

## **A (ir)relevância da discussão da culpa na separação judicial**

**ADALGISA WIEDEMANN CHAVES**

Promotora de Justiça atuando junto à 3ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre

### **I – INTRODUÇÃO**

O objetivo deste estudo é fazer uma análise sumária da relevância da verificação da culpa por ocasião da separação judicial, apurando seu cabimento, possibilidade e necessidade, bem como atentando para eventual lesão aos direitos fundamentais em razão de tal discussão. Sem querer antecipar o teor, não se pode deixar de referir que a apuração da culpa por ocasião do final de um casamento passa, por óbvio, por uma exposição da intimidade dos separandos. A questão probatória exige comprovação de fatos de natureza extremamente íntima, visto terem se desenrolado no mais recôndito âmbito familiar. Esta investigