INFIDELIDADE

O conceito de família, em razão da Constituição Federal de 1988, foi apresentado com a palavra afetividade, expressão pouco utilizada pelos juristas, porém, de íntima relação com a instituição em questão. O afeto especial entre os seres humanos, seja pelo amor sexual que une os pares, ou pelos laços sentimentais entre ascendentes e descendentes, é considerado a matéria-prima para a concepção da família. Ocorre que a inserção da afetividade ao conceito, não se deve apenas pela identidade entre o sentimento e a instituição, mas sim pela elevação de *status* de família atribuído pela Constituição ao reconhecer o afeto especial em certos grupos de indivíduos existentes na sociedade.

Contudo, questiona-se, por que somente “agora” o termo afetividade foi adotado para definir a família? Verifica-se que o emprego da palavra afetividade resultou em importantes transformações na estrutura familiar, abrangendo vários grupos sociais antes marginalizados pela legislação, a qual se preocupava, apenas, com as famílias matrimoniais. É sabida a resposta para a indagação. Por muito tempo, os elementos econômico e procracional, foram decisivos para a concepção das famílias matrimoniais. Os interesses patrimoniais e hereditários sufocaram o amor sexual, que deixou de ser determinante para a concepção da família como foi no princípio e como é atualmente.

Sobre as transformações na estrutura familiar, Morgan *apud* Engels afirma que: “A família, [...], é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para

outro mais elevado.”¹ Situação esta já observada acima, ao reconhecer na sociedade, e por conseguinte introduzir no ordenamento jurídico, as famílias denominadas de uniões estáveis e comunidades monoparentais. Trata-se de uma evolução, haja vista que o Estado flexibilizou o formalismo das uniões pelo casamento ao admitir entidades familiares concebidas pelos laços afetivos.

Entretanto, esse não é o único exemplo, pois a história da instituição família é repleta de transformações. Inicialmente, embora existam teorias contrárias à promiscuidade, autores como Morgan e Engels defendem que este foi o primeiro período vivenciado pelo homem no estado selvagem. Engels explica que “[...] cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres.”² Supostamente, os homens primitivos desconheciam o significado de família, se comparado com o significado atual, motivo pelo qual eram indiferentes às proibições, como o caso do incesto. Diversamente, Lacan nega a existência do período de promiscuidade ao defender que:

[...] desde a origem existem interdições e leis. As formas primitivas da família já continham seus traços essenciais e que o conserva até hoje, ou seja, autoridade concentrada no patriarca ou matriarca, modo de parentesco e transmissão de herança.³

As referidas interdições apontadas por Lacan, como existentes desde o início da humanidade, correspondem à proibição do ato sexual entre determinados parentes, como entre pai e filha, entre irmãos ou tio e sobrinha, as quais tinham como finalidade a organização parental. Como se observa, enquanto Engels afirma que o homem, no começo não tinha noção do que era família; para Lacan, o homem nasce com um senso de organização necessário para a sobrevivência da civilização. O certo é que não existem provas para sustentar uma ou outra

¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução: Leandro Konder. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 30

² Ibid., p. 31.

³ LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**: ensaio de análise de uma função em psicologia. Tradução: Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara M. da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 14.

teoria. As dúvidas a respeito do período de promiscuidade permanecem. Existindo ou não, Engels narra a evolução da família para um grau superior, qual seja, a família consangüínea.

Para este autor, as proibições mencionadas por Lacan surgem na primeira etapa da família, ou seja, na família consangüínea, quando as relações entre ascendentes e descendentes se tornam proibidas. Quanto aos demais parentes, não havia interditos no que diz respeito ao matrimônio, o que denota que o casamento entre irmãos era permitido.⁴ Pode-se afirmar que a existência de proibições significa o grau de evolução da família, como bem expõe Grisard Filho:

Este método de sucessão de estágios consiste em estabelecer que cada grau sucessivo da evolução é causado pela multiplicidade das proibições conjugais entre consangüíneos. Sendo assim, a um menor número de proibições correspondente, na escala conjugal, um maior nível arcaico-primitivo.⁵

A família punaluana representa o segundo progresso na organização da família, haja vista que, além de excluir as relações conjugais entre ascendentes e descendentes, também o faz entre os irmãos. Na família consangüínea se observa o casamento grupal, nesta todos os homens e todas as mulheres são casados entre si, com exceção de pais e filhos.⁶ Na família punaluana, os matrimônios por grupos são mantidos, entretanto, diferem da família consangüínea, em razão de vigorar naquela o impedimento de relações conjugais entre irmãos e, posteriormente, entre primos.

Oportuno destacar duas características presentes nas duas formas de famílias já estudadas: a primeira delas é a respeito da filiação: “Em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe.”⁷ A certeza a respeito da maternidade dos filhos, leva os teóricos a deduzirem que as

⁴ ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 38.

⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

⁶ ENGELS, Friedrich. Op. cit. p. 41.

⁷ Ibid., p. 43.

primeiras gens eram baseadas no direito materno – matrilinearidade. Acerca da outra característica, observa-se que nessas formas de famílias não se encontra a figura do adultério. As restrições denominadas de incesto não impedem a manifestação do afeto entre os indivíduos. No matrimônio por grupos, apenas pais, filhos e irmãos estão proibidos de praticarem relações sexuais entre si, o que não os impedem de se relacionarem com os demais, inexistindo, desse modo, razão para a infidelidade.

Ocorre que as restrições impostas pelo incesto reduziram o número de indivíduos aptos ao casamento por grupos, ensejando a união conjugal por pares. “A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes [...] torna impossível na prática qualquer matrimônio por grupos;”⁸ O que dá origem à família sindiásmica, na qual o homem escolhia uma mulher, então considerada a principal, sem, contudo, estar impedido de obter outras esposas. Entretanto, as mulheres deveriam guardar fidelidade ao seu marido.

O afeto praticamente desaparece nas famílias sindiásmicas, pois em virtude da redução de mulheres para o casamento, tornou-se prática comum o rapto e a compra de mulheres. Assim, por razões econômicas, o homem, geralmente, obtinha apenas uma mulher, nas circunstâncias narradas. Quando possuía mais de uma mulher, escolhia a principal, sem a necessidade de coincidir com a sua preferida. Segundo Engels: “O matrimônio é dissolúvel à vontade de cada um dos cônjuges.”⁹ Contudo, os filhos advindos do casamento, permanecem sob a guarda da mulher, o que significa que a família sindiásmica manteve a matrilinearidade, característica observada, também, nas formas de famílias anteriores.

A família sindiásmica, unindo pessoas sem qualquer vínculo parental, criava uma raça mental e moral mais vigorosa, conduzia à fixação do domicílio, desenvolvia as

⁸ ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 49.

⁹ Ibid., p. 50.

técnicas da economia doméstica e os meios relativos à proteção da vida. A união de um só casal é o prenúncio da família patriarcal, [...].¹⁰

Ou seja, com a certeza da maternidade e, agora, da paternidade dos filhos, ocorreu a divisão do trabalho entre ambos, o que fazia deles proprietários dos seus respectivos bens adquiridos em caso de separação. Entretanto, o trabalho desempenhado pelo homem lhe rendia maiores riquezas, o que levou a considerar este mais importante que a mulher. A modificação dos valores também resultou na alteração do direito hereditário. A filiação masculina se tornou preponderante, atribuindo aos filhos o direito hereditário paterno.

O cultivo do solo, a propriedade privada e todas as riquezas advindas desta, não resultaram apenas na modificação do direito hereditário, substituindo, também, a família matriarcal pela patriarcal, mas, com esta, semearam a quarta forma de família, a monogâmica. Em outras palavras, Barros esclarece a preocupação com a propriedade, bem como a finalidade que era destinada a esta:

Com a fixação definitiva das tribos em terras que passaram a constituir o “seu” território, sobreveio a necessidade de prover e assegurar que o território não escaparia ao domínio da tribo, mas seria transmitido com base no sangue tribal, rigorosamente definido.¹¹

Para que a transmissão ocorresse da forma descrita pelo autor, mais do que nunca era necessária a certeza quanto à maternidade e paternidade dos filhos, futuros herdeiros. A família passou a ser composta por pai, mãe e filho(s), elementos caracterizadores da monogamia. Nesta forma de família, o homem é o grande privilegiado. Embora a família monogâmica se diferencie das anteriores pela solidez dos laços conjugais, “que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes [...], o homem pode rompê-los e repudiar sua

¹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., p. 40.

¹¹ BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia da família e a vacatio legis. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 11, out-nov-dez/2001, p. 10.

mulher.”¹² Ao homem também é concedido o direito à infidelidade conjugal, enquanto que a mulher adúltera é punida rigorosamente.

Isso tem como consequência, na ordem jurídica, que o adultério não é uma ruptura do vínculo do casamento que pode ocorrer por causa de um dos cônjuges; ele só é constituído como infração no caso em que uma mulher casada tem relação com um homem que não é seu esposo; é o *status* matrimonial da mulher, jamais o do homem, que permite definir uma relação como adultério.¹³

A infidelidade masculina, na família monogâmica, é resultado dos casamentos por conveniência, contudo, tratava-se de uma infidelidade consentida, o adultério do homem sinalizava sua virilidade, por tal motivo não era condenável. O casamento era forjado para manter ou acrescer o patrimônio das famílias envolvidas e, conseqüentemente, o homem não despendia afeto por sua esposa, a qual se encontrava, permanentemente abandonada. Portanto, diferentemente do que se pensa a respeito da família monogâmica, esta:

[...] não representa uma reconciliação do homem com a mulher, também não se revela a forma mais elevada de casamento. Pelo contrário, surge sob a forma de dominação de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre sexos, ignorado até então, na pré-história.¹⁴

São claras as razões da monogamia, as quais não têm qualquer relação com o amor sexual, mas com questões econômicas. A certeza da paternidade proporciona a transferência da propriedade, do patrimônio aos herdeiros. Contudo, também garante a certeza de que a mulher e os filhos se tornaram escravos sob o poder do homem - marido e pai, respectivamente. Entretanto, o casamento por conveniência não conseguiu escravizar a sexualidade da mulher por muito tempo, pois esta enfrentou o medo da repressão em decorrência da infidelidade, e o adultério da mulher passou a ser considerado uma “[...]”

¹² ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 66.

¹³ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: o uso dos prazeres. Tradução: Maria Tereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhon Albuquerque. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 132.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. V. 1. Curitiba: Juruá, 1991, p. 51.

instituição social inevitável, junta à monogamia e ao heterismo.”¹⁵ O amor, então sufocado pelo casamento, era partilhado com o amante. A família monogâmica, calcada na proteção do patrimônio, deu a luz ao adultério do homem e da mulher. É evidente que o adultério masculino era diferente do adultério feminino, pois conforme já observado, o primeiro não sofria qualquer represália, enquanto que no caso feminino, em determinadas épocas, foi motivo suficiente para aplicação da pena de morte, executada pelo próprio marido.

Verifica-se que, da forma como a família monogâmica foi concebida, sem qualquer afeto recíproco entre os consortes, ela não traduz com fidelidade o significado do termo monogamia. As causas da infidelidade de ambos os cônjuges na família monogâmica se deve à superioridade do homem sobre a mulher, as razões financeiras que levam a escolha dos parceiros e a indissolubilidade da união. Ao que parece, a infidelidade diminui quando os nubentes, com igualdade de condições, têm a possibilidade de se casarem com base no afeto que existe entre eles. Todavia, o fator dissolubilidade da união também afasta o adultério do matrimônio, uma vez que os cônjuges têm consciência de que, ao acabar o amor sexual, razão do enlace, podem se utilizar de meios legais para se tornarem livres das obrigações impostas pelo casamento.

Embora a família monogâmica, historicamente, esteja ligada de forma direta ao adultério de seus cônjuges, certamente com as mudanças ocorridas na sociedade, que igualaram os gêneros em direitos e deveres, tal família se encaminha para uma monogamia no sentido etimológico da expressão. De outro modo, entende-se que, a supressão da superioridade do homem sobre a mulher, a imoralidade dos casamentos por conveniência e a dissolubilidade das uniões por inexistência de afeto, torne a família verdadeiramente monogâmica, na qual o adultério seja exceção, e não mais a regra.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 73.

1.2 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da monogamia, o que significa que as uniões em decorrência do amor sexual são formadas por duas pessoas, ou melhor, por dois cônjuges, independente de serem unidos formal ou informalmente, de serem do mesmo sexo ou de sexos opostos, apenas não se admite que um dos cônjuges mantenha, simultaneamente, duas famílias conjugais. Barros esclarece a utilização ampla da expressão cônjuges:

Cônjuges são, como o próprio nome diz, os que se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida em comum. Nessa conjugação de vidas, atua o afeto. O que define a família é uma espécie de afeto que – enquanto existe – conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum.¹⁶

Portanto, de forma ampla, pode-se utilizar o termo cônjuge para fazer referência aos indivíduos que compõem as uniões. O autor não limita o emprego da expressão cônjuge apenas para as uniões sexuais, mas também a destina para os descendentes dessas uniões, tanto que ele divide em espécies de cônjuges, a saber: os que estão conjugados por uma origem, leiam-se pais e filhos; e aqueles que se sentem conjugados em razão do destino da vida em comum, ou seja, amor sexual. Por conta disso, o autor afirma que o afeto conjuga intimamente duas ou mais pessoas, e neste caso, por certo não está fazendo apologia à quebra do princípio da monogamia, e, sim, quer reconhecer as famílias compostos por pais e filhos.

Mas qual o objetivo e a extensão do princípio da monogamia? Contrariamente do que se pensa o princípio da monogamia não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. “Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio

¹⁶ BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 14, jul-ago-set/2002, p. 08.

jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental.”¹⁷ Para tanto, oportuno mencionar que a infidelidade e o adultério não ocasionam a quebra de tal princípio.

Embora, Lôbo acredite ser o dever de fidelidade ultrapassado,¹⁸ e Dias pretenda sua extirpação do ordenamento jurídico por não ser exequível,¹⁹ a supressão do dever de fidelidade do ordenamento implicaria no consentimento de famílias conjugais simultâneas. Dias tem parcialmente razão ao defender a retirada do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges pelo fato de não ser exequível, pois realmente não o é. Contudo, o descumprimento do dever de fidelidade de regra pode gerar duas situações, o adultério ou a injúria grave, as quais são causas de separação judicial litigiosa, e uma vez provadas, o cônjuge ofensor estará impedido de utilizar o sobrenome do cônjuge inocente, bem como deverá pagar alimentos a este, caso necessite. Tais sanções não são absolutas, pois existem circunstâncias que permitem ao cônjuge ofensor manter o sobrenome do outro cônjuge, bem como receber alimentos necessários a sua sobrevivência.

Ademais, observa-se que a fidelidade é indispensável, e deve permanecer na legislação “[...], pois se não houver proibições não será possível a constituição do sujeito e, conseqüentemente das relações sociais.”²⁰ Ora, muitos problemas encontrados na sociedade se devem às famílias desconstituídas, que não proporcionaram o desenvolvimento dos membros envolvidos no grupo, que é a função da família. Extirpar do ordenamento a fidelidade entre os cônjuges, significa retornar ao estágio no qual homem e mulher estabeleciam relações sexuais com vários parceiros, impedindo a constituição de uma família sólida.

¹⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 107.

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 26, out-nov/2004, p. 13.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. **Revista AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, n. 85, t. I, mar/2002, p. 479.

²⁰ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Op. cit., p. 110.

Quando se adota um sistema monogâmico, o que se pretende é que as uniões conjugais sejam formadas apenas por duas pessoas. Os filhos são para muitos casais uma escolha, concebidos do afeto existente entre os pais. A ofensa ao princípio da monogamia ocorre quando um dos cônjuges forma uma segunda união conjugal, sem se desvincular da primeira união. A existência de filhos extraconjugais não afronta o princípio, mas a existência de uma união com terceira pessoa com *status* de família fere de morte o princípio ordenador. Para tanto, quando se fala em monogamia se está se referindo ao modo de organização da família conjugal.

A caracterização do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas na relação extraconjugal, em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja ela paralela ao casamento, união estável ou qualquer outro tipo de família conjugal.²¹

O princípio da monogamia é encontrado em vários dispositivos legais, não apenas na legislação penal, mas também na cível. O casamento de pessoas já casadas é considerado, legalmente, um impedimento previsto no artigo 1.523, VI, do Código Civil, bem como as relações permanentes e informais entre homem e mulher, impedidos de casar, não configuram a união estável, e sim uma união concubinária, conforme estabelece o artigo 1.727 do referido diploma, haja vista que quaisquer das situações vislumbradas ensejam a quebra do princípio da monogamia.

O princípio da monogamia determina que uma pessoa não pode contrair e manter simultaneamente dois ou mais vínculos matrimoniais, pois este é o princípio adotado pelo Direito brasileiro, sendo vetada a bigamia, tipificada inclusive como crime, de sorte que, tratar as uniões adulterinas como entidades familiares seria compensar o imoral, seria socializar o insocial, legalizar o ilegal e socialmente condenável, colocando em risco, portanto, a própria segurança em si das relações familiares [...].²²

²¹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Op. cit., p. 108.

²² WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 178 e 179.

Nesse sentido, as proibições conjugais, interditos ao desejo, ou como são conhecidos pela sociedade, a fidelidade e a punição ao adultério, são instrumentos necessários para assegurar a manutenção do sistema monogâmico. O respeito à fidelidade entre os cônjuges impede a ocorrência de relações extraconjugais, as quais têm a potencialidade de se transformar em famílias extraconjugais, implicando na quebra do princípio da monogamia. Em síntese, a proibição serve para evitar que ocorra um “mal maior”.

1.3 ESPÉCIES DE INFIDELIDADE

A palavra infidelidade, de acordo com o Dicionário Aurélio, originou-se do latim, que significa “deslealdade, traição, perfídia”.²³ Segundo o mesmo dicionário supracitado, o vocábulo adultério, cuja origem também é latina, significa “infidelidade conjugal; amantismo, prevaricação”.²⁴

Dessa forma, apesar do referido dicionário usar as duas expressões em questão como sinônimas, observa-se que a infidelidade não é específica aos relacionamentos amorosos, podendo ocorrer também entre amigos. Já o adultério, de acordo com a obra mencionada acima, é uma forma de infidelidade exclusiva do casamento, infidelidade conjugal, a qual exige o contato físico entre os amantes. Ou, nas palavras de Carlomagno: “Adultério é uma infidelidade conjugal, adulteração, união destoante ou aberrante do matrimônio ou, juridicamente considerado concúbito reprovado.”²⁵

²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1.999, p. 1108.

²⁴ *Ibid.*, p. 57.

²⁵ CARLOMAGNO, Fernando. **Aspectos penais e civis da infidelidade virtual**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/17/88/1788/>> Acesso em: 09.10.2006.

Assim, tanto a infidelidade quanto o adultério, são reconhecidos como abuso de confiança, falta de sinceridade, desonestidade, deslealdade, mas com uma diferença, qual seja, que o conceito de infidelidade envolve vários tipos de relacionamentos, inclusive os não sexuais e afetivos, enquanto o adultério somente ocorre no casamento.

Porém, a infidelidade nada mais é, conforme o entendimento de Caprio, do que uma conseqüência de desejos, inconscientes ou conscientes, de um dos cônjuges por uma pessoa estranha à união conjugal, sendo que, muitas vezes, tais nem mesmo são realizados, mas ficam vagando na mente, como fantasias, fetiches, não importando, por ora, o porquê de serem ou não praticados.²⁶

Enquanto o desejo de ser infiel fica aprisionado no inconsciente de um dos cônjuges, ele pode ser comparado com atos preparatórios, que não podem ser punidos, haja vista que ainda estão no pensamento, nada foi executado, todavia não deixa de ser infidelidade. Esse desejo inconsciente do cônjuge de ser infiel é chamado, pelo autor, de infidelidade psíquica, ou seja, aquela que “não leva o sonho ou o desejo inconsciente ao nível do consciente”.²⁷

Logo, sendo o desejo consciente, havendo *animus* de ser infiel, a infidelidade deixa de ser psíquica, podendo ocorrer a partir do surgimento de uma oportunidade, o que não quer dizer que foi premeditada, ou mesmo, que exista contato físico:

A traição não é apenas o contato físico, mas também, e de forma tão ou mais insuportável para o traído, a miríade de detalhes que apontam para a intimidade emocional: o sentimento de cumplicidade, a deliciosa excitação de esperar pelo chamado do outro, as confidências sobre segredos e fantasias, o prazer de ir para a cama pensando que amanhã tem mais.²⁸

Como se verifica, independentemente do desejo de ser infiel seja consciente ou inconsciente, não deixa de ser considerado infidelidade. Entretanto, popularmente entende-se por infidelidade, a existência de um relacionamento sexual, não importando o período de

²⁶ CAPRIO, Frank S. **Infidelidade conjugal**. São Paulo: Ibrasa, 1967, p. 26.

²⁷ Id.

²⁸ PINHEIRO, Daniela. Trair e teclar, é só começar. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, n. 03, jan/2006, p. 78.

tempo, entre um dos cônjuges, ou um dos namorados, e a pessoa que não seja seu companheiro.

De acordo com o entendimento da psicóloga Lins, “sem dúvida, existe um equívoco generalizado ao se identificar fidelidade com sexualidade”.²⁹ A infidelidade está muito mais envolvida com os relacionamentos extraconjugais afetivos. Na verdade, o que diferencia a infidelidade do adultério são os relacionamentos extraconjugais sexuais, pois, considera-se adultério o fato de um dos cônjuges manter relação sexual com uma terceira pessoa. Tanto é assim, que, quem praticasse adultério, ou seja, mantivesse relações sexuais extraconjugais, cometia o crime previsto no art. 240 do Código Penal, ora suprimido. Contudo, o referido artigo, então revogado, não o definia, conseqüentemente cada doutrinador apresentou um entendimento diferente do outro, sobre haver ou não a necessidade de conjunção carnal.

Logo, o adultério é mais específico, pois, para configurá-lo, o sujeito ativo deve ser um dos cônjuges, e praticar sexo com uma terceira pessoa. Enquanto que a infidelidade é mais abrangente, pois não tem como requisito o casamento, podendo ocorrer entre um casal de namorados, em uma união estável ou união homoafetiva. Cabe lembrar também que não há a necessidade da realização do ato sexual, bastando o simples desejo inconsciente. Pamplona da Costa *apud* Pinheiro esclarece a complexidade da infidelidade emocional:

Entender o romance sem sexo envolve conceitos subjetivos, mas qualquer um que tenha passado pela infidelidade emocional, ou branca, como chamam os especialistas, não tem a menor dificuldade em identificá-la. “Ela tem um potencial tão devastador para afetar uma união quanto se um dos cônjuges tivesse sido pego na cama com outra pessoa,” [...].³⁰

Portanto, não se deve confundir traição com adultério. Este último “é caracterizado pela infração ao dever de fidelidade recíproca no casamento e [...] dá motivo à separação

²⁹ UM ESTUDO SOBRE O ADULTÉRIO. O que é fidelidade?. Disponível em: <<http://www.adultério.hpg.ig.com.br/index.html>> Acesso em: 09.10.2006.

³⁰ PINHEIRO, Daniela. Op. Cit., p. 78.

judicial, na órbita civil. O adultério consuma-se com a prática do inequívoco ato sexual”.³¹ Já a infidelidade, que também pode ser causa de separação judicial por injúria grave, admite uma definição mais extensa, “não se restringindo ao casamento, à união estável, ao ato sexual consumado, e, sim, se expandindo a todo relacionamento humano, como nas amizades, nos negócios, na política, nas guerras, etc.”³²

1.4 O REVOGADO CRIME DE ADULTÉRIO NO CÓDIGO PENAL DE 1940

Antes de iniciar o estudo do adultério, é importante esclarecer que, a referida conduta já não pertence ao rol de delitos penais. Vários foram os argumentos utilizados pela doutrina para a supressão de tal crime. Sendo um desses argumentos, a raridade com que se propunham as ações penais a respeito do crime. Segundo Sirino, o outro argumento é o fato de haver um:

[...] certo consenso social, mais complacente às incursões sexuais do casamento, as quais não afetam organicamente a estrutura familiar, discutindo-se a validade de proteção ao bem jurídico tutelado que é a paz matrimonial ou a organização familiar, que uma vez dissolvido pelo seu rompimento, perde sua razão de ser, sendo penalmente insignificante.³³

No entanto, o adultério permanece presente no ordenamento jurídico brasileiro, pois está elencado no artigo 1.573 do Código Civil, como uma das causas caracterizadoras da impossibilidade da comunhão de vida entre os cônjuges, o que significa que pode ser utilizado como objeto na ação de separação judicial litigiosa. Para tanto, faz-se importante tratar sobre

³¹ COMPORTAMENTO. Adultério virtual. Disponível em: <<http://www.traida.net/oqetraicao/index.cfm>> Acesso em: 10.10.2006.

³² Id.

³³ SIRINO, Sérgio Inácio. **Adultério: consumação do crime pela interne.** possibilidade. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/adultne2.html>> Acesso em: 15.12.2007.

o tema, sobretudo seu conceito, objeto e demais elementos, haja vista que estes serão transferidos para a esfera cível, na qual o adultério se manteve como conduta condenável.

O objeto jurídico do crime de adultério era a ordem jurídica matrimonial e familiar, entendendo o legislador, de acordo com Jesus, que a realização do referido ato, “leva à dissolução da sociedade conjugal”³⁴, conseqüentemente, fazendo com que os filhos e o cônjuge inocente sofressem em razão da prática da conduta.

Quanto ao sujeito ativo e passivo do crime em exame, não havia discussão à respeito, sabe-se que, com relação ao primeiro, tratava-se de um dos cônjuges, podendo ser o homem casado ou a mulher casada e, ainda, pessoa que relaciona-se com o cônjuge adúltero, sendo indiferente seu estado civil, pois o tipo penal exigia a existência do co-réu, como era previsto no § 1.º do art. 240, já, com relação ao segundo, era o Estado e o cônjuge enganado.

Embora o tipo penal do adultério já não exista mais, há uma discussão a respeito dos sexos do cônjuge adúltero e co-réu que permanece vigente, sendo que a maior parte dos doutrinadores acredita que deve haver a diversidade de sexos, ou seja, sexos opostos, para caracterização do adultério, entre estes estão Jesus e Noronha.

Prado faz parte da corrente minoritária, que entende que não há a necessidade, para a realização do adultério, ser os sujeitos ativos, de sexos opostos, pois de acordo com o seu raciocínio, o dispositivo em questão apenas exige “o concurso de duas pessoas – de sexos opostos ou não -, uma das quais casada”.³⁵ Todavia, mesmo para aqueles doutrinadores que acreditam que para configurar o crime de adultério é preciso que os sujeitos ativos sejam de sexos opostos, também há divergência sobre a necessidade de haver ou não o coito vaginal. Existindo, dessa forma, três entendimentos diferentes a respeito, tanto doutrinário como jurisprudencial. O primeiro diz haver a necessidade da ocorrência da conjunção carnal, ou seja, da penetração do órgão masculino no órgão feminino, não sendo obrigatória a completa

³⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. parte especial**, vol. 3, 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.999, p.209.

³⁵ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte especial**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, p.345.

penetração. Por sua vez, Costa Júnior, defende o segundo posicionamento, entendendo que se configura o crime em tela, com a prática de qualquer ato libidinoso, pois, acredita, que até mesmo “o contato carnal da mulher casada com outro homem, ainda que impotente, realiza o tipo penal.”³⁶ Nesta última tese, onde se acredita que a realização de atos libidinosos são suficientes para a tipificação do crime, também é defendido que a presunção da ocorrência desses atos ensejam o adultério, como verifica-se no julgado adiante exposto:

Para a caracterização do crime previsto no art. 240, do CP, não se exige o rigorismo do *nudus cum nada in eodem lecto*, bastando que o casal adúltero se encontre *solus cum sola in solitudine* em circunstâncias que autorizem supor, necessariamente, que praticaram o delito.³⁷

Porém, o posicionamento mais aceito é o terceiro, referente a consumação do delito em exame, além da conjunção carnal, é aquele que se dá por atos sexuais inequívocos, como sustenta Noronha ao afirmar que “a ação física delituosa não reside apenas na conjunção carnal, ou seja, na união dos sexos, mas também em equivalentes fisiológicos ou sucedâneos: coito anal, interfemoral, ‘fellatio in ore, cunnilingus, annilingus’ e poucos mais.”³⁸

Entretanto, mesmo Noronha entendendo que o crime de adultério somente se configura através da diversidade de sexos, unindo-se a sua concepção a respeito desse elemento objetivo do tipo, qual seja, atos sexuais inequívocos, com o posicionamento de Prado, que acredita na ocorrência do referido delito, também, nas relações homossexuais, o conceito de adultério compreenderia uma gama maior de situações, sem desvirtuar o objeto jurídico do delito.

Em alusão ao elemento subjetivo do tipo, não há divergência alguma entre os operadores do direito, em razão de só se aceitar o dolo, pois, são os doutrinadores unânimes

³⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal, parte especial**, vol. 3, 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.992, p. 47.

³⁷ TACRIM-SP – REL. WILSON BARREIRA – RT 721/467, PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro parte especial**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, p. 348.

³⁸. NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, vol. 3, 28.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1.998, p.279

acerca da vontade em praticar o ato delituoso em questão. Porém, caindo o co-réu em erro com relação ao estado civil do agente adúltero, lhe será excluído o dolo.

Acreditam os juristas, ser a tentativa, teoricamente possível, em razão de ser um crime material e, para uma melhor elucidação, Noronha descreve em sua obra o seguinte exemplo: se um par de amantes, já na alcova, está para praticar um desses atos, mas é interrompido pelo esposo ofendido, parece-nos ter havido tentativa.³⁹

Com relação a ação penal, sabe-se que era privada, na qual somente o cônjuge ofendido tinha legitimidade para iniciar a persecução penal, caso contrário, na falta dele, outro não poderia fazê-lo, em razão de tratar-se de direito personalíssimo.

Após tomar conhecimento do fato, de acordo com o § 2.º do art. 240 do CP, o cônjuge ofendido deveria intentar a ação penal no prazo decadencial de um mês, não o fazendo no prazo estabelecido, presumia-se que, como prescrevia o § 3.º, II do mesmo dispositivo, a vítima teria consentido com o adultério, ou seja, perdoado o cônjuge adúltero, logo não poderia iniciar a competente ação penal.

Como prescrito no inciso II do § 3.º do artigo supracitado, o perdão da vítima pode ser tácito, em que qualquer manifestação de atitude desta, demonstre benignidade e complacência, bem como ser expresso, porém, independente do tipo do perdão, se oferecido este a um dos sujeitos ativos, beneficiará aos demais.

Também, vale salientar que, o perdão da vítima, no curso da ação penal, não impedia o prosseguimento desta, pois o perdão só produziria efeitos, se aceito, tácito ou expressamente, pelos querelados. Da mesma forma, de acordo com o que estava estabelecido no § 3.º, I do CP, não poderia o cônjuge ofendido intentar a ação penal, se já estivesse separado judicialmente, pois o art. 3.º da Lei n.º 6.515/77, dispunha expressamente que a separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. Sendo, assim, faltar-lhe-ia o objeto

³⁹ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p.280.

jurídico da tutela penal. Quanto ao perdão judicial, conforme expressava o § 4.º, I do artigo em questão, para ser aplicado, havia a exigência do término da vida em comum entre os cônjuges, todavia, não necessitava a separação judicial, bastando a separação de fato como entende o julgado a seguir:

No adultério, a concessão do perdão judicial exige a anterior cessação da vida em comum dos esposos, importando isso em separação de fato definitiva, a inexistência de convívio, quer em razão de acordo entre os cônjuges, quer pelo abandono de um deles.⁴⁰

Insta esclarecer que, com a separação de fato o dever de fidelidade é rompido, portanto, se o abandono é temporário ou prolongado, mas não enseja na separação de fato, não poderia o juiz aplicar o perdão judicial. Ainda, consta no antigo texto do inciso II do § 4.º do referido artigo, que o juiz não aplicaria o perdão judicial nos casos em que o querelante tivesse praticado os atos previstos no art. 317 do Código Civil de 1916. Contudo, tal dispositivo foi revogado pela atual Lei do Divórcio, a qual o substituiu, respectivamente, de acordo com o entendimento de Delmanto, pelo art. 5.º, que autoriza um dos cônjuges a pedir a separação judicial, quando o outro praticar “conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”⁴¹

1.5 DIREITOS E DEVERES RECÍPROCOS ENTRE OS CÔNJUGES

Os direitos e deveres de ambos os cônjuges são os efeitos jurídicos do casamento, que o legislador aconselha que sejam cumpridos, pois a grave violação de qualquer um deles

⁴⁰ TACRIM-SP – AC – Rel. Adalberto Spaguolo – JUTACRIM 79/289, PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro parte especial**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001, p. 349.

⁴¹ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**, 5.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000, p. 453.

justifica a dissolução da sociedade conjugal por intermédio da separação judicial litigiosa na modalidade sanção, ou seja, a qual se utiliza da demonstração da culpa de um dos cônjuges para justificar a decretação da dissolução da sociedade conjugal.

O Código Civil de 1.916 elencava no art. 231, I a IV, os principais deveres dos cônjuges, porém sabe-se que há muitos outros “deveres morais, imprescindíveis à boa harmonia conjugal, à felicidade doméstica, à paz familiar, como o mútuo amor, a confiança e o recíproco respeito”,⁴² no entanto, considerava-se apenas os descritos na lei.

Atualmente, diante da edição da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os deveres conjugais estão discriminados no artigo 1.566 do Código Civil, o qual manteve os mesmos deveres previstos na antiga legislação, com o acréscimo do inciso V, que trata do respeito e considerações mútuos. O referido dispositivo legal inicia citando como sendo o primeiro dever a fidelidade recíproca, descrita em seu inciso I. Os doutrinadores compartilham do mesmo entendimento, qual seja, de ser este dever o mais importante deles.

A fidelidade recíproca é consequência da organização monogâmica da família. “Historicamente, voltava-se principalmente ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*.”⁴³ Ela é entendida no sentido físico e moral, ou seja, os cônjuges têm entre si um vínculo de exclusividade e dever de lealdade, logo, uma vez contraído matrimônio, nenhum dos consortes poderão ter relação sexual com terceiro, sem que caracterize adultério, sendo este uma das consequências da infração do dever de fidelidade recíproca.

A infidelidade física caracterizada pelo adultério é punida na esfera cível, desde que o cônjuge ofendido entenda que o adultério configura a grave violação do dever de fidelidade recíproca, poderá ingressar com a separação judicial litigiosa. Já a infidelidade moral, “não está munida de sanção eficiente, podendo todavia a deslealdade de um cônjuge em relação ao

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, vol. 2, 34.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.997, p. 116.

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 12.

outro (namoro com terceira pessoa, por exemplo) constituir, conforme o caso, infração grave, que também autoriza a separação judicial litigiosa”,⁴⁴ como pode ser observada de acordo com o julgado a seguir descrito:

Ação de separação judicial não consensual. Pedido julgado procedente na instância a quo, decretando a separação do casal com base no réu (Lei n.º 6.515/77, arts. 3.º e 5.º), determinando a averbação da certidão de casamento (arts. 98, 99 e 100, caput, da Lei de Registros Públicos), estabelecendo a guarda dos filhos para a autora e fixando os alimentos em oito salários mínimos devidos a partir da intimação da sentença. Viabilidade. Decisão mantida. Recurso não provido. A violação do dever de fidelidade representa a mais grave das infrações dos deveres conjugais; dentro dos padrões convencionais da sociedade moderna, estruturada a base do casamento monogâmico, o adultério constitui séria injúria ao consorte e grave ameaça à vida conjugal.⁴⁵

Cumpre obtemperar, todavia, que a infidelidade masculina, no passado, foi considerada diferente da feminina. As razões para a diferenciação já foram esclarecidas anteriormente, no entanto, em síntese, a distinção era devida, conforme dita Cunha, ao “[...] rebaixamento das mulheres, a suposta superioridade masculina e a facilitação da infidelidade dos homens no sistema monogâmico [...]”.⁴⁶ Outra justificativa imputada a diferenciação, utiliza-se do fator emocional da mulher, e para tanto se afirma que a mulher se envolve sentimentalmente, entrega-se com maior facilidade às paixões, enquanto o homem apenas faz por vaidade, por aventura, sem deixar, na maioria das vezes, de amar sua esposa. Ainda, para consubstanciar tal diferença, caso a mulher venha a engravidar em decorrência de seus relacionamentos extraconjugais, os filhos provindos destes, acabarão ficando a cargo do marido, enquanto que os filhos do marido adúltero serão criados pela amante.

Todavia, essa gravidade ressaltada acima diz respeito apenas ao estudo psicológico e social, pois com relação à moral e à ciência jurídica, tanto a infidelidade feminina quanto a

⁴⁴ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro, o novo direito de família**, vol. IV, 12.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 95.

⁴⁵ TJPR – Ac. 12886, 23-12-97, Rel. Des. Wanderlei Resende. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**, vol. V, 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2.001, p. 131.

⁴⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Op. cit., p. 117.

masculina tem o mesmo peso, ou seja, são censuradas, “por ser fato de perturbação da estabilidade do lar e da família.”⁴⁷

Outro dever provindo do casamento é a vida em comum no domicílio conjugal. Tal dever corresponde ao inciso II do artigo em questão, o qual estabelece que “somente em situações de plena exceção é de admitir-se a quebra ao preceito.”⁴⁸ Assim, uma vez celebrado o casamento, devem os consortes viverem juntos, sob o mesmo teto, além de manterem relações sexuais entre si, configurando, desta forma, o débito conjugal, o qual é visto como uma prestação, em que um cônjuge pode cobrar do outro a satisfação sexual e, caso um deles não aceite, será motivo suficiente para separação.

Porém, não é possível exigir a prestação do débito conjugal quando os consortes estão impedidos de convalidar a coabitação física com recusa justificada, como são os casos de grave enfermidade de um dos cônjuges, casamento de pessoas idosas, ou ainda, aqueles casais que fazem solenemente votos de castidade após anos de casamento. Nesses casos, a falta das relações sexuais não implica no descumprimento do dever, logo, tal não é considerado absoluto. A flexibilização da prestação conjugal também se deve à utilização do termo arcaico, qual seja, ‘débito conjugal’. Atualmente, diante dos novos paradigmas apresentados pelo ordenamento jurídico no que diz respeito a legislação de direito de família, a expressão débito conjugal bem como seu significado se tornaram antiquados e indignificante.

Sabe-se, também, que o abandono do lar sem justificativa enseja em separação judicial, exceto nos casos em que a ausência de um dos cônjuges se dá em decorrência do exercício de sua profissão. O Código Civil de 1.916, no art. 234, punia a mulher que abandonasse o lar sem justo motivo, cessando para o marido a obrigação de sustentá-la. Todavia, no atual Código não há previsão alguma da referida sanção.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 5, 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.997, p. 119.

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**, vol. V, 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2.001, p. 132.

É, ainda, de verificar-se que, no Código de 1.916, era incumbência do cônjuge varão fixar o domicílio, e da cônjuge virago segui-lo, porém o entendimento da doutrina já era pela igualdade de escolha, ora concretizada pela vigente legislação que positivou a igualdade entre marido e mulher:

Sendo iguais os direitos dos cônjuges, devem escolher onde viver e trabalhar. Mas, se por capricho, ou hostilidade, muda-se para lugar inóspito, insalubre ou desconfortável, ou se, para dar meças ao seu espírito andejo, desloca-se constantemente sem pouso certo e sem assento, pode a mulher recusar-se a segui-lo, sem que se lhe impute quebra do dever legal.⁴⁹

Dessa forma, para que não ocorra esses tipos de abusos mencionados acima, o atual Código Civil, disciplinou a matéria no art. 1.569, estabelecendo que a escolha do domicílio é faculdade de ambos os consortes, sendo que será possível se ausentar do domicílio, qualquer um deles para atender encargos públicos, exercer atividade profissionais e demais interesses particulares.

A mútua assistência é mais um dos deveres elencados no artigo 1.566 do Código Civil, mais especificamente no inciso III deste. Pereira acredita que o dever em tela, não se caracteriza apenas com a obrigação alimentar e de vestuário, pois, pelo fato de morarem os cônjuges sob o mesmo teto, presume-se a recíproca assistência entre eles, mas também como a “assistência moral, o amparo nas doenças, a solidariedade nas adversidades, como ainda o desfrute dos prazeres da vida na conformidade das posses e da educação de um e de outro.”⁵⁰

No entanto, da forma como o autor supracitado define o dever de mútua assistência, a infração deste “pode ficar sem sanção, pois difícil será demonstrar a existência do dever de consolar um cônjuge e a recusa do outro em fazê-lo.”⁵¹ Logo, mesmo havendo doutrinadores que conceituam o dever de assistência como “obrigação de fazer ou de prestar amparo e cooperação, mais no sentido moral, e o dever de socorro como obrigação de dar que se

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 11.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.996, p. 106 e 107.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 107.

⁵¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito de família**, vol. 6, 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 121.

cumpra mediante ajuda econômica”;⁵² a infração deste último é mais fácil de ser demonstrada, haja vista que o descaso do cônjuge com o outro cônjuge enfermo, sem empregar recursos para que este se recupere, configura o delito de abandono material da família, tipificado no art. 244 do Código Penal e, ainda, na esfera cível, é possível o ajuizamento de ação de alimentos; porém, com relação a falta de assistência moral, não há muito o que fazer, além da separação judicial.

Acerca do inciso IV, do referido Código, referente ao sustento, guarda e educação dos filhos, ambos os cônjuges têm a obrigação, apesar de nem todos os casais optarem por um casamento com filho, de “velar pela sorte deste, criando-o, amparando-o, educando-o e preparando-o para os embates da vida.”⁵³ A omissão deste dever ou a realização de determinados atos por parte de um dos cônjuges, ou de ambos, implicam na configuração do art. 244 do Código Penal, além de poderem ser, de acordo com o ordenamento civil, suspensos ou até destituídos do poder familiar conforme os artigos 1.637 e 1.638 do atual Código Civil.

Conforme já mencionado, com a nova redação do Código Civil, o artigo 1.566 acrescentou mais um dever aos consortes, qual seja, o respeito e consideração mútuos, previsto no inciso V. Segundo Silva, os deveres, ora em exame, já “estavam contidos no dever de mútua assistência, ali estatuído no art. 223, inciso III”⁵⁴ do Código Civil de 1.916. Esses mesmos deveres também já foram elencados pela Lei 9.278/96, art. 2.º, I, que regula a união estável, os quais são considerados “base para toda a vida em comum.”⁵⁵

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 107.

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 121.

⁵⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo código civil comentado**, In: coord. Ricardo Fiuza, São Paulo: Saraiva, 2.002, p. 1.365.

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 159.

1.6 INFIDELIDADE VIRTUAL

O mundo virtual possibilitou aos seres humanos se relacionarem com outras pessoas sem se identificar, ou ainda melhor, tornou viável realizar fantasias sexuais com a máxima privacidade se mantendo no anonimato. Dessa forma, “o internauta pode fraudar dados pessoais como o estado civil, raça, profissão, idade, tipo físico. Quanto à personalidade, pode demonstrar no espaço virtual características diferentes do seu comportamento social real,”⁵⁶ sempre com o objetivo de impressionar o outro interlocutor.

Assim, diante do cansaço da rotina é possível fugir da realidade, ligando o computador e acessando a internet, basta escolher um apelido (nickname), o qual “tende a significar alguma coisa, a provocar no outro alguma troca que proporcionará a interatividade – a grande chave da sobrevivência digital.”⁵⁷ O nickname funciona como um chamariz, o nome deve representar todo o personagem, para que dessa forma os internautas, em uma sala de bate-papo se interessem e iniciem a “conversa”.

Ademais, o espaço virtual, proporciona o que antes só era possível em sonhos, onde a:

[...] figura idealizada do outro não enfrenta o desgaste da convivência. O que se idealiza sempre é melhor do que o que se tem. No espaço virtual todos são pessoas especiais que construímos em nossas mentes, a partir dos nossos desejos. O espaço mágico virtual permite que o indivíduo construa um mundo também mágico, como se estivesse escrevendo o roteiro de um romance.⁵⁸

No entanto, por que se esconder nesse mundo onde não se exige compromisso?

Guimarães esclarece a indagação:

⁵⁶ GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério virtual, infidelidade virtual**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros40.html>> Acesso em: 11.10.2006.

⁵⁷ NUNES, Luciana. Identidade virtual. **Revista Viver Psicologia**. Cidade: Editora, ano XI, n.º 116, set/2002, p. 32 e 33.

⁵⁸ GUIMARÃES, Marilene Silveira. Op. cit.

[...] fazendo “uma reflexão sobre o mundo do ‘cá’ (a realidade) e o mundo do ‘lá’ ” (o mundo mental, a fantasia), afirmando que é da natureza humana, principalmente quando se enfrenta situações desagradáveis, refugiar-se no mundo do ‘lá’, a partir de um ‘mero clique no botão da nossa imaginação’.⁵⁹

Desse modo, o internauta não precisa se sujeitar a desagradável rejeição do seu parceiro, pois uma vez que este é imaginário não pode controlar sua fantasia, haja vista que a realidade digital pode ser moldada “dependendo do papel que deseja ser vivido – e não o oposto – faz com que a pessoa possa viver seus desejos.”⁶⁰ Portanto, o internauta se traveste da fantasia que desejar, assumindo uma personalidade que somente é possível em razão do uso da internet, e interage com os demais, saciando seus desejos bem como proporcionando prazer a outras pessoas – trata da forma mais fácil de realização pessoal ou sexual, depois de um dia estressante.

Regina esclarece que “esse tipo de relação é como a masturbação: resolve mas não satisfaz.”⁶¹ Todavia, mais severo é o entendimento da psicóloga Regina que afirma ser o sexo virtual uma piada, dizendo ainda que “quem troca uma coisa pela outra tem medo do confronto com o outro e com o que ela não gosta em si mesma, inclusive fisicamente. Ela não precisa lidar com suas partes que considera feias, que o outro pode não gostar.”⁶² Contudo, é preciso apreciar a opinião branda de Lerner, o qual aclara que o computador, “não é bom nem ruim, é apenas um instrumento que, para uma pessoa com criatividade, pode ser usado para fins sexuais.”⁶³

Ainda, seguindo a argumentação da psicóloga Luciana Nunes, encontra-se uma visão mais amena do uso do computador para fins sexuais, como é possível verificar no texto infracitado:

⁵⁹ Id.

⁶⁰ NUNES, Luciana. Identidade virtual. Op. cit. p. 32 e 33.

⁶¹ REGINA, Renata. Lar, doce camisinha do futuro. **Revista Viver Psicologia**. Cidade: Editora, ano V, n.º 48, dez/96, p. 10 a 14.

⁶² Id.

⁶³ LERNER, Théio. O sexólogo eletrônico. **Revista Viver Psicologia**. Cidade: Editora, ano V, n.º 48, p. 08 e 09, dez/96.

Os usuários voltam ao chats porque, quando estes experimentam o diálogo, mesmo que com a justificativa inicial de buscar um outro, acabam experimentando papéis, refletindo sobre si próprios e promovendo um processo de autoconhecimento. A 'brincadeira' on-line é um exercício da sexualidade, das variações da personalidade e do campo de observação bruta para o psicólogo.⁶⁴

Portanto, não cabe a ninguém recriminar as relações íntimas por computador, porém, incentivá-las seria o mesmo que acreditar que as pessoas perderam a capacidade de se relacionarem no dia-a-dia, como a pouco tempo atrás faziam os casais de namorados, flertando e paquerando em bares e boates, até mesmos nos encontros casuais, nos quais os olhos e o corpo denunciam que estão atraídos fisicamente, sendo esse o verdadeiro jogo da sedução.

Entretanto, pode-se afirmar que o relacionamento amoroso ou sexual mantido na internet configura a infidelidade, ou o adultério virtual como preferem alguns juristas? As opiniões a respeito são diversas. A polêmica da temática sugere várias interpretações, impedindo a pacificação do assunto. Mas antes de partir para as teorias já criadas sobre os relacionamentos ocorridos nas salas de bate-papo da internet, faz-se necessário resgatar a diferença entre infidelidade e adultério, para que desse modo, facilite a compreensão do tema.

Como já definido anteriormente, o conceito de infidelidade é amplo, pois não se limita ao ato sexual unicamente, este nem mesmo precisa ocorrer para que seus efeitos sejam comparados ao do adultério, o qual exige o contato físico entre os parceiros. Logo, é possível afirmar que:

[...] a maior ameaça da infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, gerando suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição.⁶⁵

⁶⁴ NUNES, Luciana. Identidade virtual. Op. cit., p. 32 e 33.

⁶⁵ MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 11, out-nov-dez/2001, p. 153.

O contato físico entre os parceiros, na relação extraconjugal, é elemento indispensável para a configuração do adultério. Conforme explicado anteriormente, há três teorias que divergem entre si sobre a intensidade do contato físico, que pode ser limitado ao coito vaginal, ou estendida ao sexo anal, ao oral, e ainda, ao beijo lascivo. Embora a divergência permaneça, verifica-se que todos os entendimentos se pautam no contato físico. Exigência que não está prevista na infidelidade. Para a caracterização desta basta o que a doutrina denomina de “quase adultério”, infidelidade moral, emocional ou infidelidade branca, aquela que o contato físico não ocorreu, mas que os indícios levam a crer na existência de um relacionamento íntimo entre as pessoas envolvidas.

Quanto ao adultério virtual, nomenclatura por vezes encontrada na doutrina para fazer referência aos relacionamentos virtuais, Bembom é categórica ao afirmar que: “Trocas de *e-mails*, conversas, ainda que erotizadas, via rede, é sabido, não são adultério.”⁶⁶ A autora discorda do emprego do termo adultério virtual para denominar os relacionamentos ocorridos via rede, uma vez que não há entre os internautas o contato físico. Brasil segue entendimento semelhante, pois concorda que a falta de contato físico entre os parceiros retira do ato virtual a configuração de adultério. No entanto, a autora escolhe outra via para afirmar a impossibilidade de ocorrência do adultério, esclarecendo que se trata de crime impossível, haja vista a dificuldade de reconhecer o co-réu. Para tanto, utiliza-se de teoria formulada na vigência do artigo 240 do Código Penal, ora revogado.

Não se pode cometer o adultério isoladamente pois trata-se de um crime de concurso necessário, neste caso, chamado também de crime bilateral ou de encontro, que somente se perfaz com a participação de duas pessoas. Caso contrário, trata-se de crime impossível e portanto sem condições de ser atribuído a alguém.⁶⁷

⁶⁶ BEMBOM, Marta Vinagre. Infidelidade virtual e culpa. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 5, abr-mai-jun/2000, p. 31.

⁶⁷ BRASIL, Angela Bittencourt. Adultério na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1832>>. Acesso em: 30.12. 2007.

Decididamente o relacionamento virtual entre pessoas casadas não configura adultério, tornando-se inadequada a utilização do termo adultério virtual. Todavia, em virtude da definição ampla observada na infidelidade, esta não está descartada de ocorrer via rede. Pinheiro apresenta de forma bastante esclarecedora o procedimento, bem como os efeitos gerados pela infidelidade: “Começa com a troca de mensagens eletrônicas, o envolvimento vai crescendo, estabelece-se um vínculo íntimo. Tem todos os ingredientes de um caso extraconjugal, mas, na maioria das vezes, o contato físico pode nem ocorrer.”⁶⁸ O que não significa a inexistência de afeto entre os parceiros internautas.

Ao que parece, os efeitos e conseqüências advindas do relacionamento virtual são os mesmos dos relacionamentos extraconjugais ocorridos no mundo real. Até mesmo Vieira que trata o tema com demasiada cautela, não se furta em mencionar a existência de efeitos: “A caracterização ou não da infidelidade virtual há que ser analisada com muita parcimônia, visto que nessa ligação não há contato físico entre os internautas, embora haja emoção e prazer.”⁶⁹ Acertadamente, a autora discorda que a internet favorece a ocorrência de adultério virtual, porém, não nega que os referidos relacionamentos virtuais causam dor e angústia ao cônjuge ofendido em razão da deslealdade do cônjuge ofensor. Vale ressaltar, que deslealdade é uma das expressões consignadas no Dicionário Aurélio para fazer referência à infidelidade.

Entretanto, o extremismo não soluciona a questão. Não é o caso de se utilizar dos ensinamentos de Caprio sobre a infidelidade psíquica. Não se deve afirmar que a simples e passageira conversa na sala de bate-papo, mesmo erotizada, configure a infidelidade virtual, pois quando esta conduta não é rotineira, não acarreta a instabilidade ao casamento ao ponto de motivar a separação judicial, haja vista que pode ser comparada ao uso de revistas e vídeos pornográficos. Já a conversa na sala de bate-papo sempre com determinada pessoa, ou por

⁶⁸ PINHEIRO, Daniela. op. cit., p. 78.

⁶⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Indenização por dano moral e infidelidade. **Intelligentia jurídica**, ano III, n. 29, mar. 2003. Disponível em: <http://docentes.anchieta.br/~pbergamini/Legislacao/dano_moral_e_infidelidade.pdf>. Acesso em: 20.02.2008.

intermédio de outro meio, de forma reiterada, torna possível o início de um relacionamento minado de afeto, elemento suficiente para ensejar a formação de vínculos sentimentais entre os parceiros internautas, agora, sujeitos a tomarem coragem para marcar um encontro no mundo real.

O uso de revistas e vídeos pornográficos, ou ainda, passageiras conversas “picantes” no bate-papo, quando descobertas por um dos cônjuges pode chocá-lo, mas não justifica tratar tais condutas como formas de infidelidade. Vieira clarifica que: “Trata-se de contatos passageiros, ‘sem rosto’, sem identidade precisa, ademais, dependem de uma máquina para a sua comunicação.”⁷⁰ A autora faz alusão ao bate-papo, mas o referido entendimento também pode ser estendido para as revistas e vídeos, que não passam de instrumentos, estimuladores dos desejos sem causar real dano ao relacionamento conjugal.

Destarte, dependendo da frequência da conversa no bate-papo ou do conteúdo dos *e-mails*, esta pode e, fatalmente, irá interferir no relacionamento conjugal, especialmente quando tais conversas evoluem para o encontro, oportunidade dos amantes para estreitarem o relacionamento virtual, pois o sentimento já existe, a falta de identidade precisa, de rosto e corpo são solucionadas com o encontro, transformando-o, gradativamente, em uma união concubinária, ou seja, união amarrada pelos laços afetivos, mas desprovidas dos direitos inerentes as entidades familiares pelo fato de ter causado a quebra do princípio da monogamia.

⁷⁰ Id.

2 SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA COM CULPA

2.1 INFIDELIDADE VIRTUAL COMO CAUSA DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA

A separação judicial é uma das formas de dissolução da sociedade conjugal prevista no inciso III do art. 2.º da Lei 6.515/77 e inciso III do art. 1.571 do atual Código Civil. Essa separação judicial divide-se em consensual e litigiosa, sendo que a primeira ocorre, de acordo com o art. 1574 do Código Civil, quando por mútuo consentimento dos consortes e sendo estes casados há mais de 01 (um) ano, manifestam perante o juiz o desejo de dissolver a união; porém, tal modalidade não interessa ao presente estudo, haja vista que dispensa a prova da culpa de um dos cônjuges como requisito para a decretação da separação judicial.

A separação litigiosa divide-se em separação sem culpa ou separação remédio, e separação com culpa ou sanção. A separação judicial sem culpa admite duas possibilidades, quais sejam, a do cônjuge provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de reconciliação, conforme o art. 1.572, §1.º do Código Civil; ou se o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, §2.º do referido dispositivo. Essa espécie de separação, apesar de não fazer parte do trabalho em exame, também em razão da prescindibilidade de se demonstrar a culpa de um dos cônjuges, apresenta-se “como solução branda, visando pôr termo a uma união que já não oferece condições de sobrevivência.”⁷¹

A separação litigiosa com causa culposa, também é denominada de sanção uma vez que o cônjuge considerado culpado, ao final do trâmite da ação, é punido com a perda dos

⁷¹ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 205.

alimentos, ao menos os civis, bem como a impossibilidade de manter o sobrenome do outro cônjuge. Esta modalidade de separação, motivo da exposição desse tópico, tinha elencadas, no revogado art. 317 do Código Civil de 1.916, as seguintes causas: I – Adultério; II – Tentativa de morte; III – Sevícia ou injúria grave; IV – Abandono voluntário do lar conjugal por mais de dois anos. Tratava-se de um sistema de causas taxativas, no qual, a lei arrolava “especificamente os casos em que se considera o cônjuge culpado, não dando muita margem ao juiz para a análise do caso concreto.”⁷² A função do juiz se resumia em enquadrar os fatos de acordo com as causas prescritas em lei. Porém, o art. 5.º, caput da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), trouxe em sua redação, como causas para o pedido de separação judicial, imputação a um dos cônjuges a conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e, conseqüentemente, que tornasse insuportável a vida em comum.

Contudo, observa-se na Lei de Divórcio um sistema aberto, no qual as causas de separação se tornaram relativas, o que acarretou em:

[...] um expressivo aumento do poder discricionário dos tribunais, seja na verificação do que deva ser considerado desonroso na qualificação da conduta; e do que deva ser considerado grave na violação dos deveres conjugais; seja no arbítrio para determinar, em um e outro caso, quando ocorre a insuportabilidade da vida em comum.⁷³

Ao que parece, a Lei de Divórcio outorgou poderes para que o magistrado decidisse se a conduta cometida por um dos cônjuges ao outro, caracterizaria uma conduta desonrosa, ou uma violação aos deveres conjugais, e, ainda, se tal conduta seria capaz de tornar insuportável a convivência entre o casal, ou seja, tal diploma retirou dos cônjuges o direito de decidir particularmente quando determinadas atitudes acarretariam a insuportabilidade, requisito este,

⁷² CARVALHO NETO, Inácio de. A culpa na separação judicial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 30, jun-jul/2005, p. 57.

⁷³ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**, 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 320.

somado a conduta desonrosa e/ou a grave violação dos deveres conjugais para a dissolução da sociedade conjugal.

Ocorre que o legislador reconheceu a importância do texto do dispositivo supracitado, e o fez constar no art. 1.572 do atual Código Civil. Ainda, o legislador resgatou no art. 1.573 do citado diploma, as causas de separação judicial descritas no revogado art. 317 do Código Civil de 1.916, acrescentando outra causa, a saber, a conduta desonrosa prevista no inciso VI, porém, a vigente enumeração de causas do art. 1.573 não é taxativa como a anterior, apenas tem sentido prático, pois a “grave infração dos deveres conjugais tem sido identificada na prática de qualquer dos atos enumerados”⁷⁴ no referido dispositivo. Ademais, é possível fazer tal afirmação, haja vista que o parágrafo único permite que outras causas que não elencadas pelo dispositivo também integrem o rol de motivos para fundamentar a separação judicial, desde que demonstrada a insuportabilidade de convivência entre o casal.

Em alusão ao artigo 1.572, caput, do Código Civil, no que diz respeito à grave violação dos deveres do casamento, Brum entende que, “em determinadas hipóteses, pode também caracterizar uma conduta desonrosa, a meu modesto sentir, está no comportamento violador dos deveres contidos”⁷⁵ no art. 1.566 do Código Civil, os quais, um a um, já foram explicados.

No sentido de corroborar o entendimento de Brum, Monteiro assim interpretou a expressão conduta desonrosa:

Censura-se, em primeiro lugar, o emprego da palavra conduta, que, no sentido de proceder, constitui, segundo Cândido de Figueiredo, inútil galicismo. Preferível teria sido o vocábulo comportamento ou procedimento, de incensurável vernaculidade. Em segundo lugar, desavisadamente, o legislador houve por bem adjetivar a conduta, a que se referia, exigindo seja ela desonrosa. Ora, o conceito de honra é vago, não sendo fácil fixá-lo com precisão, tanto no domínio da ética como no da consciência. De modo geral, a honra pode ser definida como um vivo sentimento da nossa dignidade moral, que nos leva a não nos desmerecermos, não só perante nós mesmos como perante os demais.⁷⁶

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 323.

⁷⁵ BRUM, Jander Maurício. **Divórcio e separação judicial**, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 46.

⁷⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 207.

Nesse sentido, enquadram-se como condutas desonrosas o uso de entorpecentes, prática de crime, ociosidade, alcoolismo, homossexualidade, demonstração de sentimentos perversos, recusa em pagar débitos de família, lenocínio, namoro do cônjuge com estranhos, insolvência do cônjuge, “enfim muitas daquelas hipóteses que antes eram compendiadas na rubrica de injúria grave pela jurisprudência.”⁷⁷

Nessas condições, a violação dos deveres do casamento e a conduta desonrosa acabam por se confundir, tanto que Cahali afirma que a conduta desonrosa praticada por um dos cônjuges é igual a uma infração dos deveres implícitos do casamento, porém inexistente “um ato ou ação direta contra o outro cônjuge ou a família; prescinde-se que a infração seja dirigida diretamente contra o cônjuge ou instituição familiar, os quais são atingidos apenas por via reflexa,”⁷⁸ ou seja, o cônjuge que assume ser homossexual não viola nenhum dos deveres do casamento, entretanto sua conduta pode ser considerada desonrosa para o outro cônjuge.

Todavia, o artigo 1.572 do atual Código Civil estabelece, ainda, o requisito da insuportabilidade da vida em comum, o qual é criticado por Sílvio Rodrigues:

Essa exigência, a meu ver, é má, não só porque impõe ao autor da demanda o ônus de provar a subsequente insuportabilidade da vida em comum, como também porque abre para o réu a possibilidade de contestar o feito com a alegação de que seu adultério, ou injúria irrogada contra seu consorte, ou sevícia de que foi vítima, não tornaram a vida em comum insuportável.⁷⁹

Desse modo, não cabe ao juiz julgar se a falta cometida pelo consorte tornou a vida conjugal insuportável, pois tal decisão deve partir do consorte ofendido conforme Cahali, o qual aclara que, “o que provoca, na realidade, a dissolução da sociedade conjugal é aquele mal-estar que nasce ou nascerá como decorrência da falta conjugal cometida; se não ocorrer este mal-estar, nenhum dos cônjuges se interessará em pedir a separação.”⁸⁰

⁷⁷ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 220.

⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 394.

⁷⁹ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 221.

⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 403.

Posta assim, a questão, agora é preciso saber em que causa se encaixa a infidelidade virtual. O adultério corresponde a uma das causas para a separação judicial com culpa, que está previsto no atual Código Civil, no art. 1.573, I. Ademais, cometer adultério é violar o dever de fidelidade recíproca previsto no inciso I do art. 1.566 do citado *Codex*. No entanto, a infidelidade virtual, como foi anteriormente discutido, não caracteriza adultério, em razão deste exigir a relação sexual, ou ao menos atos libidinosos, o que é impossível na infidelidade virtual, devido esta acontecer por meio de e-mail, ICQ ou *chats* (bate-papos).

Dessa forma, a infidelidade virtual pode ser compreendida como injúria grave, uma vez que se insere “por primeiro a gama dos atos que violam o dever de fidelidade matrimonial, sem adultério,”⁸¹ prevista no inciso III do artigo 1.573 do Código Civil, pois a infidelidade virtual nada mais é do que um quase-adultério, no qual a conjunção carnal não ocorre, e nesse sentido entende a doutrina:

Se a cópula não se consuma, limitando-se o infrator aos atos que denunciam aquele propósito, ou caminham na sua direção, é manifesto ter havido grave violação do dever de fidelidade; e como injúria é de ser punido o adultério tentado, buscado, concebido, pensado, projetado ou desejado, ainda que não ultrapassada a fase preparatória dos atos tendentes à sua prática.⁸²

Entretanto, em razão da Lei do Divórcio ter estabelecido em seu texto a conduta desonrosa como uma causa genérica de separação, revogando o art. 317 do antigo Código, e após acrescida tal conduta ao artigo 1.573, no inciso VI do atual Código Civil, a mencionada causa teve sua definição assemelhada com a injúria grave, como é possível verificar na doutrina infracitada:

O conceito de conduta desonrosa participa da mesma plasticidade e fluidez que caracterizam a injúria grave do direito anterior (art. 317, III, do CC), pois sempre se entendeu que estaria incluída nesta categoria de infração dos deveres conjugais a conduta desabonadora ou infamante.⁸³

⁸¹ *Ibid.*, p. 360.

⁸² *Ibid.*, p. 339.

⁸³ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 395.

Assim, em virtude da mudança da nomenclatura, Diniz esclarece que a prática de infidelidade virtual resulta em conduta desonrosa, como segue adiante:

Diante do fato de haver possibilidade de o internauta casado participar, por meio de programa de computador, como ICQ, de chats e salas de bate-papo voltados a envolvimento amoroso geradores de laços afetivo-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 faltar conjunção carnal, mas à conduta desonrosa.⁸⁴

Contudo, não se pode olvidar que o atual Código Civil enumerou no art. 1.573, a injúria grave, inciso III, e a conduta desonrosa, inciso VI, causando, assim, uma certa confusão, haja visto que a primeira havia sido substituída pela última. No entanto, Diniz faz a diferenciação das duas causas, esclarecendo que o conceito de injúria grave continua sendo o mesmo do Código Civil anterior, constituído por atos que ofendam a “integridade moral do cônjuge”,⁸⁵ quais sejam, expulsão do leito conjugal, transmissão de moléstia venérea, recusa de relações sexuais, ciúme infundado, etc., porém, o quase-adultério que corresponde a violação do dever de fidelidade, mas sem a ocorrência de relações sexuais, não mais se encaixa dentre as condutas de injúria, e sim como uma conduta desonrosa. Verifica-se que a infidelidade virtual configura tanto a injúria grave, quanto a conduta desonrosa, ou seja, o cônjuge ofendido poderá se utilizar de qualquer uma delas para fundamentar o pedido de separação judicial litigiosa.

2.2 A (DES) NECESSIDADE DO EXAME DA CULPA

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de **direito civil brasileiro**, vol. 5, 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257 e 258.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 261.

A mudança legislativa ocorrida com a substituição do Código Civil de 1916 pelo atual Código Civil alterou o sistema legal para a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, sem suprimir a culpa, ou seja, esta permaneceu como pressuposto para a separação judicial litigiosa na modalidade com culpa ou sanção. Conforme exposto no tópico anterior, o Código Civil de 1916 estabelecia o sistema de causas taxativas, posteriormente revogado pela Lei do Divórcio que introduziu o sistema de causas genéricas para a separação judicial. Contudo, a legislação vigente prevê um terceiro sistema, o qual é chamado de sistema misto, justamente por abarcar os dois antigos sistemas, taxativo e genérico.

Assim, as causas do sistema taxativo foram enumeradas no artigo 1.573 do Código Civil, porém, sem o engessamento do magistrado, o que significa que o juiz não está adstrito às referidas causas, haja vista que a legislação permite a este considerar outros fatos que afrontem, gravemente, os deveres do casamento. Portanto, de acordo com o sistema em voga, quaisquer atos que acarretem a violação dos deveres conjugais são motivos justificadores para a separação judicial, sendo suficiente que o cônjuge ofendido o defina como insuportável para manter a união.

Contudo, a doutrina discorda da necessidade do sistema de culpa para a separação judicial, e para tanto se posiciona no sentido de suprimir aqueles deveres conjugais aos quais lhes faltem o interesse público, ou seja, que digam respeito apenas ao casal. A fidelidade recíproca é um dos deveres que, segundo parte da doutrina, não existe razão para ser mantido como tal. Dias garante que: “A imputação da culpa pelo descumprimento do dever de mútua fidelidade não permite buscar seu adimplemento durante a constância do vínculo matrimonial, concedendo tão-só um direito à separação.”⁸⁶ De outro modo, trata-se de um dever que no entendimento da autora, não é exequível, bem como, do seu descumprimento não decorre sanção, tornando-se, apenas, motivo para a separação judicial. Semelhantemente, Lôbo afirma

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 479.

que o dever de fidelidade, que já foi de grande utilidade para assegurar o controle do homem sobre a mulher, ao patrimônio e a legitimidade dos filhos, perdeu sua importância, e hoje é usado como “[...] um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra outro, quando o relacionamento chega ao fim.”⁸⁷

A doutrina defende que o descumprimento dos deveres, por um ou por outro cônjuge, ocorre quando a união conjugal já chegou ao fim, sem razão, portanto, da identificação do culpado pela falência da união. Não haveria culpados pelo término da união, pois este é motivado pelo fim do amor sexual entre os cônjuges. Nesse sentido, Farias esclarece que: “Frustradas as expectativas de felicidade e realização comum, o fracasso do relacionamento vem acompanhado de traições (no mais amplo sentido da expressão), injúria grave, sevícias, lesões etc.”⁸⁸ Para o autor, o afeto existente entre os cônjuges findou antes da quebra dos deveres, logo não seria justo imputar ao ofensor a culpa pelo insucesso do relacionamento.

Entendimento também idealizado por Madaleno, o qual concorda que a falta de afeto entre os cônjuges é a única causa para a dissolução do casamento, sem por isso, a desnecessidade de responsabilização, pois esta quando exigida afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que obriga um dos cônjuges a constituir provas contra o outro para se livrar de um relacionamento sem amor; em especial quando os cônjuges são obrigados a continuar unidos, um ao outro, sem qualquer afeto, simplesmente porque ninguém desrespeitou os deveres conjugais:

Andam na contramão da modernidade e dos princípios constitucionais que norteiam a dignidade da pessoa humana julgados que condicionam o decreto separatório à inexorável prova da culpa do cônjuge acionado, sujeitando os esposos a viverem ao menos no seu subjetivo estado de casados, se for deficiente a mostra processual da culpabilização.⁸⁹

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 12.

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 18, jun-jul/2003, p. 71.

⁸⁹ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 157.

Contudo, embora não se discorde dos pensamentos ora descritos, e se admita que em determinadas situações o exame da culpa configura prática abusiva e ultrajante exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro, entende-se equivocada a generalização de que a culpa deve ser considerada conseqüência do fim do relacionamento amoroso. A infidelidade não aparece somente quando o afeto chegou ao fim, na verdade, são muitas as razões que motivam a ocorrência da infidelidade.

O fato é que devem haver tantas razões para o adultério quanto há pessoas nele engajadas. Algumas destas incluem insatisfação com a relação matrimonial, vazio emocional, necessidade de variedade sexual, incapacidade em resistir a novas oportunidades sexuais, raiva contra o parceiro, não mais estar apaixonado, uso de álcool e drogas, crescimento desigual, desejo de ver o parceiro enciumado...apenas para citar alguns. Algumas pessoas têm até mesmo afirmado que os seres humanos simplesmente não podem manter relacionamentos sexuais monogâmicos por longos períodos de tempo porque *isto não é natural*.⁹⁰

Vannuchi, “defende os homens ao mostrar que a natureza humana não é a monogamia”,⁹¹ ou seja, os casos extraconjugais do homem, não o levam a deixar de amar sua esposa, sendo possível para eles manter um casamento feliz, e ao mesmo tempo ter várias amantes. Porém, Vieira não acredita que os relacionamentos sexuais monogâmicos não dêem certo devido a natureza humana, pelo contrário, afirma que “o adultério e a infidelidade são escolhas que o cônjuge faz, não uma imposição biológica.”⁹²

Contudo, independente da hipótese da motivação biológica estar correta ou não, o fato é que as razões para a infidelidade são inúmeras, e não se limita apenas ao término do afeto entre os cônjuges. A quebra do dever de fidelidade quando ainda existe amor entre o casal, torna a conduta do ofensor mais grave, o que sujeita a necessidade de comprovar a culpa pela desonestidade ocorrida, caso contrário não haveria motivo para ingressar com a

⁹⁰ LAYTON-THOLL, Debbie. **Casos extra-conjugais: qual é a motivação?** Disponível em: <<http://www.adulterio.hpg.ig.com.br/pesquisa.html>> Acesso em: 09.10.2006.

⁹¹ VANNUCHI, Camilo. Te perdôo por te trair. Revista **Isto É**. São Paulo: Três, p. 44 a 49, mar/2003.

⁹² VIEIRA, Tereza Rodrigues. O dever de fidelidade do cônjuge e a infidelidade virtual, Revista Jurídica **Consulex**. Brasília: Consulex, ano VII, n.º 147, fev/2003, p. 22 a 25.

ação de separação judicial litigiosa, seria bastante a separação judicial consensual ou a separação judicial litigiosa sem culpa – por ruptura.

Dessa forma, diante de tais argumentos, oportuno transcrever a solução democrática exarada por Carvalho Neto:

Em nosso modo de ver, deve-se permitir sempre a separação não culposa, atendendo-se ao fato de que ninguém deve ser obrigado a conviver com quem não mais ama ou nunca amou. E se deve permitir à vítima de uma grave violação de um dos deveres do casamento (v.g., adultério) a separação culposa, com obrigação ao cônjuge culpado de pagar alimentos ao inocente, de indenizá-lo, entre outras sanções.⁹³

Observa-se que o autor não pretende a extinção do sistema de culpa, pelo contrário, admite sua viabilidade, apresentando ao cônjuge ofendido uma alternativa, para que, se assim quiser, responsabilize o ofensor pelo ato ilícito por ele cometido, ou seja, pela grave ofensa aos deveres conjugais. Todavia, Carvalho Neto recepciona a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal em razão da inexistência de afeto entre os cônjuges. Também resta esclarecido, que o autor faz distinção entre os meios processuais utilizados para requerer a dissolução da sociedade. Para este autor, seria incongruente ingressar com separação judicial litigiosa com culpa, e apenas demonstrar o término do amor, pois este instrumento exige a prova do descumprimento de um ou alguns dos deveres conjugais. Nas palavras de Carvalho Neto: “[...] o término do amor, por si só, não pode justificar a decretação da separação culposa, como já se pretendeu, mas tão-somente a separação por ruptura da vida em comum, se for o caso.”⁹⁴

A teoria do desamor se apresenta com aparente objetividade, e embora alguns juristas talvez não tenham percebido, há muito tempo foi criado um instrumento processual para a dissolução de sociedades conjugais nas quais não existe mais afeto entre os cônjuges, tal medida é a separação consensual, a qual pode ser utilizada tanto na esfera judiciária, quanto

⁹³ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit., p. 59-60.

⁹⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação e divórcio**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2006, p. 142.

na administrativa, desde que atendidos os requisitos para esta. Sem sombra de dúvidas esta é a medida mais sensata, ou seja, quando os cônjuges percebem que o afeto entre eles terminou, deveriam procurar um advogado e ingressar com o pedido de separação consensual. Entretanto, a separação judicial litigiosa com culpa deve ser mantida no ordenamento para aqueles casais, que, antes de perceberem que não existem mais laços afetivos para manter o casamento, cometem verdadeiras atrocidades contra seus consortes.

Assim, quando a sensatez é substituída pela mágoa decorrente da conduta desonrosa cometida por um dos cônjuges ao outro, a discussão da culpa em juízo se torna a solução para restabelecer ao cônjuge ofendido a dignidade manchada pelo ato ilícito causado pelo seu cônjuge. Observa-se que, foi oferecido ao cônjuge que cometeu o ato ilícito, contra o outro, alternativas para a dissolução da sociedade conjugal, através da separação consensual, ou por ruptura, entretanto, este escolheu descumprir um dever conjugal, sujeitando o cônjuge inocente a situações vexatórias, decorrentes de adultério, injúrias, sevícias, abandono do lar, entre outras. Quando quaisquer das condutas acima descritas são cometidas durante o matrimônio, a Constituição Federal, artigo 5.º, inciso V, garante o direito de resposta, proporcional ao agravo, contra o ofensor, e o referido direito não pode deixar de ser observado com a justificativa de que o afeto já havia acabado antes da ocorrência do ato ilícito, uma vez que a discussão da culpa não é pela falta de amor, pois não há culpados pela inexistência de afeto, a demonstração da culpa é quanto ao ato ilícito contra o lesado, então cônjuge inocente, que tem além de ter direito a dissolução do casamento, também assiste direito à reparação pelos danos sofridos.

2.3 REPARAÇÃO DE DANOS

A responsabilidade civil é decorrente do ato ilícito, pois é da ocorrência dele que nasce a obrigação de indenizar. O artigo 186 do Código Civil define ato ilícito, e para tanto esclarece que a sua configuração está vinculada a uma conduta comissiva ou omissa voluntária, a qual viola direito e causa dano a outrem, que pode ser identificado como moral ou material. Cada espécie de dano resulta em certos efeitos, ou seja, “[...] o dano material causa um prejuízo econômico ou pecuniário mensurável por cálculo aritmético, e o dano moral acarreta prejuízos sentimentais, intelectuais ou sociais.”⁹⁵

Embora sejam diferentes as conseqüências acarretadas por cada uma das espécies de danos, isso não significa que não seja possível verificar numa mesma situação os efeitos gerados pelos danos materiais e morais, tanto é possível que a súmula 37 editada pelo Superior Tribunal de Justiça possibilita cumular danos materiais e morais advindos do mesmo fato. Nesse sentido, oportuno a transcrição do seguinte texto:

Assim, diante de ofensa a um direito da personalidade, como a honra, podem advir não só danos morais mas também materiais. Se esta ofensa acarretar distúrbio nervoso ao ofendido e sua internação em casa de saúde, dará à vítima direito à reparação dos danos materiais (despesas de tratamento e lucros cessantes), além dos danos morais (sensação dolorosa experimentada).⁹⁶

A questão referente à possibilidade de demandar na mesma ação a reparação do dano material e moral, bem como a definição de tais danos, já está pacificada e dispensa comentários mais substanciais. Porém, atualmente, os doutrinadores se digladiam no que diz respeito à reparação dos danos no âmbito das relações afetivas, mais especificamente no que concerne ao descumprimento dos deveres conjugais impostos pela legislação. Os atos ilícitos

⁹⁵ SILVA, Regina Beatriz de Tavares. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: **Questões controversas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003, p. 258.

⁹⁶ Id.

cometidos entre os cônjuges são passíveis de indenização? Conforme já sinalizado, a doutrina diverge sobre o tema e, portanto, serão abordados os argumentos contrários e favoráveis à indenização do ato culposos.

Um dos argumentos contrários à indenização dos atos ilícitos cometidos entre os cônjuges, está relacionado à banalização do dano moral. Questiona-se se todas as condutas que ensejam o ajuizamento da ação de separação judicial litigiosa são aptas a acarretar a reparação por danos morais? A corrente amplamente permissiva entende que “[...], toda e qualquer separação acabará gerando o direito moral de reparação, pois nada pode ser deslembrado que a separação judicial litigiosa no novo Direito brasileiro será decretada sempre que ficar configurada a quebra de qualquer dever do casamento, [...]”⁹⁷

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que, o término da relação conjugal, por mais triste que seja, não é suficiente para a configuração do ato ilícito, uma vez que o ordenamento prevê a possibilidade de dissolução da união conjugal. É preciso ponderar quais situações ferem os direitos da personalidade, os quais, desde que afrontados, são passíveis de gerar o direito à indenização ao lesado. Portanto, embora a corrente amplamente permissiva discorde da graduação da culpabilidade no campo das relações familiares, esta é indispensável para que não ocorra a banalização do instituto do dano moral.

Ademais, os seres humanos estão sempre em busca da paixão, do grande amor de suas vidas e, quando os relacionamentos amorosos se iniciam, não há dor, sofrimento, amargura ou humilhação. No entanto, por vezes, aquele intenso e inacabável sentimento que proporciona prazer entre o casal apaixonado pode finir-se por diversas razões, ou mesmo inexplicavelmente e, com a sua extinção, acarretar na infelicidade de um dos parceiros, a qual não enseja qualquer espécie de reparação.

⁹⁷ MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 543.

Para tanto, o julgador Adeldrupes Blaque Ferraz, ao sentenciar, apoia-se no entendimento de Haddad *apud* Cahali, no que segue adiante:

O compromisso amoroso entre homem e mulher é, por natureza, eivado de risco, pois a ruptura insere-se em fatores de extremo subjetivismo, por vezes até irracionalidade, mas que são próprios da complexidade existencial da pessoa humana (de qualquer sexo).⁹⁸

Todavia, mesmo sabendo dos riscos dos relacionamentos, do sofrimento trazido pelo término deles, e que deixar de amar seu cônjuge não é um absurdo, há casos em que os motivos que redundaram no desfazimento da sociedade conjugal acarretam a um dos cônjuges dor profunda, que em algumas situações implicam em danos morais para o cônjuge lesado. Surge então a doutrina restritiva do dano moral, aquela que admite a responsabilização de acordo com a natureza do ato cometido pelo cônjuge nas relações familiares.

Segundo essa concepção doutrinária, a incidência do dano moral no raio de ação do Direito de Família não deve ser indistinta e indiscriminada, mas sim restritiva, limitada às causas excepcionais de elevada gravidade. Um clássico exemplo desse caso é a figura do adultério, que adquire no seio social uma repercussão muito forte, de grande transcendência e notoriedade, expondo a vítima a toda sorte de comentários e de exposição diante da perturbadora curiosidade pública.⁹⁹

O descumprimento dos deveres conjugais elencados no artigo 1566 do Código Civil possibilita a dissolução da sociedade conjugal, desde que tal violação seja considerada grave e torne a vida do casal insuportável. Entretanto, não é a violação de qualquer dever que acarretará na responsabilização civil do cônjuge ofensor, pois o descumprimento de certos deveres previstos no dispositivo mencionado, são apenas conseqüências da inexistência de afeto por parte do cônjuge que violou o referido dever, como por exemplo o abandono voluntário do lar conjugal descrito no inciso IV do artigo 1573 do Código Civil. Tal conduta afronta o dever de vida em comum, no domicílio conjugal. Entretanto, se um dos cônjuges

⁹⁸ **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, ano 91, vol. 798, abril de 2002, p. 250.

⁹⁹ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 544.

abandona o lar, e se afasta de seu consorte por mais de um ano, certamente não há mais afeto para manter o casamento, se tornando legítimo a utilização da separação judicial litigioso por ruptura sem a caracterização do dano moral. Situação diversa e, portanto, que configura o dano moral, é o descumprimento do dever de fidelidade, o qual resulta em adultério, conforme retro exposto por Madaleno, e acarreta forte repercussão na sociedade, com fatal exposição da vítima. Assim, de modo a ilustrar a possibilidade de indenizar por danos morais o cônjuge traído, transcreve-se a seguinte ementa:

ACÇÃO VISANDO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. POSSIBILIDADE. 1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios. 2. A inobservância dos deveres conjugais, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. 3. É presumida a lesão a bem extrapatrimonial daquele que surpreende sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem. 4. Nossos tribunais têm entendido que o dano moral deve ser fixado em montante suficiente à reparação do prejuízo, levando-se em conta a moderação e a prudência do Juiz, segundo o critério de razoabilidade para evitar o enriquecimento sem causa e a ruína do réu, em observância, ainda, às situações das partes. Constatado que a atividade laborativa da ré não se mostra compatível com a indenização fixada na sentença, deve o valor ser reduzido. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada.¹⁰⁰

É certo, que nem toda causa do rompimento da vida em comum de um casal deve ser indenizada, pois não basta a simples desobediência dos deveres conjugais por um dos cônjuges ou a prática de ilícito penal, é preciso, para dar ensejo a reparação por danos morais, avaliar a natureza, o fato gerador e a gravidade do prejuízo. “Considerando a peculiaridade de ser o casamento resultado de uma relação afetiva, o juiz há de evitar reconhecer a responsabilidade do cônjuge apenas porque se retirou da relação pelo desaparecimento do

¹⁰⁰ TJDF - 20060510086638ACJ, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 11/12/2007, DJ 03/06/2008 p. 162. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61193,53116,1261&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>> Acesso em. 20.02.2008.

afeto, salvo quando a consequência dessa conduta é altamente lesiva, [...]”¹⁰¹ Nesse sentido, Tavares da Silva *apud* Guimarães, aduz que:

A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral.¹⁰²

O que se quer dizer na doutrina supracitada, é que a violação de um dos deveres conjugais implica na separação judicial de acordo com o artigo 1.572 do Código Civil; porém, é indispensável, para propor a ação de reparação de danos morais, a qual deverá se cumular com a separação, que o dever infringido acarrete grave lesão, o suficiente para atribuir à indenização o caráter reparatório e sancionador que a medida merece.

Ainda, para que a ação de indenização por danos morais tenha êxito, deve ser proposta:

[...] logo após a ocorrência da conduta culposa, sob pena de incidir o perdão do cônjuge ofendido, que impede o exercício do direito indenizatório, pois, nesse caso, ‘a inércia temporal conspira contra a invocação da causa da separação e faz com que os resíduos conflituosos não mais transpirem em processos nos quais a fática e já enfadonha ruptura transformou-se em silenciosa resignação.’¹⁰³

Dessa forma, não cabe a referida ação de indenização nas ações de divórcio, pois este somente é ajuizado, conforme parágrafo 6.º, do art. 226 da Constituição Federal, após um ano da separação judicial, ou dois anos nos casos de separação de fato. Logo, verifica-se, que poderá ser intentada a reparação por danos morais apenas nas separações litigiosas, ou seja, com culpa.

Outro argumento contrário à responsabilidade civil nas relações familiares é com relação à ausência de dispositivo expresso. Nesse sentido, Cavalieri Filho explica que:

¹⁰¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 370.

¹⁰² GUIMARÃES, Marilene Silveira. Op. cit.

¹⁰³ WELTER, Belmiro Pedro. Dano moral na separação, divórcio e união estável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775, maio de 2000, p. 132.

É o Título IX do Primeiro Livro da Parte Especial, que começa no art. 927 e vai até o art. 954. Mas não vamos encontrar ali, como era de se esperar, uma disciplina concentrada e exaustiva da responsabilidade civil. E isso não foi feito porque é praticamente impossível reunir num só título todas as normas relacionadas com a responsabilidade civil, por mais competente que seja o legislador.¹⁰⁴

Portanto, resta explicada a razão de não se encontrar um artigo específico disciplinando a responsabilidade civil dentro do Direito de Família. Ademais, oportuno mencionar que a falta de previsão expressa para o Direito de Família não impedem a fundamentação no art. 186 do Código Civil, o qual, apesar de não dispor especificamente sobre danos morais advindos da ruptura do casamento, pois o referido dispositivo trata o dano em sentido amplo, aclara que ficará obrigado a reparar o dano aquele que causar prejuízo ou violar direito de outrem. Assim, como já anunciava a Constituição Federal, no inciso X, do art. 5.º, estabelecendo os direitos que são invioláveis e assegurando às vítimas o direito de indenização pelo dano material ou moral.

Um terceiro argumento contrário à reparação de danos morais e materiais nas relações conjugais defende que: “- a violação aos deveres familiares gera sanções específicas, previstas no âmbito do Direito de Família, sendo-lhe inadequada a extensão das disposições sobre responsabilidade civil;”¹⁰⁵ Entendimento semelhante também é encontrado nos trechos dos acórdãos retirados da obra de Welter:

O eventual descumprimento dos deveres do casamento não se resolve em perdas e danos, como nas obrigações, por que dá ensejo à separação judicial e posterior divórcio, figuras do Direito de Família, que já trazem em si sanções outras, específicas, em obrigação ou a exoneração de prestar alimentos, a obrigação de partilhar os bens, conforme o regime de casamento, a perda da guarda dos filhos, a perda do direito de usar o nome do cônjuge varão. Sanções estas que, a não ser para os espíritos essencialmente materialistas, são mais eficazes para reparar o dos danos imateriais do cônjuge inocente do que a compensação do dano moral, que se pretende fazer com uma certa soma em dinheiro em outras situações.¹⁰⁶

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 48, p. 71.

¹⁰⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Op. cit., p. 366.

¹⁰⁶ WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit., p. 132.

Ocorre que, este último argumento não procede. Observa-se que as referidas sanções não são decorrentes da grave violação de um dos deveres do casamento, ou de determinado ato ilícito cometido por um dos cônjuges. As ditas sanções são conseqüências da dissolução da sociedade conjugal. Por exemplo, a obrigação alimentar que surge em razão da separação judicial é devida ao cônjuge inocente quando este assim necessitar, pois o artigo 1702 do Código Civil dispõe desse modo. O cônjuge ofensor deverá prestar alimentos ao cônjuge inocente e desprovido de recursos. Logo, entende-se que, se o cônjuge inocente dispor de recursos próprios e suficientes para a sua manutenção, não cairá sobre o cônjuge culpado a obrigação de prestar alimentos. Ou seja, a obrigação alimentar está diretamente ligada a necessidade do cônjuge, tanto é assim que no parágrafo único do artigo 1704 do Código Civil, há previsão da obrigação do cônjuge inocente prestar auxílio material ao cônjuge culpado caso este necessite.

Quanto à obrigação de partilhar os bens, tal conseqüência nem mesmo pode ser entendida como sanção, pois a partilha de bens é resultado da escolha pela casal do regime de bens por intermédio do pacto antenupcial e, independentemente de existência ou não de culpados, os cônjuges receberão de acordo com o que está pré-estabelecido no pacto. Se a escolha foi a do regime de comunhão universal de bens, cada qual terá direito aos 50% (cinquenta por cento) determinados pelo regime; se optaram pelo regime de comunhão parcial bens ou participação final nos aqüestos, cada cônjuge permanece com seus bens particulares, e dividem pela metade os bens adquiridos durante o casamento; e se preferiram o regime de separação de bens, cada qual permanece com seus bens, sem que com o casamento ocorra a comunicação das massas.

Embora a perda do direito de usar o sobrenome do cônjuge seja realmente uma sanção decorrente da demonstração da culpa pela dissolução da sociedade conjugal, vale ressaltar que, nos casos em que a sanção puniria severamente o cônjuge culpado, o legislador

possibilitou a flexibilização da referida sanção nos casos em que a perda do direito ao sobrenome acarrete ao cônjuge culpado outros danos, conforme previsto no artigo 1578 do Código Civil, quais sejam, como evidente prejuízo para a sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos; e dano grave reconhecido em decisão judicial. Ainda, esta sanção somente recairia ao cônjuge que tivesse escolhido adotar o sobrenome do outro, pois o uso do sobrenome é uma faculdade e não uma obrigação. Por certo, nos casos em que o cônjuge culpado não tivesse adotado o sobrenome do seu consorte, ou mesmo que adotado, a sua perda não lhe traduza nenhum prejuízo, tal sanção seria ineficaz.

Em decisão lavrada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o promotor de justiça defende que: “No Direito de Família não existe a figura de indenização. Amor não se paga. Convivência não se paga.”¹⁰⁷ Deve o amor ser encarado como uma excludente de ilicitude? O afeto que une o casal não justifica a ocorrência de condutas desrespeitosas sem punição. Para tanto, Aguiar Júnior soluciona a questão para os que se sentem intimidados a utilizar do instrumento de responsabilidade civil por infração cometida pelo cônjuge durante a convivência: “Um bom critério é o de começar por admitir a indenização nos casos tipificados na lei como infração ao dever do cônjuge ou companheiro, desde que demonstrada a existência do dano material ou moral, e da gravidade do resultado.”¹⁰⁸

Ademais, não se deve esquecer que, a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como vértice do ordenamento jurídico brasileiro, previsto na Constituição Federal de 1988, transferiu as preocupações antes dedicadas à família para os membros da família, que nada mais são do que pessoas. Desse modo, a responsabilidade civil deve ser considerada um instrumento, o qual tem por finalidade a proteção da pessoa humana contra ofensas a ela desferidas. Portanto, conforme denuncia Aguiar Júnior: “o familiar não tem direito a uma

¹⁰⁷ WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit., p. 130.

¹⁰⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Op. cit., p. 370.

posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar.”¹⁰⁹ Por certo que o vínculo jurídico que une os cônjuges não é elemento condicionante para excluir a responsabilização pelas ofensas cometidas entre eles.

Quanto aos danos materiais, também denominados de mediatos, uma vez que têm ligação indireta com o descumprimento do dever conjugal, são oriundos da dissolução da sociedade conjugal. Leite *apud* Madaleno explique que: “quando o marido sai de casa e vai morar sozinho, todos se tornam 25% mais pobres.”¹¹⁰ Contudo, as conseqüentes perdas materiais nesses casos, são resultados do rompimento conjugal, e não da quebra do dever de fidelidade. Diferente do que ocorre com os danos morais, que são resultados da configuração do adultério e da infidelidade virtual. Na verdade é mais fácil de vislumbrar a ocorrência de danos materiais nos casos, mais especificamente, de rompimento de noivado, em que a ruptura sem justa causa também enseja indenização por danos patrimoniais, bem como por danos morais, conforme entendimento do julgado infracitado:

INDENIZAÇÃO – REPARAÇÃO DE DANOS – Ruptura de noivado às vésperas do casamento sem motivo justificado. Dano material evidenciando pela aquisição de móveis e dano moral por atingidos a honra e o decoro da noiva. Verba devida. Inteligência do art. 159 do CC. A ruptura, sem motivo, da promessa de casamento pode dar lugar a indenização decorrente de dano moral, posto que o rompimento do noivado sempre afetará a pessoa da mulher, atingindo, de alguma forma, sua honra e seu decoro, notadamente quando já notória a data do casamento.¹¹¹

Posta assim a questão, é de se dizer que além do que dispõe o art. 546 do Código Civil, o qual estabelece que as doações feitas em virtude de casamento futuro ficarão sem efeito caso o casamento não se realize, abrangendo, conseqüentemente, as devoluções das cartas, dos retratos e dos presentes trocados entre os noivos, cabendo àquele que rompeu o

¹⁰⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Op. cit., p. 367.

¹¹⁰ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 534.

¹¹¹ TJSP – Aparente. 103.247-1 – 1.º C. – Rel. Des. Luiz de Azevedo – J. 01.11.88. SANTOS, Ozéias J. **Reparação do dano moral, doutrina, jurisprudência, legislação e prática**, 2.ª ed. São Paulo: Julex, 1.998, p. 48

compromisso injustificavelmente, indenizar por danos patrimoniais e morais o noivo ofendido.

Cumpra examinar, neste passo, o entendimento de Valler, acerca dos danos patrimoniais:

[...] a responsabilidade o trãnsfuga da cadeia matrimonial, que sem justo motivo, unilateralmente, rompeu a promessa de casamento, deverá abranger a reparação do dano causado à outra parte relativa às despesas feitas e às obrigações, que não teriam sido contraídas sem que houvesse a promessa de casamento. O prejuízo é diretamente causado pelo inadimplemento da promessa feita.¹¹²

Neste sentido, depreende-se que, nada mais justo ao noivo prejudicado do que ser indenizado pelos investimentos feitos no intuito de realizar o matrimônio. Portanto, concorda-se com o entendimento de que o amor e a convivência não se pagam, entretanto, a Constituição Federal em seu art. 5.º, inciso X, não deixa dúvidas que é possível cobrar a reparação dos danos daquele que prejudicou, ao assegurar o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente da violação da honra e da imagem das pessoas.

¹¹² VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. São Paulo: E. V. Editora, 1.994, p. 163.

3 PROVAS

3.1 A MISSÃO DA PROVA

O artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ou seja, em breves linhas, a Constituição garante a todos o acesso à justiça, o qual é exercido pelo direito de ação. Sabe-se que esse direito sofre limitações de ordem técnico-processual, contudo, tais peculiaridades não serão objeto desse trabalho, uma vez que as mencionadas restrições não ofendem a garantia da ação. Por ora, o que se pretende abordar é sobre o direito do ofendido de ingressar com uma ação, e nela consignar suas alegações, narrar os fatos, dos quais acredita que haverá consequências jurídicas.

O autor ajuíza determinada ação, deduz suas alegações, e aguarda o pronunciamento do juiz a respeito da solução solicitada. Antes dessa, via de regra, ao réu é permitida a defesa, prevista no artigo 5.º, LV, da Constituição Federal, oportunidade em que este toma conhecimento da existência de um processo e pode apresentar suas alegações utilizando-se das espécies de defesas indicadas no ordenamento jurídico brasileiro. Neste então, o juiz deverá apreciar as alegações lavradas nos autos para proferir a sentença, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento. Contudo, para o convencimento do julgador, não basta fazer, simplesmente, alegações, é preciso prová-las.

Por conseguinte, para se obter a tutela jurisdicional, é necessário alegar, conquanto isso nem sempre baste para convencer o juiz de que se tem razão, sendo também necessário provar aquilo que se alega. Por isso, pode-se afirmar que há um vínculo

natural entre alegar e provar, na medida em que as afirmações dos fatos precisam ser verificadas pelas provas [...].¹¹³

Mas para que se presta a prova, para demonstrar a existência de fatos ou com esta se busca a prova do próprio fato? Do termo prova se extrai vários significados, pois cada área específica utiliza a prova de acordo com o objetivo pretendido. No Direito, cada autor descreve um conceito de prova, que de modo geral se resume em formas ou meios de provas com as quais se pretende demonstrar os fatos alegados, bem como, convencer o juiz da verdade das afirmações exaradas na ação ou na defesa. Para tanto, esse é o entendimento de Barbosa Moreira, conforme segue adiante: “A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio.”¹¹⁴ Assim, diante da síntese dos conceitos de provas encontrados na doutrina, pode-se afirmar que a prova tem por finalidade demonstrar a existência de fatos, e não o fato em si.

Para uma melhor compreensão desse resultado sobre a finalidade da prova, Nogueira explica que: “[...] quando se fala em prova, automaticamente, o faz em face de algo passado, de situação, evento, fato já ocorrido.”¹¹⁵ Portanto, uma vez que não é possível a locomoção do destinatário da prova até a data dos fatos, para convencê-lo da ocorrência destes, somente resta ao autor ou réu, em ação ou defesa, provar a verdade dos fatos alegados através dos meios possíveis. Ou seja, para o julgador, não importa se determinado fato ocorreu ou não, mas sim, se as alegações contidas na ação ou defesas são verdadeiras ou falsas, certezas proporcionadas pelas provas.

Por fim, como faz a doutrina, o entendimento sobre a prova pode ser dividido em objetiva e subjetiva. Objetivamente, são utilizados meios idôneos para demonstrar a verdade

¹¹³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 27.

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título “da prova” do novo código civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 36, jul-ago/2005, p. 6.

¹¹⁵ NOGUEIRA, Daniel Moura. A prova sob o ponto de vista filosófico. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 134, abr/2006, p. 263.

dos fatos e, subjetivamente, estes mesmos meios são para convencer o magistrado da existência das afirmações, formando assim a convicção do julgador a fim de que este profira a sentença a favor da parte que comprovou suas alegações com fidelidade.

3.1.1 Fontes de Provas e/ou Meios de Provas

O presente título se deve ao tratamento dado pela doutrina no que tange às espécies de provas; ora, encontra-se na doutrina o termo meio de prova, na verdade este é o mais usual, ora encontra-se a expressão fontes de provas. Verificou-se que alguns doutrinadores não fazem qualquer distinção entre meios de provas e fontes de provas, utilizando-as como termos sinônimos, como explica Pinheiro: “Já os meios de provas seriam as fontes de que o magistrado extrairia os motivos de prova”.¹¹⁶ Entendimento semelhante é o de Tucci *apud* Fregadolli: “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova.”¹¹⁷

Contudo, há quem discorde da referida identidade e, para tanto, faz a diferenciação entre os vocábulos. Gonçalves faz parte da doutrina que aponta as diferenças existentes entre meios de provas e fontes de provas. Explica que as fontes são elementos externos ao processo, e exemplifica, afirmando que pessoas ou coisas podem elucidar questões de fato relevantes para o processo. Já os meios de provas, estes são definidos pelo autor como métodos gerais

¹¹⁶ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. 2.^a tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 58.

¹¹⁷ FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 157.

empregados para a investigação do fato, por isso são considerados elementos internos ao processo.¹¹⁸

Uma determinada pessoa que tenha conhecimento dos fatos é uma fonte de prova. A prova testemunhal, com todos os seus requisitos e formas de obtenção, é um meio. Uma coisa cujo exame traga informações sobre o processo é uma fonte. A prova pericial ou a inspeção judicial são meios.¹¹⁹

Desse modo, pode-se concluir que as fontes de provas são todas as pessoas ou coisas, que embora estejam externas ao processo, podem ser utilizadas neste com a finalidade de contribuir com informações importantes para a comprovação das afirmações contidas nos autos. Então, os meios de provas são considerados como pontes, as quais são utilizadas para ligar as informações verificadas nas fontes até o magistrado, que irá julgar a relevância e admissibilidade da prova.

A fonte da prova, a rigor, não é a confissão, e sim a parte que confessa (quanto presta seu depoimento), ou o documento em que ela admite o fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. O juiz ouve (depoimento pessoal) ou vê (documento) as palavras da parte, que admite o fato. Fonte da prova é a parte; o meio de prova (pelo qual a fonte se comunica com o órgão judicial) é o depoimento pessoal do confitente ou o documento que contém a confissão.¹²⁰

Resta clarificado a diferença entre fontes e meios de provas, pois nem todas as pessoas ou coisas podem ser submetidas ao processo, o que as faz diferente dos meios de provas. Estes já estão, de forma genérica, previstos no artigo 332 do Código de Processo Civil, sendo que, se as fontes não se encaixarem no que determina tal dispositivo, não deverão ser utilizadas sob pena de ofender os direitos de outras pessoas. Nesse sentido, são considerados meios de provas, e, portanto hábeis para provar a verdade dos fatos, todos os meios legais,

¹¹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1.ª parte). 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 442.

¹¹⁹ Ibid., p. 443.

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 6.

bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei. Idéia esta complementada por Molinaro e Milhoranza:

Na coleta da prova judiciária, do chamado conjunto probatório, vale-se o juiz de todos os meios já ditos legítimos e moralmente aceitáveis que podem e devem ser carreados para os autos. São esses: o depoimento das partes, a confissão, a prova documental, a audiência de testemunhas, a perícia e a inspeção judicial.¹²¹

Os meios de provas descritos pelos autores são denominados de provas típicas, uma vez que estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o texto do artigo 332 do Código de Processo Civil não limita os meios de provas aos já citados. Conforme mencionado, de forma genérica, o legislador fez constar no referido dispositivo os critérios para enquadrar determinado instrumento ou atividade como prova. Logo, se for possível extrair de outro instrumento informações relevantes para o processo, ainda que este não esteja nominado no ordenamento, mas relacionar provas consideradas moralmente legítimas, estas poderão ser admitidas ao processo, é o que ocorre com as provas atípicas. Cambi as define do seguinte modo: “[...] são aquelas que podem constituir úteis elementos de conhecimento dos fatos da causa, mas não estão especificamente reguladas em lei, [...]”¹²²

A admissão das provas atípicas no sistema brasileiro confirma o texto do artigo 332 do Código de Processo Civil, no que diz respeito a generalidade desse dispositivo, bem como está de acordo com o artigo 5.º, LV, da Constituição Federal, o qual prevê o direito à prova. Portanto, com segurança, se afirma que o rol de provas previsto no ordenamento jurídico não deve ser considerado taxativo, no sentido de ampliar a potencialidade do mecanismo probatório.

¹²¹ MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos tribunais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 145, mar./2007, p. 279.

¹²² CAMBI, Eduardo. Op. cit., 2006, p. 40.

3.2 PROVA DOCUMENTAL

Dentre os meios de provas admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, a prova documental é considerada a mais importante e efetiva. A justificativa da primazia da prova documental no direito brasileiro se deve exatamente ao sistema jurídico adotado pelo Brasil, qual seja, o *civil law* – que trata-se de um sistema carregado de princípios e valores extraídos do Direito romano-germânico.

No sistema *civil law* o costume é valorizar as provas escritas, como a documental e a pericial, haja vista o entendimento de que os referidos meios de prova retratam toda a vida do cidadão, em contrapartida a prova testemunhal, ou seja, que se vale da palavra da pessoa, é considerada um simulacro de prova.

Acerca da prova, cabe esclarecer que o Código de Processo Civil de 1973 não limitou os meios de provas, pelo contrário, o artigo 332 permitiu a utilização de todos os meios de provas legais, bem como os moralmente legítimos, além daqueles então especificados. Contudo, diante da primazia da prova documental dada pelo ordenamento jurídico brasileiro, oportuno se faz uma análise pormenorizada do referido meio de prova.

Embora a prova documental seja mencionada em diversos códigos e leis, nenhum deles define o termo documento, para tanto, a doutrina se encarregou dessa tarefa, o que resultou em vários conceitos a respeito do referido termo. Dentre autores renomados e aqueles não tão conhecidos é possível citar algumas das definições sobre o documento.

Marques define documento como sendo a “[...] prova histórica real, visto que representa fatos e acontecimentos pretéritos em um objeto físico, servindo assim de instrumento de convicção.”¹²³ Verifica-se que o autor estabelece em sua definição uma

¹²³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. v. III Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 307.

necessidade de materialização dos fatos e acontecimentos passados, o que deixa transparecer que se o fato não estiver representado em determinado objeto físico, tal não seria capaz de ser utilizado para a convicção.

Entretanto, Marques não aponta qual deveria ser o objeto físico para materializar os fatos. No mesmo sentido, Chiovenda define documento de forma tão abrangente como aquela definição dada pelo autor já citado, afirmando que documento é “[...] toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento [...].”¹²⁴ Mais uma vez, encontra-se como característica primeira à materialização da representação como condição do documento. Todavia, o autor também não especifica qual deveria ser o objeto físico no qual o fato deveria ser representado.

Por último é necessário transcrever a definição de documento dada por Santos, uma vez que o autor restringe a representação do fato ao determinar o objeto físico no qual aquele deve ser materializado: “Documento, sabe-se, é declaração escrita e assinada de caráter informativo destinada a servir de prova das assertivas encontradas em seu conteúdo.”¹²⁵ Percebe-se que, de acordo com o entendimento do autor, o documento liga-se a idéia de papel escrito. De outro modo, não pairam dúvidas a respeito da materialização, logo para ser considerado documento, necessário se faz a representação do fato por meio de determinado objeto físico. Quanto ao objeto, que até então não era definido, segundo Santos este deveria ser o papel, pois em que mais se podem descrever fatos e assinar? A base é o papel.

Outros autores seguem o mesmo entendimento retro exposto, atrelando a idéia de documento ao papel escrito. Contudo, converter o documento a uma idéia tão simplista, reduzindo-o a uma folha de papel, é o mesmo que limitar a busca pela verdade. Portanto, não se devem deixar de lado as características enumeradas por Carraro, pois o autor aponta

¹²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. III. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Libman. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 127.

¹²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16 ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 03.

elementos indispensáveis à configuração do documento. Carraro ensina que para a caracterização do documento, é mister a sua existência material corpórea, bem como tal representação deve ser permanente, ou seja, destinada a durar no tempo, não podendo se esvaír no momento em que é oferecida.¹²⁶ Contudo, a referida representação deve resultar do trabalho humano sobre uma coisa, o que significa que aquela não existirá em estado natural. Quanto ao conteúdo a ser registrado sobre uma coisa, este deverá ser relevante ao Direito.

É certo que o autor não dispõe de entendimento diverso dos demais quanto ao papel escrito, no entanto ao elaborar os elementos ora citados, Carraro clarifica o exame a respeito do termo documento, ao mesmo tempo em que demonstra tratar-se de algo mais complexo do que se apresenta, pois a utilização da idéia de que documento é papel escrito, conforme dito acima, restringiria por demais o documento, e teria pouca valia para o processo. Porém, não é possível afirmar que qualquer objeto físico seja considerado documento. Uma pedra não é documento, mesmo quando esta é utilizada para ferir alguém. Contudo, se for encontrado escritos em uma pedra, esta então será considerada como documento, porque os escritos nada mais são que a realização do trabalho humano sobre a pedra.

Portanto, qualquer definição a respeito do termo documento deve ser elaborada com base nos elementos lançados por Carraro, haja vista que compõem com bastante propriedade a conceituação do documento para a utilização deste no processo judicial, enobrecendo tal meio de prova. “Seria apropriado, portanto, entendermos que a designação ‘documento’ relaciona-se mais com a qualidade de um objeto de reter signos voltados para um ato de comunicação, do que com a indicação de elementos físicos que o componham.”¹²⁷

Portanto, a prova documental não deve ser confundida com prova escrita, embora esta também seja considerada documento, pois o conceito de prova documental é muito mais

¹²⁶ CARRARO, Luigi, **Il diritto sul documento**. Padova: CEDAM, 1941, p. 6 a 8.

¹²⁷ DINIZ, Davi Monteiro. Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr-jun/2001, p. 55.

abrangente, englobando outras formas de representação, como as fotografias, os filmes e as gravações. “O conceito de prova deve ser amplo, abrangendo, inclusive, a transmissão eletrônica de dados via internet.”¹²⁸

3.3 DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA

Realizada a análise de algumas definições a respeito do documento, verificou-se que alguns autores confundem a representação de um fato com o próprio suporte em que este deverá ser materializado, e conseqüentemente atribui ao papel escrito à condição de documento. Contudo, também foram apresentadas definições mais amplas sobre o termo documento, as quais se preocuparam em esclarecer que o documento é a representação do fato, indiferentemente da forma de materialização.

Assim, para uma melhor compreensão do termo documento antes mesmo de adentrar ao tema *documento eletrônico*, faz-se necessário transcrever as espécies de documentos conforme distinção realizada por Santos:

[...] os escritos são os em que os fatos são representados literalmente (escrita); gráficos, os em que são por outros meios gráficos, diversos da escrita (desenho, pintura, carta topografia); plásticos, os em que a coisa é representada por meios plásticos (modelos de gesso ou madeira, miniaturas); estampados são os documentos diretos (fotografias, fonografia, cinematografia).¹²⁹

Desse modo, unindo o entendimento de Carraro, acerca dos elementos do documento, às distinções dos documentos feitas por Santos, a idéia retrograda do papel escrito como única forma de documento fica no passado. O documento é mais do que papel escrito, é toda

¹²⁸ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. O documento eletrônico como prova no procedimento monitorio. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 132, fev./2006, p. 87.

¹²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 392.

representação do fato não importando em que este tenha sido materializado, desde que tal materialização tenha sido realizada pelo trabalho humano.

Diniz complementa o assunto ao enumerar três elementos básicos encontrados nas definições do documento:

a) um continente, normalmente pressuposto como um suporte corpóreo que contém a representação; b) um conteúdo, consubstanciado em uma representação idônea de um fato jurídico, como poderemos encontrar no texto de uma escritura (ou adotando-se a noção mais ampla, também na imagem de uma fotografia); e c) a determinação da autoria do documento.¹³⁰

O documento para assim ser denominado, precisa ter a qualidade de coisa corpórea, o que não se restringe ao papel. O elemento conteúdo está ligado à idéia de integridade das informações constantes no documento. Quanto ao último elemento, este se presta a identificar a autoria de um documento.

Mas, tais elementos são identificáveis nos documentos eletrônicos? O fato é que a sociedade está em constante evolução, a tecnologia gerada resulta em mais tecnologia; a caneta e a antiga máquina de escrever, consideradas utensílios indispensáveis para externar determinado pensamento já não mais são usadas, ou raramente são usadas, pois o computador se presta a tal tarefa de forma fácil e cômoda. A correspondência utilizada para transmitir o pensamento escrito em folha de papel, agora é substituída pelo e-mail. Ou seja, se o papel está sendo substituído, como manter a idéia de documento ligada ao papel? Se assim fosse, logo esta modalidade de prova pouco seria utilizada, ou mesmo extinta. Porém, parte da doutrina já está convencida de que os avanços da tecnologia também devem ser recepcionados pelo ordenamento jurídico, e para tanto é imprescindível a mudança de alguns conceitos.

A busca pela pacificação do uso do documento eletrônico nos processos judiciais já começou e, conforme mencionado acima, alguns operadores do Direito já apresentam

¹³⁰ DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit., p. 56.

definições a respeito dessa espécie de documento, justificando a necessidade de renovar o conceito da citada modalidade, haja vista a introdução na sociedade de novas técnicas de registro de fatos e acontecimentos. Nesse sentido, é o entendimento de Marcacini:

[...] a característica marcante do documento, é lícito dizer que, na medida em que a técnica evoluiu permitindo registro permanente dos fatos sem fixá-lo de modo inseparável em alguma coisa corpórea, tal registro também pode ser considerado documento. A tradicional definição de documento enquanto coisa é justificável pela impossibilidade, até então, de registrar fatos de outro modo, que não apegado de modo inseparável a algo tangível.

Assim, renovando o conceito de documento – e até retornando à origem do vocábulo – *documento é o registro de um fato*. Se a técnica atual, mediante o uso da criptografia assimétrica, permitir registro inalterável de um fato meio eletrônico, a isto também podemos chamar de documento.¹³¹

Desse modo, devem ser retomadas aquelas definições amplas sobre o documento, nas quais o entendimento se resumia ao registro do fato. Ou seja, o documento eletrônico é o registro do fato, que diferentemente do documento tradicional, não está permanentemente ligado a um determinado objeto físico, uma vez que aquele se trata de uma seqüência de *bits* que, sendo traduzida por um programa de computador específico, representará um fato.¹³²

Faz-se oportuno trazer a colação o conceito de documento eletrônico dado por Brasil para reforçar o que já foi tratado a respeito da modalidade em exame. A autora define o documento eletrônico como sendo: “[...] a representação de um fato concretizado por meio de um computador e armazenado em programa específico capaz de traduzir uma seqüência da unidade internacional conhecida como *bits*.”¹³³

Desse modo, analisando todas as definições colecionadas no presente texto, é possível afirmar que, tanto o documento tradicional quanto o documento eletrônico não se restringem simplesmente em escritos gravados de forma permanente em determinado suporte material,

¹³¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <www.advogado.com/internet/zip/tavare.htm> Acesso em: 29.10.2006.

¹³² MARQUES, Antônio Terêncio G. L. Op. cit., p. 126 e 127.

¹³³ BRASIL, Ângela Bittencourt. **Informática jurídica: o ciber direito**. Rio de Janeiro: A. Bittencourt Brasil, 2000, p. 93.

mas também podem ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital.¹³⁴

Assim, como o documento eletrônico é uma seqüência de *bits* que necessita de um determinado programa de computador para traduzi-lo, para então se conhecer o conteúdo deste, diz-se que se trata de um documento indireto, exatamente porque sem o programa de computador não será possível decifrá-lo através da percepção comum a todos. Ou seja, para conhecer o conteúdo descrito em papel, basta que o indivíduo saiba ler. Já, para conhecer o conteúdo contido em um disquete, além da leitura o indivíduo necessitará de um computador, pois sem tal ferramenta, o disquete representa apenas um material de plástico, da mesma forma que o CD ou o pendrive.

Em síntese, observa-se que o elemento *contínente* para o documento não deixou de existir, pois o conteúdo pode ser transferido para outros meios, mas sua característica é estar dissociado do meio no qual foi armazenado. Além dessa característica própria do documento eletrônico, de não se manter ligado de forma permanente a um suporte material, podendo ser gravado em qualquer suporte, haja vista a autonomia do mesmo, outras características também devem pertencer ao documento eletrônico para que assim seja denominado.

Contudo, ainda encontram-se autores que defendem a materialidade do documento eletrônico, como faz a seguir Gico Júnior:

[...]. Não existe nada mais material ou real que um arquivo eletrônico. Mesmo quando existe apenas na memória RAM (Random Access Memory) o documento ainda assim é uma coisa, o resultado de um processo físico-químico que em uma operação lógica, traduzindo uma infinidade de zeros e uns, a linguagem binária, resulta no documento eletrônico. Não é a dependência do computador para existir que torna o documento eletrônico menos documento.¹³⁵

¹³⁴ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit.

¹³⁵ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. O arquivo eletrônico como meio de prova. **Repertório IOB de Jurisprudência**. 1.ª quinzena de agosto de 2000 – n.º 15/2000 – Caderno 3, p. 329.

Quanto ao segundo elemento, a integridade do conteúdo, Diniz nega tal possibilidade aos documentos eletrônicos, pois afirma não encontrar nesta modalidade de documento as características de singularidade e infungibilidade, consideradas próprias dos documentos tradicionais.¹³⁶ Para o autor, a singularidade não existe no documento eletrônico haja vista a possibilidade de seu conteúdo ser gravados inúmeras vezes em diversos meios corpóreos. Tal variação acarreta na ausência de infungibilidade, “[...], já que, identificados primordialmente pelo nome, se o conteúdo de alguns exemplares for alterado, resultará que o mesmo nome indique coisas diversas.”¹³⁷

Realmente, o documento eletrônico proporciona a pluralidade de um mesmo documento, impossibilitando a distinção entre original e cópia. No entanto, a referida peculiaridade não afasta a integridade do documento eletrônico. O fato de ser possível a reprodução de mais de um original, com o mesmo conteúdo, não está relacionado com a probidade do documento. “[...]. Um documento eletrônico pode ser copiado indefinidamente e cada cópia será idêntica ao original, ou à matriz. Ora, isso não invalida a sua utilização em um processo como meio de prova, muito menos gera dificuldades para o juiz. [...]”¹³⁸

Sobre a infungibilidade, esta, sim, trata-se de uma preocupação, a certeza ou a segurança de que o conteúdo do documento eletrônico não foi adulterado. Acerca desta questão, será abordado na seqüência os instrumentos que garantem a confiabilidade do documento eletrônico, sem os quais não há meios de garantir a inviolabilidade do arquivo eletrônico. O que se pode adiantar sobre esses instrumentos é que funcionam semelhantemente a outras formas que intermedeiam a integridade de documentos tradicionais, através de perícias, as quais têm por finalidade demonstrar a violação ou não do documento analisado.

¹³⁶ DINIZ, Davi Monteiro. Op. cit., p. 62.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Op. cit., p. 326.

O último elemento básico do documento é a determinação da autoria. “Todo documento deve indicar quem é seu autor, mas a simples indicação não é suficiente para garantir a sua utilização como prova.”¹³⁹ Deve-se considerar que indicar quem é o autor do documento, não tem o mesmo sentido de determinar quem é o autor do documento. Para tanto, a assinatura consignada ao final do documento tem a finalidade de determinar a autoria deste, pois é desse modo que determina o artigo 371 do Código de Processo Civil ao estabelecer que será determinado autor do documento particular: I - aquele que o fez e assinou; II – aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado.

Contudo, o inciso III do dispositivo supracitado, esclarece que também será considerado autor do documento particular, aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos. Do referido inciso se extrai como exigência para atribuir a autenticidade de determinado documento não assinado pelo autor, que a falta de assinatura seja uma prática. Ao que parecem, os documentos eletrônicos desprovidos de assinatura digital obedecem a tal exigência, haja vista que os documentos eletrônicos, independentemente se foram formados pelo computador ou por meio do computador, é costume não assiná-los.

Embora se verificasse anteriormente que os documentos são compostos de três elementos, dentre eles a determinação da autoria através da subscrição ou assinatura do autor, observa-se agora que o legislador positivou uma exceção, ou seja, uma vez atendido o requisito do inciso III do artigo 371 do Código de Processo Civil, acerca do costume de não se assinar certos documentos, estes não têm a autenticidade prejudicada, e podem ser utilizados como meio de prova judicial.

¹³⁹ Ibid., p. 326.

3.3.1 A Segurança do Documento Eletrônico

A principal questão envolvendo os documentos eletrônicos, nem tanto está relacionada a sua definição, mas sim a sua autenticidade e integridade, ou seja, como garantir que determinado documento eletrônico não foi adulterado? E como é possível imputar a alguém a autoria de determinada conduta praticada no mundo virtual, como por exemplo, a compra de produtos na *web*? São questões que afligem a sociedade que, por não conhecer as respostas, ou por não confiar nestas, reluta em aceitar o documento eletrônico como meio de prova num processo judicial.

Conforme visto acima, o documento eletrônico é uma realidade e deve ser utilizado na busca da verdade em processos judiciais, para tanto, o referido documento deve apresentar as características inerentes a quaisquer documentos, até mesmo aos documentos tradicionais, como autenticidade e integridade. E para garantir as referidas características, foram elaboradas técnicas através da criptografia que permitem averiguar a autenticidade e integralidade de um arquivo digital.

Arquivos digitais são programas de computadores que se utilizam de *bits* para o armazenamento de informações. Já o *bit*, trata-se de um dígito binário, considerado a menor unidade de informação usada na computação, que consiste em apenas dois valores, representados numericamente por 0 ou 1. Ou seja, de forma mais clara, Diniz explica que:

[...]. Através da atribuição de uma correspondência entre as combinações de dígitos e os sinais – gráficos ou pictóricos – os computadores podem representar o conteúdo destes arquivos nos mais diversos modos, convertendo os dígitos em imagens, letras ou outros sinais, e apresentando o resultado desta conversão através de dispositivos de saída (*output devices*) como monitores ou impressoras.¹⁴⁰

¹⁴⁰ DINIZ, Davi Monteiro. **Documentos eletrônicos, assinaturas digitais**: da qualificação dos arquivos digitais como documentos. São Paulo: LTr, 1999, p. 20.

Contudo, o conteúdo dos arquivos digitais pode ser modificado facilmente, bem como, da mesma forma, podem ser apagados. O que se quer demonstrar é a plasticidade do arquivo digital, o que resulta na fragilidade dos requisitos imprescindíveis aos documentos, como a autoria e a integridade. Para tanto, foi necessário criar sinais de identificação que garantissem as características básicas dos documentos aos documentos eletrônicos.

A criptografia é o método utilizado para conferir segurança aos documentos eletrônicos. Pode ser definida como uma técnica que transforma determinado texto legível em incompreensível para aqueles que não conhecem a referida técnica. Logo, uma vez aplicada a criptografia, ou seja, uma vez cifrado determinado texto, de modo a torná-lo incompreensível aos demais, é necessário que o receptor de tal texto conheça a técnica utilizada que o cifrou para ter acesso ao conteúdo do mesmo. Ou nas palavras de Diniz: “Podemos aplicar o [...] método em dado arquivo digital e, a partir de um critério de conversão que elegermos, criar um segundo arquivo, criptografado. O seu conteúdo representará um criptograma, assim, um texto redigido em linguagem cifrada.”¹⁴¹

Desse modo, é necessário conhecer o método que cifrou o texto para conhecê-lo, sem o qual é impossível. Assim, esse obstáculo oportunizado pela criptografia impede que as pessoas que não dispõem do método de cifragem tenham acesso ao conteúdo dos documentos, o que as impede, também, de modificá-lo. Entretanto, se for utilizado apenas um conjunto de *bits* – denominado de chave - para cifrar e decifrar determinada mensagem, a facilidade em alterar o conteúdo do texto continua existindo, pois uma vez que a chave que encriptou a mensagem é a mesma para descriptá-la, e esta é inserida no mesmo arquivo, qualquer pessoa que tiver acesso à mensagem, também terá acesso à chave e então poderá decifrá-la sem dificuldade alguma.

¹⁴¹ Ibid., p. 29.

O método ora referido é chamado de chave simétrica, em que o autor elabora o arquivo ou texto e através de uma chave privada cifra o texto com a finalidade de codificá-lo. Ao enviar o arquivo ao seu destinatário, este receberá a mensagem codificada e a chave privada para decifrar a mensagem. Todavia, a chave utilizada para efetuar a decodificação da mensagem é a mesma que a cifrou, por isso denominada simétrica. No entanto, conforme já mencionado, uma vez que tal mensagem é interceptada por pessoa que não deveria tê-la acessado, fatalmente terá a sua disposição a chave, e assim poderá conhecer o conteúdo do texto, bem como poderá alterá-lo, pois para isso basta usar a chave privada que está inserida no arquivo.

Contudo, através da criptografia foi encontrada uma segunda alternativa para impedir a adulteração do conteúdo do arquivo, qual seja a divisão da chave em duas, ou seja, cada chave realizará uma função diferente nos processos envolvendo a criptografia dos arquivos digitais, para tanto a referida técnica é denominada de chaves assimétricas. Embora diferentes, é importante ressaltar que as chaves se completam.¹⁴²

Para esclarecer o funcionamento das chaves assimétricas Antônio Marques explica que as duas chaves diferentes são geradas através de um método matemático irreversível chamado de *one-way functions* (função unidirecional), sendo que uma das chaves, ou melhor, a chave privada ficará com o proprietário do sistema, a qual deve ser mantida em total sigilo, e a chave pública será enviada a todos aqueles com quem se pretenda manter a comunicação segura ou identificável.¹⁴³

Por intermédio dessa técnica é possível utilizar as chaves de modos diversos. No primeiro método a chave pública é utilizada para cifrar a mensagem, e embora o texto seja cifrado por uma chave pública, disponível a todos, estes não poderão alterar o conteúdo da mensagem sem a chave privada, pois somente através desta é possível decifrá-la. Logo,

¹⁴² Ibid., p. 30.

¹⁴³ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. Op. cit., p. 161.

somente aquele que possui a chave privada correspondente poderá conhecer o conteúdo do texto. O primeiro sistema garante a integridade dos dados. Para melhor ilustrar: “A” gera as duas chaves, a chave pública é a de ciframento e a chave privada é a de deciframento. “A” então divulga a chave pública para todos, e mantém a chave privada em segredo. Quando “B” quer lhe enviar uma mensagem, cifra-a com a chave pública de “A”, após codificada, nenhum intruso, ou mesmo “B” poderá alterá-la. “A” que manteve a chave privada correspondente a utilizará para decifrar a mensagem.

No segundo método as chaves são utilizadas de forma inversa, ou seja, primeiro é utilizada a chave privada para cifrar a mensagem, a qual somente será decifrada com a utilização da chave pública correspondente, que todos conhecem, e dessa forma, resta garantida a autoria da mensagem. Trata-se do método denominado de assinatura digital, no qual é assegurada a autoria do texto, bem como a integridade do conteúdo, porém não há confidencialidade na mensagem enviada. Conforme exemplo: “A” se utiliza da chave privada para fazer o ciframento da mensagem, e a envia para “B”, o qual necessita da chave de deciframento para conhecer o conteúdo da mensagem, no entanto, tal chave é pública, conseqüentemente todos podem utilizá-la para decifrar e ter acesso à mensagem. Porém, caso ocorra qualquer modificação no conteúdo do texto o sistema não reconhecerá como válida a assinatura de “A”.

Contudo, para utilizar a assinatura digital, não basta utilizar as chaves assimétricas, é necessário utilizar outro mecanismo considerado indispensável para o emprego da assinatura digital, qual seja, a função Hashing a qual:

[...] funciona como uma impressão digital de uma mensagem gerando, a partir de uma entrada de tamanho variável, um valor fixo pequeno: o digest ou valor hash. [...] Serve, portanto, para garantir a integridade do conteúdo da mensagem que representa. Assim, após o valor hash de uma mensagem ter sido calculado através do emprego de uma função hashing, qualquer modificação em seu conteúdo - mesmo em apenas um bit da mensagem - será detectada, pois um novo cálculo do

valor hash sobre o conteúdo modificado resultará em um valor hash bastante distinto.¹⁴⁴

Ainda, para garantir também a confidencialidade, é possível utilizar juntamente com a função Hashing os dois métodos. Assim, “A” cifra a mensagem utilizando a sua chave privada, após realiza a cifragem novamente, junto com a sua assinatura, utilizando a chave pública do destinatário, no caso “B”. Ao receber a mensagem, “B” deverá decifrar a mensagem usando a sua chave privada, e em seguida decifrar mais uma vez a mensagem, agora, utilizando da chave pública de “A”.

Os pares de chaves estão vinculados ao certificado digital, o qual é emitido pela Autoridade Certificadora. Para obter um certificado digital, “[...] o interessado comunica os dados ao site e é orientado a cadastrar seus dados pessoais. A partir daí, precisa ir pessoalmente à Autoridade de Registro e levar as provas dos dados que forneceu on-line, ou seja, os seus documentos.”¹⁴⁵ Oportuno frisar que a emissão do certificado digital está condicionada a apresentação dos documentos presencialmente na Autoridade de Registro. “Com o certificado digital, o usuário tem a opção de utilizar a assinatura digital, permitindo a troca de documentos com autenticação, sigilo, integridade de conteúdo e segurança.”¹⁴⁶

Desse modo, utilizando-se dos instrumentos ora fornecidos, a plasticidade do documento eletrônico é superada, e conseqüentemente se encontrará nele os mesmos elementos observados nos documentos tradicionais, quais sejam, a possibilidade de registrar dados ou fatos; a identificação da autoria dos registros de forma inequívoca, a partir de sinais particulares; e, no caso de ocorrer qualquer adulteração do registro, verifica-se a possível identificação, ao menos por intermédio de procedimentos técnicos.¹⁴⁷

¹⁴⁴ MAIA, Luiz Paulo; PAGLIUSI, Paulo Sérgio. **Criptografia e Certificação Digital**. Disponível em: <http://www.training.com.br/lpmaia/pub_seg_cripto.htm> Acesso em 29.10.2006.

¹⁴⁵ MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Certificado digital**: Autenticidade e segurança. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Conselus, Ano XI, n.º 250, 15 de junho de 2007, p. 07.

¹⁴⁶ Id.

¹⁴⁷ SANTOLIM, César Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35 e 36.

Portanto, uma vez que é possível tomar conhecimento de determinados fatos, mesmo com a utilização de uma ferramenta específica como o computador ou um programa de computador, bem como identificar a autoria dos referidos fatos, de forma segura e garantida por técnicas que confirmem a originalidade destes, não há razão para não considerar dados, ou *bits*, como documento eletrônico somente em razão daqueles não estarem registrados de forma permanente em um suporte material. A verdade é que o reconhecimento dos *bits* como a representação de um fato, é apenas uma consequência da evolução da sociedade. Não é mais possível ignorar os atos ilícitos cometidos na rede mundial (Internet), como se não houvesse formas de punir os responsáveis. Atualmente, através de perícias consegue-se apurar e identificar a autoria e materialidade dos delitos virtuais, assegurando a integridade dos dados - fatos.

Se antes havia dúvidas a respeito da eficácia probante do documento eletrônico, agora não há mais dúvida alguma, e tal afirmação é possível em razão das técnicas criadas que atribuíram aos arquivos digitais os mesmos requisitos que dão eficácia aos documentos tradicionais, como a autenticidade e a integridade.

Antônio Marques explica de forma muito clara a respeito da autenticidade afirmando que esta implica na autoria identificável, de outra forma é correto dizer que uma vez assegurada a autenticidade, é possível identificar com certeza a autoria da manifestação de vontade representada pelo documento eletrônico. Ainda, segue o autor, esclarecendo que da mesma forma que se reconhece a autenticidade de um documento tradicional pela assinatura, atualmente é fato atribuir a autoria de determinado documento eletrônico em virtude da assinatura digital,¹⁴⁸ pois, conforme verificado no item anterior, a assinatura digital também é um sinal identificável, sendo ele único e exclusivo de determinada pessoa, logo uma vez que

¹⁴⁸ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. Op. cit., p. 133.

certo documento eletrônico receba a assinatura digital, com facilidade poderá se conhecer o autor daquele.

Quanto à integridade do documento eletrônico, a utilização das chaves assimétricas garante que o conteúdo não será alterado, porém, mesmo que ocorra a adulteração do conteúdo do documento eletrônico, existem técnicas que auxiliam no sentido de demonstrar se houve alteração no documento; a própria assinatura digital indicará caso o documento tenha sido corrompido.

Oportuno lembrar que, da mesma forma que serão necessárias outras artes para verificar a autenticidade e a integridade dos documentos tradicionais, como exame grafotécnico ou grafologia, também serão necessários o uso de outras técnicas para assegurar os referidos requisitos, e nem por isso o documento eletrônico deve ser marginalizado pelo sistema processual brasileiro.

3.4 CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA COMO MEIO DE PROVA

O Código Penal de 1940, no capítulo referente aos crimes contra a liberdade individual, abre uma seção destinada aos crimes contra a inviolabilidade de correspondência, na qual, no art. 151 dispõe sobre a violação desta. O referido *Codex* não define o que seja correspondência, porém a Lei n.º 6.538/78 em seu art. 47 prescreve o seguinte conceito: “toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através de via postal, ou por telegrama”. No entanto, há quem discorde de tal conceito, como Luiz Régis Prado que entende por correspondência “toda comunicação interpessoal realizada por meio capaz de transmitir o

pensamento.”¹⁴⁹ No mesmo sentido, Magalhães Noronha define correspondência como sendo “comunicação ou transmissão do pensamento de uma pessoa a outra, reproduzido ou fixado numa coisa”,¹⁵⁰ logo, não precisa ser necessariamente carta ou telegrama como descreve a Lei ora mencionada, compreendendo, também, radiograma, fonopostal, telegrama semaforico, carta-bilhete, entre outros.

Todavia, a correspondência deve estar fechada, não importando o meio usado para tal, pois uma vez aberta, a correspondência perde a tutela da lei, em razão do seu conteúdo não mais ter caráter sigiloso, ou seja, se a correspondência já se encontrava aberta, esta não foi violada, logo não caracteriza o crime tipificado no art. 151 do Código Penal vigente.

Ainda, a correspondência deve ser enviada a pessoa certa, determinada. Não é indispensável a identificação do remetente, sendo que este pode usar o seu nome, sobrenome, apelido ou pseudônimo. Porém, é de suma importância identificar o destinatário, pois se a correspondência for enviada a “destinatário fictício ou a um número indeterminado de pessoas (v.g. eleitores, consumidores, moradores de um bairro etc.) sua abertura não configura o delito de violação.”¹⁵¹

A atualidade é outra característica da correspondência, ou seja, uma correspondência escrita no século XVIII, se encontrada hoje, poderia ser aberta e não caracterizaria o crime em questão, pois, em razão do decurso de tempo aquela teria apenas valor afetivo, histórico etc.

Quanto ao devassamento, elemento contido no art. 151 supracitado, corresponde “a abertura da correspondência”¹⁵² com o rompimento do envelope, contudo existe meios para tomar conhecimento do conteúdo da correspondência sem abrir ou rasgar o envelope, e sendo feito dessa forma, não tipifica o art. 151, mas caso seja divulgado o assunto contido na

¹⁴⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro parte especial**, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000, p. 324.

¹⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 186.

¹⁵¹ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 324.

¹⁵² Ibid., p. 325.

correspondência, caracteriza o delito do art. 153 do Código Penal, qual seja, divulgação de segredo.

A forma mais recente de correspondência é a eletrônica, comunicação esta proporcionada pela internet através de e-mail, bate-papo ou chats, MIRC ou ICQ. Assim é considerada por ser uma forma de comunicação de pessoa a pessoa através da internet, a qual realiza a transmissão do pensamento. Além de se encaixar em todas as outras características de uma carta, não pode “faltar a proteção ao sigilo decorrente da informática, no armazenamento e na transmissão de seus dados. Há nisso um sigilo também inviolável.”¹⁵³

E, do mesmo modo, também é possível por determinados meios adentrar em correspondências eletrônicas e saber sobre o conteúdo delas sem a autorização do remetente ou do destinatário. É bem verdade que dificilmente se conseguiria devassar este tipo de correspondência, devido a sua forma. Logo não caracterizaria o crime previsto no art. 151, no entanto, uma vez reveladas as informações constantes naquele, sem justa causa, certamente tipificaria o delito do art. 153.¹⁵⁴

Todavia, a discussão é em torno da possibilidade de usar a correspondência eletrônica como meio de prova, pois, como esta correspondência também é protegida pelo texto constitucional, interceptá-la seria inconstitucional diante da sua inviolabilidade. E, diversamente do que a maioria pensa, a Lei n.º 9.296/96, que regulamenta o inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal, só possibilitou a interceptação telefônica; outras formas como “dados escritos ou informatizados equivalem a uma violação de correspondência, ou de um diário íntimo, que, atualmente, se afiguram intransponíveis pela dicção constitucional, salvo pela aplicação do princípio da proporcionalidade.”¹⁵⁵ Dessa forma, as correspondências eletrônicas, como as demais correspondências, exceto as telefônicas, necessitarão de

¹⁵³ COSTA, Célio Silva. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1.992, p. 187.

¹⁵⁴ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 325.

¹⁵⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas**, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 184.

interpretação do juiz, o qual poderá, se este for seu entendimento, autorizar, eventualmente, diante de casos graves, as interceptações de correspondência eletrônica, usando o princípio da proporcionalidade.

Contudo, há quem entenda que, após recebidas e arquivadas os e-mails, no disco rígido do computador, estes perderiam a características de correspondência e poderiam ser utilizados como meio de prova sem afrontar a garantia constitucional referente ao sigilo de correspondência. O problema que persiste é com relação a integridade da mensagem, esteja ela arquivada no computador, ou na caixa do correio eletrônico, pois, “mesmo com senha para bloquear o acesso ao correio eletrônico, especialistas podem descobrir. Poderá então tal correspondência ser invadida e até ser adulterada sem que se possa evidentemente saber afinal qual sua forma original,”¹⁵⁶ a não ser que a mensagem tenha sido protegida por criptografia, que conforme já tratado anteriormente, são meios para assegurar a validade jurídica de documentos eletrônicas através da técnica da certificação eletrônica. Com esta já é possível “realizar troca de documentos e informações pela rede com segurança física e jurídica.”¹⁵⁷

E nesse sentido, caso o internauta não utilize senha para preservar sua intimidade, impedindo que outros acessem seu banco de dados, “será lícita, se o internauta mantiver comunicação virtual por meio de computador de uso familiar, sem emprego de senha, a obtenção da prova pela entrada no correio eletrônico.”¹⁵⁸ Todavia para os documentos eletrônicos que ainda não têm o referido dispositivo, fica a espera da evolução tecnológica, e enquanto o progresso científico não se adianta em sanar as dificuldades técnicas para preservar a integridade e autenticidade da correspondência eletrônica, tais correspondências e arquivos eletrônicos podem ser utilizados como indícios.

¹⁵⁶ LEITE, Gisele, **Infidelidade virtual**. Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp/ccd=3ctd=922>> Acesso em: 04.02.2008.

¹⁵⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Op. cit., p. 22 a 25.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p. 258

3.5 PROVA INDICIÁRIA E PRESUNÇÕES

Conforme verificado nos tópicos anteriores, por intermédio da criptografia (chaves públicas, privadas, assinatura digital e cartórios certificadores) os documentos eletrônicos ou arquivos digitais e e-mails se tornam seguros, haja vista que os referidos instrumentos atribuem ao arquivo digital e aos e-mails os mesmos e indispensáveis elementos encontrados nos documentos tradicionais. Desse modo, os documentos eletrônicos criptografados podem ser usados como meios de provas nos processos judiciais, sem qualquer dúvida quanto a integridade e autenticidade.

Entretanto, os arquivos digitais desprovidos da segurança proporcionada pelas técnicas da criptografia não garantem a integridade e a autenticidade, pois como é sabido o conteúdo desses arquivos são de fácil adulteração, e propícios a não demonstrar vestígios. Nesses casos, os arquivos e e-mails perdem a eficácia e, portanto, não são aptos a demonstrar a verdade dos fatos, finalidade esta destinada às provas. Mas nem por isso devem ser deixados de fora do processo judicial, pois, embora não tenham a mesma eficácia dos documentos eletrônicos criptografados, os referidos arquivos digitais e e-mails podem ser utilizados como indícios, para que desse modo, auxilie o juiz para formar sua convicção acerca das alegações presentes nos autos.

Para tanto, Cambi explica que: “O indício é o fato conhecido (v.g., sinal, vestígio, rastro, circunstância, comportamento etc.) que indica o fato desconhecido, o qual é a sua causa ou o seu efeito.”¹⁵⁹ Logo, naqueles casos em que faltam ao arquivo digital ou ao e-mail os elementos indispensáveis para considerá-los como prova, eles devem ser apreciados como indícios, e unidos a outras circunstâncias corroboram na descoberta do fato desconhecido.

¹⁵⁹ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 361.

Cambi também esclarece que “[...], os indícios não têm relevância probatória em si mesma, sendo fatos auxiliares que permitem o conhecimento dos fatos a serem provados.”¹⁶⁰

Assim, uma vez conhecido e provado o indício, considerado como fato secundário, através dele será formulada a presunção para demonstrar a existência ou não do fato principal. Nas palavras de Medina: “Aos indícios conjugam-se as presunções, ou, mais precisamente, as *presumptiones hominis*, também chamadas de presunções judiciais, presunções simples ou comuns, para diferenciá-las das presunções legais (*presumptiones legis*).”¹⁶¹ As presunções não demonstram a certeza dos fatos discutidos no processo, mas permitem a formulação pelo juiz de hipóteses de solução a respeito dos fatos discutidos no processo.

A presunção, embora esteja entre os incisos do artigo 212 do Código Civil que dispõe sobre as provas, especificamente no inciso IV, esta não é entendida como meio de prova, e para que não restem dúvidas sobre a natureza da presunção, Cambi ensina que:

A presunção é um processo mental, não um meio de prova, porque, quando o juiz afirma que “ocorrido um fato x, deve ter ocorrido um fato y”, nada de novo surge no plano material ou concreto (v.g., um documento ou um depoimento), mas exclusivamente em nível intelectual, na mente do magistrado. Pelas presunções, pode-se deduzir do fato provado (conhecido) a existência do fato relevante para o processo; logo, não é um meio de prova, mas apenas uma operação mental pela qual se pode raciocinar a partir do fato demonstrado, por outros meios de prova.¹⁶²

Por vezes, ao ingressar com a ação ou ao apresentar a defesa com fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, as partes não têm em mãos os meios de prova do fato principal, contudo, são juntados aos autos outras provas, chamadas de secundárias ou de indícios, as quais são conhecidas, e, por intermédio dessas, o juiz presume sobre a existência ou não do fato principal, denominado de fato desconhecido. Observa-se que a presunção é resultado do

¹⁶⁰ Ibid., p. 362.

¹⁶¹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A prova das intenções no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 115, maio-junho de 2004, p. 77.

¹⁶² CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 360.

nexo de causalidade entre o fato conhecido e o desconhecido, que é a somatória dos elementos para a configuração da verdadeira presunção, conforme entendimento de Gama:

Observa a doutrina que três elementos são essenciais para haver verdadeira presunção: a) um fato provado (chamado, por alguns, fato conhecido); b) um fato não provado (também chamado de fato desconhecido); c) uma relação entre eles, admitida pelo juiz ou reconhecida na lei, em função da ocorrência do primeiro se possa inferir a do segundo.¹⁶³

As presunções são divididas em espécies, quais sejam, presunções legais ou judiciais. As legais são aquelas presunções previstas no ordenamento jurídico, e que uma vez apresentadas as provas dos fatos secundárias, ao magistrado caberá declarar a existência do fato principal. As presunções legais são classificadas em absolutas e relativas. Em síntese, pode-se afirmar que as presunções absolutas não admitem prova em contrário, logo uma vez declarada pelo juiz, a partir de um fato secundário, não pode aquela presunção ser impugnada. Assim, a única forma de afastar a presunção é demonstrando que o fato auxiliar não ocorreu. Já as relativas, admitem prova contrária.

A outra espécie de presunção, denominada de judicial ou simples, não está expressa na lei, pois é formulada na consciência do juiz. Este tem liberdade de formular essas espécies de presunções com base nas máximas de experiência, conforme previsto no artigo 335 do Código de Processo Civil. Greco explica que as presunções simples “[...] são interferências extraídas pelo juiz das máximas da experiência comum, ou seja da correlação socialmente reconhecida entre certos fatos, os indícios, de acordo com os valores e os comportamentos habituais vigentes em determinada sociedade em determinado momento histórico.”¹⁶⁴

É certo que o uso das presunções simples são realizadas com prudência pelo magistrado, sem se esquecer que o artigo 230 do Código Civil impõe limitações às referidas

¹⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Prova do fato jurídico no código civil de 2002. In: **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2007, p. 610 e 611.

¹⁶⁴ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: o código de 1973 ao novo código civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n.º 15, junho de 2004, p. 88.

presunções. Estas somente podem ser usadas nos casos em que é admitida a prova testemunhal. Tal limitação tem por objetivo impedir presunções precipitadas, com base apenas em indícios demonstrados por documentos. A prova testemunhal garante que as presunções se cerquem de mais indícios, para que desse modo não ocorram erros grosseiros nas deduções do juiz. Para tanto, oportuna a observação de Theodoro Júnior: “Sempre, porém, que for admissível a acolhida dessa prova crítica, ter-se-á de contar com indícios graves, precisos e concludentes. Não bastam simples suposições ou meras conjecturas.”¹⁶⁵

Depois de analisada cada uma das presunções, conclui-se que os arquivos digitais e e-mails não criptografados se encaixam como indícios, que sobre estes, se acolhidos pelo juiz, conseqüentemente serão formuladas presunções simples. As referidas provas secundárias, somadas a outras circunstâncias formalizadas no processo se tornam eficazes no sentido de auxiliar o magistrado a compor seu entendimento a respeito dos fatos discutidos nos autos, bem como, dependendo do valor do indício, fornece subsídios suficientes para decidir a lide.

¹⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de dna. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 33, jan./fev. 2005, p. 32

4 O DIREITO À PROVA

4.1 LIMITES AO DIREITO À PROVA

A prova é o instrumento que leva ao conhecimento do magistrado a existência dos fatos. Cabe ao autor o ônus da prova, o que significa que ele tem a faculdade de demonstrar a veracidade das suas alegações para ver seu pedido atendido. Tal capacidade será atribuída ao réu, sempre que, na apresentação da defesa, deduzir fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Para tanto, Theodoro Júnior ensina que: “A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar a solução jurídica ao litígio.”¹⁶⁶

Entretanto, embora cada parte, em momentos processuais diferentes, tenha o ônus da prova, não podem exercê-lo indiscriminadamente. Ou seja, o Direito à prova, mesmo, constitucionalmente assegurado, em razão de estar inserido nas garantias do devido processo legal, da ação e da defesa, bem como do contraditório, não é absoluto. A limitação ao direito à prova está esculpida no art. 5.º, LVI, da Constituição Federal, conforme transcrição: “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A justificativa para a referida proibição se deve ao fato do processo civil ser entendido como um “instrumento destinado a tornar efetiva a observância e a aplicação da lei, onde as partes não podem fazer uso de todos meios úteis e capazes de conduzir a sua vitória; bem como não pode ser

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 382.

permitido que o magistrado se valha, sem qualquer limite, quando do julgamento, de expedientes e métodos ilegais.”¹⁶⁷

Contudo, embora exista um dispositivo constitucional proibindo o uso de provas obtidas por meios ilícitos, a doutrina e a jurisprudência divergem sobre o assunto, do que surgiram varias teorias sobre o tema, sendo que algumas tendem para a admissão da prova ilícita de forma ampla, e outros para o entendimento de proibição completa.

O primeiro problema a ser enfrentado sobre a divergência doutrinária a respeito do inciso LVI, art. 5.º da CF, é o fato da própria Constituição possibilitar a utilização de provas, consideradas ilícitas, no processo penal, conforme prevê o inciso XII, ou seja, de acordo com o mencionado inciso, é possível realizar interceptações telefônicas, quando autorizadas judicialmente, porém, apenas no processo penal, para fins de investigação ou instrução criminal. Logo, o direito à intimidade, assegurado pela ordem constitucional, poderia ser violado sem qualquer ofensa aos direitos fundamentais. Contudo, o processo civil ficou excluído dessa possibilidade.

A justificativa para tal benefício ao processo penal, é quanto à verdade, argumento pelo qual se afirma que neste busca-se a verdade real (material), e com relação ao processo civil, seria suficiente a verdade formal. Para a doutrina que faz essas distinções, entende-se que a verdade formal é aquela estabelecida nos autos, “que pode ou não corresponder à efetiva realidade. Enquanto a verdade material, seria a realidade efetiva dos fatos, aquilo que realmente aconteceu, ou seja, a verdade pura e simples.”¹⁶⁸

Porém, modernamente, entende-se que não existem distinções de verdade: ou a verdade é material ou não é verdade. O que pode acontecer é, em algumas situações, de a justiça renunciar, na área cível ou penal, à reconstituição completa da verdade em atenção a

¹⁶⁷ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. Op. cit., p. 113.

¹⁶⁸ Ibid., p. 115.

outros valores de igual dignidade; até porque em relação à verdade, trata-se de um conceito absoluto, e se torna difícil o seu alcance com total segurança.

Quanto à distinção referente ao tratamento entre processo civil e o penal feito no inciso XII, do art. 5.º da CF, também não deve ser entendido como uma justificativa considerável, uma vez que, conforme exemplifica Pinheiro em outros dispositivos, como por exemplo, o que trata do devido processo legal, o legislador deu tratamento igualitário para estas duas áreas.¹⁶⁹

Sobre o tema, Moreira, de forma mais específica explica que não há razão para a distinção entre processo civil e penal defendido por alguns doutrinadores:

Um pensamento superficial costuma trazer à colocação, a tal respeito, a oposição entre decisões que afetam a liberdade da pessoa. É esquecer que no âmbito civil se trata com freqüência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas: e também, que no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa, (...). A expressão “processo civil” compreende muito mais que a atividade judicial concernente a relações jurídicas de caráter privado. É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público, em regra subtraídas, não menos que as de direito penal, ao poder de disposição das partes. O interesses sujeitos à influência do julgamento nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar amplas coletividades, quando não à sociedade como um todo.¹⁷⁰

Afinal, tanto o processo penal quanto o processo civil tratam de interesses públicos e indisponíveis. Bem como, ambos tratam de assuntos referentes ao patrimônio. Conseqüentemente, não é correta a afirmação de que o processo civil lida somente com interesses privados, relativos ao patrimônio. Portanto, as justificativas ora apresentadas para admitir as provas ilícitas apenas no processo penal não são suficientemente relevantes.

Cambi ensina que: “O direito à prova está sujeito às restrições que decorrem da necessidade que o ordenamento jurídico tem de tutelar outros valores e interesses igualmente

¹⁶⁹ Id.

¹⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 84, out/dez., 1996, p. 151.

dignos de proteção”¹⁷¹, ou seja, a limitação ao direito à prova ocorre tanto no processo penal quanto no processo civil, contudo, encontram-se nos dois ramos do direito a tutela de valores e interesses garantidos pela Constituição, e por vezes, para assegurar um direito fundamental é preciso afrontar outro, e isso não pode ser um privilégio apenas do processo penal.

4.2 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

As provas ilícitas são classificadas de duas formas diferentes. Existem as provas em sentido lato e em sentido restrito. As provas em sentido lato são aquelas que abrangem as provas contrárias à Constituição, bem como as às leis ordinárias e aos bons costumes. Já a prova ilícita em sentido restrito, é definida por João Batista Lopes como aquela que ofende disposições legais e constitucionais.¹⁷²

A variedade de nomenclatura e definições a respeito da prova ilegal provoca certa confusão. Contudo, Grinover faz importante esclarecimento sobre a prova ilegal, quando distingue a prova ilícita da ilegítima:

A prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova será ilegítimo) (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for material, a prova será ilícita (*rectius* à fonte de prova será ilicitamente colhida).¹⁷³

Para fazer tal distinção, a autora se utiliza da natureza da norma violada. Assim, é possível afirmar que toda vez que a colheita da prova ferir normas de direito processuais, esta

¹⁷¹ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 37 e 38.

¹⁷² LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas. In: **O processo em sua unidade-II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 98.

prova será ilegítima. Contudo, será ilícita quando obtida com infração a normas ou a princípios de direito material, especialmente de direito constitucional, “porque a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana;”¹⁷⁴.

Avolio explica que a distinção da ilegalidade da prova também tem relação com o momento da sua transgressão, desse modo o autor afirma que a prova será ilegítima quando a ilegalidade ocorrer na produção da prova no processo.¹⁷⁵ Acerca da prova ilícita, a ilegalidade ocorre fora do processo.

Todavia, o que se apresenta interessante é quanto a nomenclatura atribuída à prova ilícita quando admitida nos autos, ou seja, como é sabido, a prova será considerada ilícita quando a sua colheita afrontar, por exemplo, o direito material. O que se questiona é se esta prova deve ser considerada ilícita mesmo quando admitida? Cambi ensina que a autorização prévia concedida pelo juiz para a produção da prova que afronta norma de direito material não deve ser considerada ilícita. O autor justifica a inexistência da ilicitude afirmando que: “[...] o comportamento contrário à lei aconteceria somente se, antes da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo juiz, autorizando a atividade probatória, a prova fosse obtida ilicitamente.”¹⁷⁶ Portanto, nos demais casos em que a prova é produzida sem a autorização prévia, esta será considerada ilícita e somente será admitida no processo com a autorização posterior pelo magistrado, entretanto esta permissão não elimina a sua ilicitude.

Contudo, tal entendimento também é compartilhado por Grinover *apud* Costa, pois a autora garante que [...] pela aplicação do critério da proporcionalidade, reconhece-se a ilicitude e, conseqüentemente, a ineficácia da prova colhida com infração a alguma norma de

¹⁷⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 44.

¹⁷⁵ Id.

¹⁷⁶ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 73.

direito processual ou material; ao mesmo tempo, abrandam-se a proibição, em casos excepcionais, [...].”¹⁷⁷

4.3 DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

4.3.1 Corrente Obstantiva ou Contrária

Os defensores da corrente obstantiva negam qualquer possibilidade de utilizar no processo provas ilegais para demonstrar a existência de fatos. Para tanto, apresentam três motivos que justificariam a contrariedade. O primeiro deles, afirma que a prova ilícita quebra a unidade do ordenamento jurídico, ou seja, o Direito é unitário e não composto por compartimentos estanques, o que significa que se for considerada ilícita determinada prova, não há como admiti-la, pois afrontaria o Direito em seu universo. Logo, “não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque se dividiu o direito em ramos autônomos.”¹⁷⁸ O segundo motivo se encontra no Princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado – Esta justificativa afirma que a admissibilidade de provas ilícitas acarretam na ofensa aos direitos fundamentais, mesmo que elas tenham sido utilizadas para a proteção de certos direitos. O terceiro diz respeito à Ofensa à Constituição, na qual toda a prova ilícita, segundo esta corrente, é inconstitucional por violar valores fundamentais do indivíduo. De outra forma, Costa leciona que: “Os adeptos dessa corrente afirmam que, quando uma prova é colhida infringindo-se direitos fundamentais do

¹⁷⁷ COSTA, Susana Henrique. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 133, março de 2006, p. 88.

¹⁷⁸ FREGADOLLI, Luciana. Op. cit., p. 189.

indivíduo, ocorre uma inconstitucionalidade, que contamina a prova e a torna absolutamente inadmissível no processo.¹⁷⁹

A decisão a seguir transcrita exemplifica o entendimento da corrente obstativa ao recusar a prova em razão desta ter sido obtida por meio de interceptação telefônica clandestina:

SEPARACAO JUDICIAL - ADULTERIO DA MULHER - INTERCEPTACAO TELEFONICA - GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFONICAS - PROVA - INDEFERIMENTO -ILICITUDE DA PROVA - RECURSO NAO PROVIDO Processual Civil. Separação judicial. Imputação de adultério a mulher estribada em interceptação telefônica clandestina com gravação de fita cassete. Prova recusada pelo Juiz em face da ilegalidade da forma de obtenção da prova. Agravo de instrumento. 1. Se a gravação de conversa telefônica em fita cassete foi obtida através de interceptação telefônica, está certo o despacho do Juiz que impede o seu uso como prova em processo judicial, porque a interceptação telefônica é ilícita e não é permitido o uso em juízo de prova obtida por meios ilícitos. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (IRP) Vencido o Des. Nagib Slaib Filho. 2001.002.13359 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DES. MIGUEL ANGELO BARROS - Julgamento: 05/02/2002 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL.¹⁸⁰

Verifica-se que, tanto o magistrado monocrático, quanto o Tribunal, apenas levaram em consideração o meio pelo qual se obteve a prova da verdade dos fatos, qual seja, a interceptação telefônica, logo deixaram de considerar que tal meio demonstrou a verdade das alegações do cônjuge autor, mas como a referida prova é proibida, o formalismo se sobrepõe ao direito ao acesso à justiça.

Conclui-se pelos motivos expostos pela teoria obstativa, que o “direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.”¹⁸¹

¹⁷⁹ COSTA, Susana Henriques da. Op. cit., p. 87 e 88.

¹⁸⁰ TJRJ - 2001.002.13359 - Agravo de Instrumento. Des. Miguel Angelo Barros - Julgamento: 05/02/2002 - Decima Sexta Camara Cível. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 146.

4.3.2 Corrente Favorável ou Permissiva

Essa corrente defende ser admissível sempre, em qualquer hipótese, a prova ilícita. Para os defensores dessa teoria, o importante é o conteúdo que a prova proporciona e não a forma de obtenção. Ou seja, a obtenção da prova pode ser de modo ilícito, mesmo assim ela será admitida no processo, desde que a ilicitude não atinja o conteúdo. Logo, se a prova ilícita comprovar a verdade das alegações esculpadas no processo, de acordo com essa tese, não haveria razão para recusar a prova.

Contudo, a corrente favorável não admite todas as provas ilegais, e para tanto impõe certa restrição, assim, “somente podem ser rejeitadas as provas violadoras de uma norma instrumental, ou seja, as ilegítimas, por serem, segundo estes, as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual.”¹⁸² No entanto, quando a violação é acerca da norma material, a sanção imposta é específica, e conseqüentemente não implica a recusa da prova no processo. Logo, entende-se que a sanção para a prova ilícita é qualquer outra que não seja a sua retirada do processo, diversamente do que ocorre com a prova ilegítima, na qual a sanção é o desentranhamento da prova dos autos.

Assim, o recebimento da prova obtida ilicitamente é inquestionável, pois seus defensores esclarecem que esta prova precisa ser aceita como válida e eficaz no processo, uma vez que compreendem que o ilícito se refere ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo.¹⁸³ Estes também, conforme já transcrito no parágrafo anterior, não descartam a punição do responsável pelo ato ilícito cometido, porém sem que a prova obtida por meios não ortodoxos seja banida dos autos. Para tanto, pune-se “a violação praticada, mas o teor do elemento

¹⁸² PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. Op. cit., p. 125.

¹⁸³ MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Op. cit., p. 283.

probatório deverá ser preservado para contribuir para a formação da convicção do magistrado.”¹⁸⁴

Os autores adeptos dessa corrente eram extremamente devotados à concepção da busca da verdade real. Propunham a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo. Nesse sentido, oportuna a transcrição de decisão judicial fundada na corrente favorável:

Adultério. Prova. Interceptação e gravação de conversas telefônicas. Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer a luz de C. Pen., quer de Código Brasileiro de Telecomunicações. TJRJ – AI 7.111 – Rel. Des. Barbosa Moreira – j. em 28.11.1983.¹⁸⁵

Contudo, observa-se que a jurisprudência ora citada é do ano de 1983, ou seja, antes da vigência da atual Constituição. Hodiernamente são poucos os adeptos dessa teoria, sendo que estes ao admitirem a produção de provas ilícitas em qualquer situação, o fazem com a finalidade de que tais “provas devem ingressar no processo como indícios, sendo que tudo o que for descoberto licitamente a partir destes indícios poderá ser validamente admitido em juízo.”¹⁸⁶

4.3.3 Corrente Intermediária ou da Teoria da Proporcionalidade

¹⁸⁴ Id.

¹⁸⁵ TJRJ – AI 7.111 – Rel. Des. Barbosa Moreira – j. em 28.11.1983. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

¹⁸⁶ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. Op. cit., p. 128

A corrente intermediária visa buscar um equilíbrio entre as correntes anteriores. Para tanto, faz uso do princípio da proporcionalidade, definido por Eduardo Cambi como a necessidade de fazer o “balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em conflito, a fim de poder decidir qual dos direitos deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado.”¹⁸⁷

Para a compreensão plena do princípio da proporcionalidade, Oliveira explica que o referido princípio é dividido em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade. Em síntese, ao aplicar o subprincípio adequação, o Judiciário pretende verificar a idoneidade das normas editadas pelo Legislativo e Executivo, bem como se seus respectivos objetivos são aptos a serem alcançados; quanto ao subprincípio necessidade, sua aplicação tem por escopo buscar entre as medidas existentes a menos gravosa para os direitos fundamentais; e por fim, a proporcionalidade, que diz respeito a ponderação entre o ônus imposto pela norma e o benefício por ela produzido.¹⁸⁸

Contudo, nem sempre é possível, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, encontrar a somatória de seus subprincípios, o que não impede que a solução gerada pela utilização do referido critério não seja justa, pelo contrário, pois já se tornou freqüente o uso do princípio da proporcionalidade nas decisões judiciais. A aplicação desse princípio tem por finalidade a resolução de conflito entre princípios ou interesses contrapostos. Tanto é assim que Grinover *apud* Costa afirma que o princípio da proporcionalidade é um “instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se inadmitida a prova ilicitamente colhida.”¹⁸⁹

¹⁸⁷ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 71.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma Editora, v. 25, jan./mar. 2006, p. 124.

¹⁸⁹ COSTA, Susana Henrique. Op. cit., p. 89.

Desse modo, caberá ao magistrado, no momento em que se deparar com uma situação em que surja no processo uma prova obtida ilicitamente, aplicar ao caso concreto o princípio da proporcionalidade, em que se sopesarão os bens jurídicos e/ou os valores que estão em jogo, devendo ele se posicionar de forma a proteger o valor de maior importância na sociedade.¹⁹⁰ É importante lembrar que os princípios constitucionais não são absolutos, uma vez que precisam estar em harmonia com outras regras e princípios constitucionais, o que conseqüentemente, num caso concreto, não acarreta a derrogação do princípio, mas seu afastamento para a aplicação de outro, mais adequado àquela situação, como é possível verificar no recente julgado adiante transcrito:

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se, por um lado, a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios, sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe, inclusive, de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido.¹⁹¹

No caso ora ilustrado, os julgadores se renderam ao princípio da proporcionalidade, ponderando-se os dois princípios verificados naquela situação. O que era mais importante, a intimidade do réu, ou o direito à vida dos autores? “Para poder solucionar esse problema, o magistrado tem de fazer uma interpretação sistemática da Constituição e, sabendo que o direito à prova é um direito constitucional, deve valorar se esse direito pode ser efetivado no caso concreto [...].¹⁹² O direito à vida prevaleceu, e conseqüentemente a interceptação telefônica, prova ilegal, de acordo com a Constituição, foi admitida para a concretização do referido princípio.

¹⁹⁰ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. Op. cit., p. 129.

¹⁹¹ TJRS - AI n.º 70018683508 – 7.ª Câmara Cível – Comarca de Porto Alegre – Desª Maria Berenice Dias. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

¹⁹² CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 70 e 71.

Todavia, a decisão retro citada configura uma exceção, pois o princípio da proporcionalidade é pouco aplicado na esfera cível, em virtude da interpretação restritiva atribuída aos incisos X e XII do art. 5.º da Constituição Federal. Sua maior incidência se dá no âmbito do processo penal, como bem colocado por Pinheiro:

Quando estão em jogo princípios, bens jurídicos como integridade física, a vida, valores que indiscutivelmente têm maior relevância para a sociedade e para o próprio indivíduo, é mais fácil falar na aplicação da corrente intermediária, pois estes são valores evidentemente mais importantes que a proibição da prova ilícita, ou até mesmo da inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral, da intimidade, outros direitos intimamente relacionados com o princípio em estudo. Claro, também, que de pronto, é possível se afastar a prova que se tenha originado com violência, tortura – aqui não há nem como se falar em convalidação da prova, sob pena de estar convalidando a própria violência.¹⁹³

No entanto, essa resistência da admissão da prova ilícita no direito civil está perdendo sua força em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade. Pois como se tem demonstrado, com a autorização prévia da produção da prova ou a sua aceitação posterior, mediante a avaliação do caso concreto realizada pelo magistrado, tal princípio desvenda qualquer caráter absolutista que o legislador constituinte tenha pretendido impregnar nos direitos fundamentais descritos no artigo 5.º da Constituição.

Mesmo com limitada aplicação na área cível, observa-se que esta corrente vem ganhando espaço entre doutrinadores por oferecer aos jurisdicionados a efetividade do processo e da tutela jurisdicional, sem implicar em extrema abusividade, pois de acordo com esta, para o ordenamento jurídico, a prova ilícita somente seria admitida nos casos excepcionados pela Constituição Federal. Contudo, “[...] o princípio da proporcionalidade serve como um mecanismo de abertura do sistema jurídico, sensível às interpretações teleológicas capazes de viabilizar a obtenção de resultados mais justos.”¹⁹⁴

¹⁹³ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. Op. cit., p. 130.

¹⁹⁴ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 72.

4.4 DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

Os direitos da personalidade são aqueles reconhecidamente essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana. O que significa afirmar que o homem não tem direito à personalidade, haja vista que esta nasce com ele, mas dela ocorrem os desdobramentos de direitos e deveres. De outro modo, nas palavras de Azenha: “Portanto, a personalidade nasce com o indivíduo, faz parte dele, de forma que é através dela que o homem poderá adquirir e defender os outros bens.”¹⁹⁵

O constituinte se preocupou em tutelar os direitos inerentes à personalidade do homem, e para tanto o fez em vários dispositivos constitucionais, sendo que a grande parte deles se encontra no artigo 5.º e seus incisos. Dentre eles, podem-se citar os direitos relativos à intimidade e à privacidade, os quais abrangem, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5.º, inc. X); a casa (art. 5.º, inc. XI); o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5.º, inc. XII).

O direito à intimidade e à privacidade são essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana e, portanto, são entendidos como parte dos direitos da personalidade. “O enquadramento do direito à intimidade como direito da personalidade fica evidente quando notamos o caráter essencial de ambos, representando o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana.”¹⁹⁶ É dessa essencialidade dos direitos que se verificam a igualdade de características, pois são irrenunciáveis, intransmissíveis, indisponíveis e extrapatrimoniais.

O que não resta pacificado na doutrina é quanto ao significado de cada uma das expressões, intimidade e privacidade, estas são expressões sinônimas ou têm definições distintas? Fregadolli explica que grande parte dos doutrinadores brasileiros se utilizam das

¹⁹⁵ AZENHA, Nívea Aparecida de Souza. **Prova ilícita no processo civil**. 1.ª ed. 4.ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 180.

¹⁹⁶ FREGADOLLI, Luciana. Op. cit., p. 39.

expressões intimidade e privacidade como sinônimas, e ainda acrescentam outras terminologias para designar a mesma coisa, como direito ao recato e direito ao resguardo.¹⁹⁷ Ela própria em sua obra, não faz qualquer distinção entre vida privada e intimidade.

Contudo, Ferraz Júnior está entre os poucos autores que fazem a distinção entre os termos intimidade e vida privada, conforme se verifica adiante:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.¹⁹⁸

Da forma como o autor expõe o tema, entende-se que a intimidade é restrita unicamente a uma pessoa, são assuntos, objetos, circunstâncias que somente dizem respeito à esta pessoa. Diferente do que ocorre na vida privada, que fatalmente os assuntos, objetos, circunstâncias vivenciados por determinada pessoa, são partilhados com mais alguém, escolhido por aquela. Consequentemente pode-se afirmar que vida privada abrange um pequeno grupo de pessoas que são escolhidas para dividir algumas experiências, sendo que a intimidade não é partilhada com mais ninguém, são experiências secretas, que outras pessoas não devem ter acesso, senão com o consentimento de quem os possui.

Azenha segue entendimento semelhante ao de Ferraz Júnior, para tanto explica que “[...] a intimidade enquadra-se em uma esfera mais profunda, de algo mais íntimo, pessoal, que diz só respeito à pessoa e àqueles com os quais deseja partilhar algo sem que haja intromissão, investigação, divulgação.”¹⁹⁹ No entender da autora, observa-se que a intimidade pode ser compartilhada com outras pessoas, mesmo assim, não deixa de ser intimidade, e não

¹⁹⁷ Ibid., p. 42.

¹⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/49>> Acesso em: 20.02.2008.

¹⁹⁹ AZENHA, Nívea Aparecida de Souza. Op. cit., p. 190.

se confunde com vida privada, haja vista que se trata de algo muito mais específico do que é comumente encontrado na vida privada.

Oportuna e conclusiva a explicação de Fregadolli, dispensada ao tema intimidade e vida privada:

Para alguns, a vida privada é o gênero que inclui como núcleo central a intimidade; assim, a intimidade seria a parte mais reservada da vida privada. Para outros, formando por assim dizer uma outra corrente, minoritária, a vida privada é uma das facetas que integram o conceito de intimidade para fins jurídicos. A intimidade seria a categoria e a vida privada a parte mais restrita dessa categoria.²⁰⁰

Contudo, diante da variedade de entendimentos a respeito da definição de intimidade e vida privada, apresenta-se com mais acerto a distinção feita por Cambi. O autor esclarece que “[...] a esfera íntima refere-se ao âmbito pessoal de cada um, preservando do mundo exterior, onde se encontram as possibilidades para desenvolver a sua personalidade [...]”, contudo, a esfera privada é reconhecida por sua forma mais ampla, “[...] referindo-se ao setor da vida que se manifesta e é acessível a qualquer pessoa (filhos, amigos, parentes, cônjuges etc.).”²⁰¹

Todavia, independente do conteúdo que cada uma daquelas expressões representa, se distintas ou idênticas, vale lembrar que o direito à intimidade e o direito à privacidade são direitos fundamentais e estão garantidos dessa forma na Constituição, com a finalidade de proporcionar o desenvolvimento da personalidade do ser humano. Entretanto, em certas situações, os referidos direitos se chocam com outros valores que também são tutelados pelo Estado na mesma importância que aqueles, o que resulta na necessidade de sacrificar um dos direitos envolvidos. Para tanto, faz-se necessário frisar que não há, no ordenamento jurídico, direito absoluto, logo, como bem descrito por Cambi, o direito à intimidade e à privacidade também não o são.

²⁰⁰ FREGADOLLI, Luciana. Op. cit., p. 45.

²⁰¹ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 85.

Desse modo, o direito à intimidade e à privacidade não pode ser considerado absoluto, estando sujeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual pode ser limitado, para possibilitar a proteção de outros direitos, valores e interesses considerados mais relevantes para o ordenamento jurídico. Logo, a liberdade de a parte produzir prova em juízo não está a *priori* rejeitada, mas pode ser efetivada, desde que o valor que se procure ser tutelado jurisdicionalmente justifique a restrição do direito à intimidade ou da privacidade da parte contrária ou de terceiros.²⁰²

O autor elucida a questão, ao afirmar que o direito à intimidade e à privacidade não são absolutos, da mesma forma que não é absoluta a norma que proíbe as provas ilícitas no processo. Em certas circunstâncias a prova é taxada de ilícita exatamente porque foi produzida com afronta ao direito à intimidade ou à privacidade de alguém. Contudo, embora ilícita tal prova deva ser admitida nos autos para salvaguardar interesses mais importantes que o direito à intimidade. É certo que a prova considerada ilícita, por ferir um direito fundamental como a intimidade, somente será admitida nos autos depois da utilização do princípio da proporcionalidade que irá analisar qual direito deve ser preservado e, conseqüentemente, qual deverá ser sacrificado.

O que é preciso esclarecer é que, embora o direito à intimidade e à privacidade não sejam absolutos, não existe uma lista ou um critério determinante para saber quando tais direitos devem prevalecer em detrimento de outros. Sempre será indispensável verificar o caso concreto, e se utilizar o critério da proporcionalidade para verificar os direitos, valores e interesses envolvidos na situação. Contudo, existem alguns valores que são considerados de importância considerável e, por essa razão, pressupõem o afastamento do direito à intimidade e à privacidade quando em colisão. São eles os interesses coletivos. Cambi explica que os valores sociais como a segurança física, psíquica e patrimonial inerente à prevenção da ilicitude e da violência, são mais importantes e devem ser resguardados quando colidirem com o direito à intimidade e à privacidade.²⁰³

²⁰² CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 86 e 87.

²⁰³ Ibid., p. 93.

5 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

5.1 A PROVA NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO JUDICIAL E REPARAÇÃO DE DANOS

O artigo 1571 do Código Civil dispõe em seus incisos as circunstâncias que acarretam a dissolução da sociedade conjugal. A separação judicial é um dos institutos que põe fim ao casamento, e que está previsto no inciso III do referido dispositivo. O legislador apresentou, nos artigos 1572 e parágrafos, as modalidades de separações judiciais litigiosas, quais sejam:

- a) separação judicial como sanção, na qual o cônjuge inocente precisa demonstrar a ocorrência de conduta desonrosa praticada pelo cônjuge ofensor, ou ainda, qualquer ato que importe em grave violação dos deveres conjugais que torne insuportável a vida em comum;
- b) separação judicial por ruptura, forma que exige, do cônjuge/autor da ação, a prova da ruptura da vida em comum por mais de um ano consecutivo, bem como a impossibilidade de reconstituição do casamento;
- e c) separação judicial por doença, a qual exige a comprovação do acometimento por um dos cônjuges de doença grave e incurável, após o casamento, que perdura há mais de dois anos, e que importa na impossibilidade de continuação da vida em comum.

Verifica-se que as modalidades ora descritas dependem unicamente da vontade de uma das partes para ingressar com a ação de separação judicial litigiosa, diferentemente do que ocorre com a ação de separação judicial consensual, que necessita da manifestação da vontade de ambos os cônjuges para a homologação judicial. Em todas as espécies de separações judiciais se encontram requisitos para a sua concessão, conforme observado no parágrafo anterior. Na separação judicial consensual, não é diferente, além da manifestação da vontade

de ambos os cônjuges já informado acima, também se faz necessário respeitar o prazo de um ano de casamento, conforme previsto no artigo 1574 do Código Civil.

Doutrinadores criticam a imposição de certos requisitos para a dissolução da sociedade conjugal, por considerarem uma afronta ao direito à liberdade, como pensa Dias: “É absolutamente indevida a intromissão do Estado na vontade das partes, estabelecendo prazos ou identificação de ‘culpas’ para desfazer o casamento.”²⁰⁴ A manutenção de um casamento falido, só porque não é possível demonstrar a culpa de um dos cônjuges pela impossibilidade de manter a vida em comum, ou porque o prazo estabelecido por lei ainda não foi alcançado, representa uma ofensa ao princípio da dignidade humana.

Ocorre que, a legislação e a jurisprudência são claras em considerar a prova da culpa e a observância dos prazos como requisitos imprescindíveis para decretar a dissolução da sociedade conjugal através da separação judicial litigiosa. Para tanto, observa-se a decisão ora transcrita:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. FALTA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Na separação judicial litigiosa, cabe ao autor o ônus da prova. Não provada a culpa da ré, dá-se pela improcedência do pedido. (TJMG, Apelação Cível n. 201407400, Rel. Des. Campos Oliveira, Public. 10/04/2001).²⁰⁵

Quanto à interferência do Estado no Direito de Família, oportuno é o comentário de Rodrigo da Cunha Pereira ao defender o princípio da autonomia e da menor intervenção do Estado, esclarecendo que esta interferência ocorre tão-somente com o “condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.”²⁰⁶

²⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3.^a ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255.

²⁰⁵ TJMG, Apelação Cível n. 201407400, Rel. Des. Campos Oliveira, Public. 10/04/2001. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

²⁰⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Op. cit., p. 157.

Os laços afetivos entre o casal, ou melhor, a inexistência da afetividade não é causa para a separação litigiosa segundo a legislação. O Estado interfere nas relações conjugais, nos sentimentos dos cônjuges, impondo quesitos formais para a dissolução da sociedade conjugal, a qual é concebida em razão do afeto entre ambos. Para tanto, cabe ao cônjuge, autor da ação de separação judicial litigiosa na modalidade sanção provar a culpa do cônjuge ofensor, caso contrário é obrigado a continuar vivendo num casamento que só existe formalmente.

Assim, para satisfazer a vontade do legislador, faz-se necessário demonstrar, nas separações judiciais litigiosas, objeto do presente estudo, a realização de conduta desonrosa, ou a configuração da grave violação dos deveres do casamento, acarretando a impossibilidade de manter a vida conjugal. Ocorre que, a violação de alguns dos deveres do casamento é de difícil comprovação, como é o caso da quebra do dever “fidelidade recíproca”. Situações estas que resultam em muitas decisões de improcedência do pedido de separação judicial litigiosa sanção.

Todavia, a comprovação do descumprimento do dever de fidelidade entre os cônjuges se torna mais acertado, ou melhor, indispensável nos casos em que a ação de separação judicial litigiosa é cumulada com o pedido de reparação de danos. Ou, então, nos casos em que se pretende fazer o pedido de reparação de danos após a decisão de procedência da ação de separação judicial, na qual resta declarada a culpa de um dos cônjuges, pois, de posse do referido documento o cônjuge ofendido pode ingressar com a ação de reparação de danos materiais e morais. Para tanto, deverá demonstrar em juízo quais foram os danos causados.

5.2 A PROVA DA INFIDELIDADE CONJUGAL

Conforme verificado nos tópicos anteriores, a quebra do dever de fidelidade, que a legislação estabelece que deva haver entre os cônjuges, configura o adultério ou a injúria grave, as quais são causas para a separação judicial litigiosa na modalidade sanção. Contudo, além da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal com base em quaisquer das causas supramencionadas, o cônjuge ofendido pode ainda ingressar com a ação de reparação de danos materiais e morais com fundamento na infração do referido dever.

No âmbito da prova, significa que o cônjuge ofendido, autor da ação, deve comprovar a violação do dever de fidelidade, e deve fazê-lo tanto na ação de separação judicial, para que então ocorra a dissolução da sociedade conjugal, quanto na ação de reparação de danos, para ser indenizado dos prejuízos causados pelo cônjuge ofensor. Se a transgressão do dever de fidelidade recíproca implicar em adultério, caberá ao cônjuge ofendido demonstrar a existência da relação extraconjugal do cônjuge ofensor, bem como comprovar que este manteve contato físico com terceiro, haja vista que para a configuração de tal contato, faz-se indispensável que ocorra a prática de sexo no relacionamento extraconjugal vivido pelo cônjuge ofensor.

Contudo, a prova do adultério é demasiadamente complexa, pois para demonstrar a ocorrência da referida conduta, seria necessário um flagrante do ato sexual registrado por vídeos, fotografias e testemunhas, situações consideradas ofensivas a intimidade do cônjuge envolvido e a do terceiro. Porém, nos casos em que da relação extraconjugal resultou o nascimento de filho, e sendo este registrado pelo cônjuge ofensor, poderá o cônjuge ofendido comprovar o adultério com a prova documental, ou seja, com a certidão de nascimento do filho extramatrimonial.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autorreconvindo seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria - Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida Inteligência dos arts.

1566, I, e 1573, I, do Código Civil - Adulterio que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos — Adulterio demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal - Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes - Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada - Caracterização de dano moral indenizável - Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral – Indenização fixada em RS 45.000,00 - Alimentos - Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade - Recurso provido.²⁰⁷

No entanto, quando a violação do dever de fidelidade recíproca ocorre sem o contato físico entre as partes, acarreta na configuração da injúria grave, o que não significa que não ocorreu a prática de sexo entre os envolvidos, mas tal fato é desconhecido do cônjuge ofendido ou este não tem como provar o adultério. Para tanto, caberá ao cônjuge ofendido comprovar a existência da relação extraconjugal do cônjuge ofensor por outros meios, por exemplo, com cartas de amor, testemunhas, e quando a injúria grave é conseqüência de infidelidade virtual, também podem ser utilizados e-mails e arquivos digitais. Mas desde que a colheita destas provas não resulte em violação do direito à intimidade do cônjuge ofensor. É prudente lembrar que a interceptação “*stricto sensu*” e a escuta telefônica são consideradas provas ilícitas, especialmente se produzidas sem a autorização judicial.

Dessa forma, à título de exemplo seguem algumas situações envolvendo a produção de prova da infidelidade que não acarretam a ofensa ao direito à intimidade do cônjuge infiel: Correspondências abertas pelo cônjuge ofensor, que ele tenha deixado em ambiente neutro, e que o conteúdo daquelas comprove a existência de relacionamento extraconjugal. Ou ainda, cartas escritas pelo cônjuge infiel para o amante, porém, não lacradas e em lugar que o cônjuge ofendido tenha acesso sem invadir a privacidade de seu consorte; Outro meio de prova lícita são as testemunhas que saibam do relacionamento extraconjugal vivido pelo

²⁰⁷ TJSP - Apelação Com Revisão 5393904900. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): Luiz Antonio de Godoy. Data do julgamento: 10/06/2008. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>> Acesso em: 20.02.2008.

cônjuge infiel. Embora seja uma prova frágil, unidas a outros meios de provas auxiliam no convencimento do magistrado.

Se a infidelidade cometida for virtual, conforme já mencionado os e-mails e arquivos digitais podem ser utilizados para comprovar a conduta desonesta do cônjuge ofensor. Mas os cuidados com a colheita dessas provas são os mesmos já referidos no parágrafo anterior, e, ainda, tais documentos só terão a eficácia de prova se criptografados, caso contrário apenas serão considerados como indícios. Nestes casos, não acarreta a violação da intimidade do cônjuge infiel, quando este mantém arquivos digitais que o denuncie em computador da família, o qual também é acessado pelo cônjuge vítima. Ou ainda, quando o cônjuge infiel deixa, qualquer que seja o computador, sua caixa de correspondência eletrônica aberta com livre acesso para qualquer pessoa, inclusive o seu consorte. Do mesmo modo, não há violação da intimidade se o cônjuge deixa registrada a senha do seu e-mail no site, o que facilita o acesso a terceiros.

Nas situações ora examinadas as provas não são ilícitas porque não houve violação à intimidade, e muito menos ao sigilo de correspondência, ambos assegurados pela Constituição como direitos fundamentais. A negativa à ofensa se justifica uma vez que as cartas estavam em lugar neutro, de conhecimento do cônjuge ofendido e de outras pessoas da família. Acerca do sigilo de correspondência, também não ocorre à violação deste, haja vista que as correspondências estavam abertas, sem o lacre. No caso dos e-mails e arquivos digitais também não resta configurada a violação dos direitos fundamentais do cônjuge infiel, pois este concedeu livre acesso ao seu cônjuge quando disponibilizou a senha da sua caixa de correspondência eletrônica, bem como quando armazenou arquivos digitais no computador usado pela família. Para tanto, com o intuito de ilustrar as afirmações consignadas no presente parágrafo, transcreve-se trecho do artigo que comenta a sentença do Juiz responsável pela 2.^a Vara Cível do TJDF:

Também vítima de traição, uma ex-esposa pediu judicialmente a reparação, a título de dano moral, pela traição virtual do ex-marido. Segundo os emails impressos e juntados aos autos pela autora, além da prática de “sexo virtual” com a amante, o infiel cônjuge comentava sobre o mau desempenho sexual da companheira. Para o magistrado, “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”. Sobre a violação dos dados, o juiz considerou que 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”, concluiu. Interessante frisar que a ação indenizatória, registrada sob o n.º 2005.01.1.118170-3, não está tramitando em segredo de justiça.²⁰⁸

Contudo, na grande maioria dos casos, as provas da quebra do dever de fidelidade são obtidas por meios ilícitos, em razão da violação dos direitos fundamentais do cônjuge. E é de praxe que não sejam admitidas nos autos. Todavia, com base no entendimento de que as normas constitucionais não são absolutas, e, ainda, que tais normas não podem ser utilizadas para proteger condutas ilícitas, no próximo item será verificado como se dá a solução quando ocorre a colisão entre os direitos fundamentais.

5.3 A RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO

O adultério e a injúria grave representam a grave violação do dever de fidelidade recíproca, e também estão elencados dentre os motivos que, uma vez caracterizados, impossibilitam a comunhão de vida. Contudo, a prova do adultério ou da injúria grave, conforme observado anteriormente, na grande maioria dos casos, exige a violação ao direito à intimidade do cônjuge ofensor, o que é expressamente proibido por norma constitucional,

²⁰⁸ CASTRO, Leonardo. **Marido é condenado pela prática de “sexo virtual”**. Disponível em: <<http://respci.blogspot.com/2008/05/marido-condenado-pela-prtica-de-sexo.html>> Acesso em: 20.06.08.

inclusive. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada são direitos fundamentais e estão prescritos no artigo 5.º, X, da Constituição Federal. Da mesma forma, são invioláveis as comunicações telefônicas e o sigilo das correspondências, previstas no inciso XII do referido dispositivo.

Desse modo, está clarificada, pelos dispositivos retro citados, a impossibilidade de fazer uso da interceptação telefônica ou de correspondência pelo cônjuge traído como prova para demonstrar o descumprimento do dever de fidelidade recíproca. Nesse sentido, transcreve-se a jurisprudência adiante:

PROVA – PRODUÇÃO – SEPARAÇÃO JUDICIAL – ADULTÉRIO –
Comprovação mediante apresentação de gravações telefônicas do cônjuge. Ilicitude de prova. Art. 5.º, X, XII e LVI, da CF. (TJSP – MS 198.089-1 – 8.ª C. – Rel. Dês. José Osório – J. 15.09.1993) (RJTEJSP 149/193)²⁰⁹

Todavia, conforme observado nos itens anteriores, as normas constitucionais não são absolutas em virtude de co-existirem com outras regras e princípios constitucionais, o que legitimam a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual o magistrado deve analisar o caso concreto e sopesar os bens jurídicos e/ou valores que circundam a situação, e se posicionar no sentido de proteger o valor de maior importância para a sociedade.

Ademais, não se deve proteger um direito que inibe o conhecimento da verdade. Ou seja, não é justo que determinada pessoa que cometeu um ato ilícito tenha assegurado o seu direito à intimidade quando, somente diante da violação deste, seria possível comprovar a referida conduta. É certo que a sobrevalorização de um direito pode implicar em sanção para inocentes. Nesse sentido, é patente afirmar que a elevada proteção do direito à intimidade em detrimento da prova obtida por meios ilícitos, em certas situações, fatalmente, acarretará na salvaguarda de práticas ilícitas. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Cambi argumenta

²⁰⁹ TJSP – MS 198.089-1 – 8.ª C. – Rel. Dês. José Osório – J. 15.09.1993 (RJTEJSP 149/193). Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>> Acesso em: 20.02.2008.

que: “O direito à intimidade e à privacidade do cônjuge que comete adultério não pode, pois, ser colocado acima do direito do cônjuge desrespeitado em sua honra de demonstrar a conduta desonrosa, que importa a violação dos deveres do casamento [...]”²¹⁰ O autor explica que diante da colisão entre o direito à intimidade do cônjuge ofensor e o direito à honra do cônjuge ofendido, em razão da quebra do dever de fidelidade do primeiro, deve-se, sem se esquecer de utilizar o princípio da proporcionalidade, assegurar o direito à honra, também tutelada pelo Constituição (art. 5.º, X), e admitir a prova obtida por meios ilícitos.

Para tanto, Cahali considera perfeitamente possível a violação do direito à intimidade ou do direito à privacidade quando for para provar o adultério do cônjuge ofensor em ação de separação judicial. Nesse sentido, o autor é categórico: “O ingresso da prova obtida por meio de interceptação de conversa telefônica em seu sentido lato nos autos de ação de separação judicial é admitida de modo incondicional [...]”²¹¹

Andrade confere um entendimento a favor da admissibilidade da prova do adultério através da interceptação lato senso. O autor considera uma aberração, julgar improcedente a ação de separação judicial, em razão da prova da infidelidade ter sido obtida por meio ilícito.²¹² A improcedência da ação de separação judicial nesses casos é uma sentença de infelicidade conjugal, pois mantém o vínculo matrimonial, verdadeira humilhação para o cônjuge inocente, que comprovou o adultério. Mesmo quando obtida por meio ilícito, a originalidade da gravação pode ser comprovada por perícia. Assim, se por intermédio da escuta telefônica restou demonstrado a verdade dos fatos, é esta que deve prevalecer e não a intimidade do cônjuge ofensor.

²¹⁰ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 91.

²¹¹ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação, Tomo 1. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 731 a 737.

²¹² ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. A aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 126, agos. 2005, p. 238.

Embora o presente trabalho não trate especificamente sobre as provas obtidas por intermédio da interceptação telefônica e suas espécies, faz-se oportuno acompanhar o pensamento dos autores Cahali e Andrade, os quais são favoráveis a comprovação da verdade dos fatos mediante o sacrifício do direito à intimidade do cônjuge que viola à honra de seu consorte ao infringir o dever de fidelidade recíproca. No entanto, vale lembrar que a própria Constituição, no artigo 5.º, XII, abre ressalva com relação a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Portanto, as provas obtidas com a utilização daquelas técnicas têm o respaldo constitucional para serem aceitas nos autos, inclusive no processo civil, pois conforme já observado, não há motivos para diferenciar o processo civil do processo penal.

Todavia, o dispositivo constitucional retro mencionado não abre qualquer exceção quanto a inviolabilidade do sigilo de correspondência, fazendo crer que seria impossível a admissão nos autos de prova de determinado fato produzida mediante a quebra do sigilo de correspondência. Entretanto, como já foi superado que não existem normas absolutas na Constituição, defende-se que a violação do sigilo de correspondência alheia, desde que previamente autorizada pelo magistrado, deve ser admitida nos autos, contudo Cambi ensina que é preciso observar certos requisitos para a concessão da autorização judicial:

Do mesmo modo, havendo suspeita de adultério, o cônjuge que, tendo observado o recebimento de correspondência para o seu marido ou para a sua esposa, obtém autorização judicial para verificar o seu conteúdo não comete o crime previsto no art. 151, § 1.º, CP. Não constitui crime, porque o apossamento não é indevido, mas precede de autorização judicial que reconhece o exercício regular de um outro direito considerado mais relevante (exegese do art. 57, inc. II, e, Lei 4.117/1962), podendo a correspondência ser utilizada como meio de prova para embasar a pretensão contida em ação de separação judicial litigiosa, por infidelidade conjugal.²¹³

Portanto, partindo-se do entendimento de Cambi, que havendo suspeitas da infidelidade do cônjuge bem como prévia autorização judicial, pode o outro se apropriar da

²¹³ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 90.

correspondência de seu consorte, bem como abri-la para conhecer o conteúdo desta, e ainda, em caso de comprovação das suspeitas, utilizar a correspondência como meio de prova sem que com isso se configure a violação do direito à privacidade e a quebra do sigilo de correspondência. O mesmo raciocínio pode ser utilizado para as correspondências eletrônicas. Se um dos cônjuges suspeitar que seu consorte esteja cometendo infidelidade virtual, ou mesmo, desconfia que ele armazene e-mails com conteúdo que comprove a infidelidade, não configuraria a quebra do sigilo o acesso a tais correspondências ou a arquivos digitais gravados no disco rígido do computador, desde que autorizadas pelo juiz.

Mas ainda há outras ferramentas construídas em razão dos avanços tecnológicos, as quais se prestam a auxiliar o cônjuge que suspeita de seu consorte. Essas ferramentas são chamadas vulgarmente como detetives virtuais, conforme explica Pinheiro:

Há uma série de programas de computadores para todos os fins e bolsos capazes de grampear mensagens e replicá-las para outras pessoas. Programas como Spector Pro 5.0, eBlaster, Keylogger e SreenLogger são instalados nas estações de qualquer computador por meio de um e-mail. Passam, então, a enviar informações de tudo o que se faz na máquina. Pode-se baixar o programa em casa, mas quem não entende de informática costuma procurar um serviço especializado. Por cerca de 2000 reais, o detetive vai até o computador do casal, instala o programa e passa a acompanhar a correspondência.²¹⁴

Nesses casos não há ofensa à intimidade ou quebra do sigilo de correspondência, pois o programa foi instalado no computador do casal. Para diluir qualquer dúvida a respeito da inserção do programa denominado de “detetive virtual” no computador usada pela família, faz-se um comparativo com a seguinte situação descrita por Cambi:

Não há, todavia, violação da regra contida no art. 5.º, inc. XI, CF, se o detetive privado ou qualquer terceiro entrar na casa com o consentimento de um dos cônjuges, porque, para que o direito à inviolabilidade do domicílio se caracterize, é indispensável o dissenso do morador. Nessa hipótese, o detetive poderia ficar escondido na casa do casal e flagrar um ato ilícito (v.g., presenciar um adultério).

²¹⁴ PINHEIRO, Daniela. Op. cit., p. 83.

Na analogia feita acima, observa-se que a entrada do detetive no domicílio do casal, desde que consentida por um dos cônjuges, não acarreta na configuração de crime de invasão de domicílio. Da mesma forma, a instalação de programa no computador do casal, com a finalidade de verificar se um dos cônjuges está violando o dever de fidelidade, não viola os direitos fundamentais deste.

Cernicchiaro *apud* Andrade ensina que “a intimidade, juridicamente, é o direito que alguém tem de não ser perturbado pela sociedade.” Contudo, no que diz respeito à infidelidade conjugal, “o comportamento de um dos cônjuges é de interesse do outro cônjuge.” O que significa que, “não se pode desconhecer o direito, tanto do marido quanto da mulher, de fazer a fiscalização constante e permanente do comportamento do consorte.”²¹⁵ Ou seja, não há o que se falar em intimidade entre os cônjuges quando está em jogo a manutenção do casamento.

Portanto, se o legislador impôs como pressuposto para a decretação da separação judicial litigiosa ou para o pedido de reparação de danos a demonstração da culpa, e esta somente é possível por intermédio de provas obtidas através da invasão da privacidade do outro cônjuge, tal prova deve ser admitida. A aplicação do princípio da proporcionalidade acarreta na valorização do reconhecimento da verdade do fato, até porque, conforme observado anteriormente, os cônjuges têm dever de fiscalização entre si, o que diminui a relevância da intimidade quando um deles descumpre o dever de fidelidade recíproca.

²¹⁵ ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. Op. cit., p. 240.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família monogâmica nasce em meio a circunstâncias históricas que desfavoreceram o envolvimento afetivo entre os nubentes interessados em contrair matrimônio. A supressão do afeto na fase inicial, de desenvolvimento, da família monogâmica ocorre devido a característica patrimonial do casamento. Este somente era realizado por conveniências, ou seja, sua celebração estava condicionada às vantagens econômicas que cada cônjuge receberia ao aceitar se casar. O formalismo do casamento, existente ainda nos dias de hoje, também é atribuído à característica patrimonial, para que apenas os filhos nascidos dessa relação oficial sejam beneficiados com a herança deixada pelo pai. E, desse modo, a monogamia vai ganhando contornos especificamente patrimoniais e não afetivos.

Se com a monogamia a mulher casada está impedida de manter relacionamentos com terceiros, é para que o marido tenha certeza de que os filhos nascidos durante o casamento são seus, e para que nenhum “bastardo” venha a se beneficiar de um direito que legitimamente não assiste. A superioridade do homem instala a característica patriarcal na família monogâmica, o que propicia ao homem privilégios não permitidos a mulher. O poder conferido ao homem pela sociedade se verifica com a possibilidade do homem em manter fora do casamento outros relacionamentos sexuais, nos quais encontrava o afeto que o casamento não proporcionava. A mulher estava impedida de cometer adultério, a punição para tal infração era severa, contudo, não a impedia de vivenciar suas paixões extraconjugais.

Desse modo, se observa que a infidelidade dos cônjuges na família monogâmica acontece por inúmeros fatores, entre eles a preocupação com o patrimônio, com a legitimidade dos filhos, com a inexistência de afeto na relação e com a desigualdade entre os cônjuges. No entanto, embora a sociedade atual tenha resolvido alguns dos problemas

apontados acima, dificilmente, nos dias de hoje, se encontram casamentos por conveniência, os nubentes se casam apaixonados um pelo outro; a legitimidade dos filhos deixou de ser um problema, pois aos filhos foram conferidos os mesmos direitos, independente de terem nascido de uma relação matrimonial ou extramatrimonial; Aos poucos a desigualdade que existia entre o homem e a mulher está desaparecendo. Contudo, a infidelidade entre os cônjuges se mantém como preocupação permanente e, para tanto, o Estado estabeleceu interditos sexuais para impedir que a monogamia se torne uma poligamia informal.

O ordenamento jurídico recepciona o princípio da monogamia como uma forma de organizar as relações conjugais, tutelando apenas as relações constituídas por casais, independente do sexo. Nesse sentido, a Constituição Federal passou a proteger as famílias constituídas pelo casamento, união estável e união homossexual, embora esta última não esteja expressamente prevista no texto constitucional. Em contrapartidas, os membros que compõem as relações concubinárias não recebem os mesmos direitos, pois são relações que violam o princípio da monogamia, haja vista que o concubinato é assim denominado porque simultaneamente a ele está sendo mantida uma família constituída por casamento. A quebra do referido princípio ocorre quando uma determinada pessoa mantém simultaneamente duas famílias conjugais.

Já o dever de fidelidade e o adultério são figuras denominadas de interditos sexuais. São proibições destinadas aos cônjuges para que a sua prática não resulte na violação do princípio da monogamia. Para tanto, a quebra do dever de fidelidade, consequência do adultério ou da injúria grave, pode acarretar a dissolução da sociedade conjugal, devido a gravidade que as referidas condutas representam ao instituto do casamento. Mas aos poucos está se firmando entendimento que a prática de adultério ou injúria grave cometida por consorte para com o cônjuge ofendido também resulta em danos morais, em razão da violação ao direito à honra. Contudo, antes de tratar das consequências da quebra do dever de

fidelidade recíproca, faz-se necessário examinar a nova figura oportunizada pela internet, a infidelidade virtual.

A internet favoreceu a todos, de forma geral, com seu vasto conteúdo de acesso fácil e rápido e, nas questões sentimentais, oferece também *sites* de relacionamentos virtuais. Muitos casamento e uniões já se concretizaram devido a encontros em bate-papo, *chats*, *messenger*, ou seja, as ferramentas são inúmeras e as pessoas não precisam sair de casa para conhecer alguém para iniciar um relacionamento. Ocorre que pessoas casadas também fazem uso desses *sites*, através deles conhecem pessoas, praticam “sexo virtual”, iniciam relacionamentos virtuais, tudo sem a ciência de seu cônjuge. Os referidos relacionamentos virtuais afrontam o dever de fidelidade recíproca, pelo menos em determinados casos. Tal afirmação se justifica porque o adultério e a injúria grave são considerados condutas graves, pois, além de infringirem o dever de fidelidade ofendem a honra do cônjuge inocente, e faz com que a convivência entre o casal se torne insuportável, levando à dissolução da sociedade conjugal. Todavia, a infidelidade virtual acarreta as mesmas conseqüências causadas pelo adultério ou pela injúria, uma vez que a ofensa à honra, nos casos da infidelidade virtual, não ocorre porque o cônjuge infiel mantém contato físico com terceiro, elemento que configura o adultério, mas porque a ofensa é resultado da quebra de confiança, da exposição da intimidade, da cumplicidade que existe entre os cônjuges.

Portanto, e utilizando-se de bom senso, pode-se afirmar que os relacionamentos virtuais extraconjugais configuram a infidelidade virtual quando aqueles são vividos de forma intensa pelo cônjuge infrator, ou seja, que o contato virtual seja periódico, que ocorra a troca de confidências, afeto, fantasias, e que para este cônjuge, o parceiro virtual tenha uma identidade. Observa-se que se trata de um relacionamento como outro qualquer, contudo sem contato físico. Consequentemente, não caracterizaria infidelidade virtual quando a entrada em bate-papos ou coisas do gênero é feita de forma aleatória, pois nesses casos a prática de sexo

virtual se compara ao uso de revistas e filmes pornográficos, sem qualquer ameaça ao casamento. Já a infidelidade virtual quando configurada nos moldes propostos, ela tem potencial de violar o princípio da monogamia, fazendo daquele relacionamento virtual algo real e permanente.

A configuração da infidelidade virtual acarreta na quebra do dever de fidelidade recíproca, o que resulta em duas modalidades de causas de separação judicial, quais sejam, injúria grave ou conduta desonrosa. Porém, a infidelidade virtual não caracteriza adultério, pois parte-se do princípio que não houve contato físico entre os amantes. O fato de existir essa divergência doutrinária quanto ao termo adequado para fazer referência a consequência provocada pela infidelidade virtual, somente reforça a idéia de que de uma forma ou de outra esta espécie de infidelidade representa uma grave violação ao dever de fidelidade, bem como pode tornar insuportável a convivência entre os cônjuges, ensejando a separação judicial.

No entanto, além da separação judicial, uma corrente doutrinária está ganhando espaço com o entendimento de que a quebra dos deveres conjugais, ao menos de alguns, deve ser considerada como o cometimento de ato ilícito, o qual deve ser reparado material ou moralmente. Portanto, seguindo esta linha de raciocínio, ao cônjuge ofendido são oferecidos dois remédios, quais sejam, o direito à dissolução da sociedade conjugal através da separação judicial e, ainda, o direito à reparação dos danos oriundos da quebra dos deveres conjugais. Ademais, conforme observado, o potencial ofensivo da infidelidade virtual é comparado ao do adultério, logo, se o adultério é causa para a separação judicial e também conduta que gera danos morais ao cônjuge ofendido, os mesmos efeitos devem ser atribuídos a infidelidade virtual.

É fato que tal entendimento é minoritário, e os argumentos contrários são contundentes, mas uma forma de solucionar os problemas verificados pela doutrina quanto à reparação dos danos pela quebra dos deveres, é a criação de critérios específicos nesses casos,

ou seja, a lei estabelece que o prazo prescricional de três anos para o ingresso da ação de reparação de danos morais. No caso de ocorrência da transgressão dos deveres conjugais, particularmente o de fidelidade recíproca, o prazo deve ser inferior para não configurar o perdão tácito. Assim, o cônjuge ofendido ao ingressar com a separação judicial pode cumular a esta o pedido de reparação de danos, ou ainda, aguardar a sentença com a declaração da culpa do cônjuge infiel para dentro de um prazo mínimo, por exemplo, de seis meses a um ano ingressar com a ação de reparação de danos. O pedido de separação também não deve ultrapassar os prazos mencionados. Portanto, o pedido de reparação não poderia ser aceito na ação de divórcio, pelos seguintes motivos: primeiro, na ação de divórcio a culpa não é discutida, esta apenas é possível na separação judicial na modalidade sanção; segundo, o pedido de divórcio somente é possível depois de transcorrido um ano da sentença que o decretou, ou dois anos da separação de fato. Tais prazos são superiores aos sugeridos.

Ao que parece, não há outros impedimentos para a concessão de reparação de danos quando demonstrado em juízo a quebra do dever de fidelidade, por exemplo. Argumentos no sentido de que a reparação de danos nesses casos representaria punição dupla, *bis idem*, já foram superados. Sabe-se que os alimentos garantidos ao cônjuge inocente somente serão concedidos se demonstrada a necessidade, logo não devem ser comparados a uma sanção. As demais sanções previstas, ou seja, quanto à manutenção do sobrenome pela esposa infiel, foi verificado que somente se destina a mulher e, tal sanção é relativa, o que significa que a cônjuge infiel pode manter o sobrenome do marido quando demonstrar prejuízo em perdê-lo. No entanto, o marido infiel não sofre qualquer punição, pois, embora seja permitido que ele utilize o sobrenome da esposa, isso não representa um costume na sociedade brasileira.

Na verdade a procedência do pedido de reparação de danos oriundos da infidelidade virtual somente esbarrará na fase probatória. Os relacionamentos virtuais se realizam através de conversas em *messenger*, bate-papo, e-mails, *chats*. Portanto, a prova do relacionamento

virtual fica armazenada na própria caixa de mensagens do correio eletrônico, ou arquivadas no disco rígido do computador. Os e-mails são comparados a correspondências, porém, eletrônicas, as quais são consideradas como documentos eletrônicos; da mesma forma, os arquivos digitais também estão abrangidos pela definição de documentos.

Ocorre que os documentos eletrônicos são de fácil adulteração e de difícil identificação da autoria, por isso, se diz que não têm eficácia probatória. Entretanto, tal afirmação não procede. A eficácia probatória do documento eletrônico está garantida quando estes documentos são protegidos pelas técnicas de criptografia, impedindo a adulteração do conteúdo do documento. Uma vez criptografados, dificilmente, será possível adulterar tal documento, e, caso isso ocorra, é possível identificá-lo através de perícias. Quanto à autoria desses documentos, as assinaturas digitais foram criadas com esta finalidade, portanto os cartórios certificadores são responsáveis em criar as referidas assinaturas, as quais são únicas, verdadeiras impressões digitais, ou seja, se os e-mails ou arquivos digitais com a prova da infidelidade estiverem protegidos com tais técnicas, a segurança da prova é certa, e deve ter o mesmo valor que seria atribuído a um documento particular assinado.

Entretanto, o fato dos documentos eletrônicos não estarem protegidos com os recursos de segurança proporcionados pela criptografia, tais documentos não perdem sua eficácia probatória, pois podem ser utilizados como prova indiciária. Sabe-se que o valor dos indícios é inferior ao valor da prova propriamente dita, contudo, por intermédio dos indícios, o magistrado pode apurar a verdade dos fatos. Conforme verificado, os indícios comprovam fato secundário, o qual auxilia o juiz a formar presunções para a comprovação do fato principal. Desse modo, embora a eficácia dos indícios não seja a mesma do documento eletrônico criptografado, ainda assim não deve ser menosprezado como prova.

Em alguns casos, embora a segurança probatória dos documentos eletrônicos esteja garantida, as referidas provas correm o risco de não serem admitidas nos autos em razão da

forma como foram produzidas. A Constituição Federal estabelece a proibição, no processo, de provas obtidas por meio ilícito. Então, a prova seria ilícita quando colhida com a infração de norma constitucional. Portanto, entende-se que a prova será ilícita, por exemplo, quando violada a privacidade, a intimidade e o sigilo de correspondência de determinada pessoa, haja vista que os direitos ora mencionados são fundamentais para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Porém, entende-se que há situações que a produção da prova não a faz ilícita. Por exemplo: se os arquivos digitais com conteúdo que demonstram a infidelidade do cônjuge são de fácil acesso ao outro consorte, mediante conhecimento de senha, ou na falta dela e por se tratar de documentos arquivados no computador comum ao casal. Compreende-se que não há violação de correspondência ou invasão à intimidade do cônjuge quando este deixa a caixa de correio eletrônica aberta, ou a senha está disponível. Ainda, considera-se que não há violação de nenhum direito fundamental quando se instala em computador comum ao casal, sem que um dos cônjuges saiba, para o monitoramento das mensagens deste. É claro que nesses casos relacionados ao sigilo de correspondência, seria prudente requerer a autorização judicial, com a justificativa nas suspeitas de infidelidade conjugal.

Há casos em que a colheita da prova da infidelidade do cônjuge resulta na violação do sigilo de correspondência, na invasão da intimidade e da privacidade deste, no entanto, entende-se que tais provas mesmo ilícitas não devem ser proibidas no processo. São duas as justificativas para a admissibilidade nos autos das provas obtidas por meio ilícito. A primeira delas informa que havendo colisão entre o direito à intimidade do cônjuge que comete a violação grave do dever de fidelidade não deve ser protegida em detrimento do direito à honra do cônjuge que sofreu tal dano, ou seja, nesses casos para resolver a colisão de direitos fundamentais, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade. Cabe ao juiz sopesar os valores envolvidos. Especialmente, porque a tutela dos direitos fundamentais não deve servir

para proteger práticas ilícitas. Sendo justo, portanto, o sacrifício do direito à intimidade em virtude da relevância do direito à honra. A segunda justificativa está relacionada à intimidade dos cônjuges, a qual deve ser considerada relativa, pois, em um relacionamento conjugal, determinados segredos não compartilham com a idéia de comunhão de vida que o casamento estabelece.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, R. R. Responsabilidade civil no direito de família. In: **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 359-371, 2004.

ANDRADE, A. G. X.. A aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 126, p. 219-245, ago/ 2005.

AVOLIO, L. F. T. **Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas**, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

AZENHA, N. A. S. **Prova ilícita no processo civil**. 1.^a ed. 4.^a tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROS, S. R.. Ideologia da família e a vacatio legis. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 11, p. 05-15, out-nov-dez/2001.

_____. Ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 14, jul-ago-set/2002, pp. 05-10.

BEMBOM, M. V. Infidelidade virtual e culpa. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 5, abr-mai-jun/2000, pp. 29-35.

BRASIL, A. B. Adultério na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1832>>. Acesso em: 30.12.2007.

_____. **Informática jurídica: o ciber direito**. Rio de Janeiro: A. Bittencourt Brasil, 2000.

BRUM, J. M. **Divórcio e separação judicial**, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

CAHALI, Y. S. **Divórcio e separação**, 9.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAMBI, E. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPRIO, F. S. **Infidelidade conjugal**. São Paulo: Ibrasa, 1967.

CARLOMAGNO, F. **Aspectos penais e civis da infidelidade virtual**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/17/88/1788/>> Acesso em: 09.10.2006.

CARRARO, L. **Il diritto sul documento**. Padova: CEDAM, 1941.

CARVALHO NETO, I. A culpa na separação judicial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 30, p. 50-62, jun-jul/2005.

_____. **Separação e divórcio: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTRO, L. **Marido é condenado pela prática de “sexo virtual”**. Disponível em: <<http://respci.blogspot.com/2008/05/marido-condenado-pela-prtica-de-sexo.html>> Acesso em: 20.06.2008.

CAVALIERI FILHO, S. Responsabilidade civil no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, 48, p. 69-84.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. v. III. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Liebman. São Paulo: Saraiva, 1985.

COMPORTAMENTO. Adultério virtual. Disponível em: <<http://www.traida.net/oqetraicao/index.cfm>> Acesso em: 10.10.2006.

COSTA JÚNIOR, P. J. **Curso de direito penal, parte especial**, vol. 3, 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.992.

COSTA, C. S. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

COSTA, S. H. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 133, p. 85-120, mar/2006.

CUNHA PEREIRA, R. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DELMANTO, C. **Código penal comentado**, 5.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 3.^a ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O dever de fidelidade. **Revista AJURIS**, n. 85, t. I, mar/2002, p. 479.

DINIZ, D. M. Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, p. 52-95, abr-jun/2001.

_____. **Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação dos arquivos digitais como documentos**. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 5, 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 5, 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução: Leandro Konder. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FARIAS, C. C. A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 18, p. 49-82, jun-jul/2003.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/49>> Acesso em: 20.02.2008

FERREIRA, A. B. H. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Tradução: Maria Tereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhon Albuquerque. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

FREGADOLLI, L. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GAMA, G. C. N. Prova do fato jurídico no código civil de 2002. In: **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, p. 589-613, 2007.

GICO JÚNIOR, I. T. O arquivo eletrônico como meio de prova. **Repertório IOB de Jurisprudência**. 1.^a quinzena de agosto de 2000 – p. 329-325, n.º 15/2000 – Caderno 3.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1.^a parte)**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, L. A prova no processo civil: o código de 1973 ao novo código civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n.º 15, p. 76-94, jun/2004.

GRINOVER, A. P. Provas ilícitas. In: **O processo em sua unidade-II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GRISARD FILHO, W. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, M. S. **Adultério virtual, infidelidade virtual**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros40.html>> Acesso em: 11.10.2006.

JESUS, D. E. **Direito penal**. parte especial, vol. 3, 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.999.

LACAN, J. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**: ensaio de análise de uma função em psicologia. Tradução: Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara M. da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LAYTON-THOLL, D. **Casos extra-conjugais**: qual é a motivação? Disponível em: <<http://www.adulterio.hpg.ig.com.br/pesquisa.html>> Acesso em: 09.10.2006

LEITE, E. O. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. V. 1. Curitiba: Juruá, 1991.

LEITE, G. **Infidelidade virtual**. Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp/ccd=3ctd=922>> Acesso em: 04.02.2003.

LERNER, T. O sexólogo eletrônico. **Revista Viver Psicologia**, ano V, n.º 48, p. 08 e 09, dez/1996.

LÔBO, P. L. N. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 26, p. 05-17, out-nov/2004.

LOPES, J. B. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MADALENO, R. A infidelidade e o mito causal da separação. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 11, p. 148-160, out-nov-dez/2001.

_____. O dano moral no direito de família. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, p. 529-555, 2006.

MAIA, L. P.; PAGLIUSI, Paulo Sérgio. **Criptografia e Certificação Digital**. Disponível em: <http://www.training.com.br/lpmaia/pub_seg_cripto.htm> Acesso em 29.10.2006.

MARCACINI, A. T. R. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <www.advogado.com/internet/zip/tavare.htm> Acesso em: 29.10.2006.

MARÇAL, S. P.. Certificado digital: Autenticidade e segurança. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, Ano XI, n.º 250, 15 de junho de 2007, p. 07.

MARQUES, A. T. G. L. **A prova documental na internet**. Curitiba: Juruá, 2006.

MEDINA, P. R. G. A prova das intenções no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 115, p. 74-85, mai/jun. 2004.

MOLINARO, C. A.; MILHORANZA, M. G. A questão da prova ilícita vista pelos tribunais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 145, p. 273-290, mar./2007.

MONTEIRO, W. B.. **Curso de direito civil**, vol. 2, 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, J. C. B. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, 1996.

_____. Anotações sobre o título “da prova” do novo código civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 36, p. 05-18, jul-ago/2005.

NOGUEIRA, D. M. A prova sob o ponto de vista filosófico. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 134, p. 262-279, abr/2006.

NORONHA, E. M.. **Direito penal**, vol. 3, 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.998.

NUNES, L. Identidade virtual. **Revista Viver Psicologia**, ano XI, n.º 116, p. 32 e 33, set/2002.

OLIVEIRA, R. C. R. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. São Paulo: Padma Editora, v. 25, p. 119-137, jan/mar. 2006.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**, 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.996.

PINHEIRO, D. Trair e teclar, é só começar. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, n. 03, p. 77-83, jan/2006.

PINHEIRO, F. L. S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. 2.^a tir. Curitiba: Juruá, 2005.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro parte especial**, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de direito penal brasileiro, parte especial**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

REGINA, R. Lar, doce camisinha do futuro. **Revista Viver Psicologia**, ano V, n.º 48, , p. 10 a 14, dez/1996.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 91, vol. 798, abril de 2002, p. 250.

RODRIGUES, S. **Direito de família**, vol. 6, 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOLIM, C. V. M. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16 ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, O. J. **Reparação do dano moral, doutrina, jurisprudência, legislação e prática**, 2.^a ed. São Paulo: Julex, 1.998.

SILVA, R. B. T. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, p. 257-268, 2003.

_____. **Novo código civil comentado**, In: coord. Ricardo Fiuza, São Paulo: Saraiva, 2.002.

SIRINO, S. I. **Adultério: consumação do crime pela internet. possibilidade**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/adultne2.html>> Acesso em: 15.12.2007.

TACRIM-SP – AC – Rel. Adalberto Spaguolo – JUTACRIM 79/289, PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro parte especial**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

TACRIM-SP – REL. WILSON BARREIRA – RT 721/467, PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro parte especial**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

TEIXEIRA, R. V. G. O documento eletrônico como prova no procedimento monitorio. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 132, p. 83-94, fev/2006.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de dna. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 6, n. 33, p. 29-42, jan/fev 2005.

TJSP - Apelação Com Revisão 5393904900. 1^a Câmara de Direito Privado. Relator(a): Luiz Antonio de Godoy. Data do julgamento: 10/06/2008. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>> Acesso em: 20.02.2008.

TJMG, Apelação Cível n. 201407400, Rel. Des. Campos Oliveira, Public. 10/04/2001. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

TJRS - AI n.º 70018683508 – 7.^a Câmara Cível – Comarca de Porto Alegre – Des^a Maria Berenice Dias. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

TJRJ - 2001.002.13359 - Agravo de Instrumento. Des. Miguel Angelo Barros - Julgamento: 05/02/2002 - Decima Sexta Camara Cível. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

TJDFT - 20060510086638ACJ, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 11/12/2007, DJ 03/06/2008 p.

162. Disponível em:
 <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61193,53116,1261&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>> Acesso em: 20.02.2008.

TJSP – Aparente. 103.247-1 – 1.º C. – Rel. Des. Luiz de Azevedo – J. 01.11.88. SANTOS, Ozéias J. **Reparação do dano moral, doutrina, jurisprudência, legislação e prática**, 2.ª ed. São Paulo: Julex, 1.998, p. 48

TJRJ – AI 7.111 – Rel. Des. Barbosa Moreira – j. em 28.11.1983. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acesso em: 20.02.2008.

TJPR – Ac. 12886, 23-12-97, Rel. Des. Wanderlei Resende. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**, vol. V, 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2.001.

TJSP – MS 198.089-1 – 8.ª C. – Rel. Dês. José Osório – J. 15.09.1993 (RJTEJSP 149/193). Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>> Acesso em: 20.02.2008.

UM ESTUDO SOBRE O ADULTÉRIO. **O que é fidelidade?** Disponível em: <<http://www.adultério.hpg.ig.com.br/index.html>> Acesso em: 09.10.2006.

VALLER, W. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. São Paulo: E. V. Editora, 1.994.

VANNUCHI, C. Te perdô por te trair. **Revista Isto É**, p. 44 a 49, mar/2003.

VENOSA, S. S. **Direito de família**, vol. V, 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIEIRA, T. R. Indenização por dano moral e infidelidade. **Intelligentia jurídica**, ano III, n. 29, mar. 2003. Disponível em: <http://docentes.anchieta.br/~pbergamini/Legislacao/dano_moral_e_infidelidade.pdf> Acesso em: 20.02.2008.

_____. O dever de fidelidade do cônjuge e a infidelidade virtual. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano VII, n.º 147, p. 22 a 25, fev/2003.

WALD, A. **Curso de direito civil brasileiro, o novo direito de família**, vol. IV, 12.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

WELTER, B. P. Dano moral na separação, divórcio e união estável. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 775, mai/2000, p. 130.

WOLF, K. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 171-187, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)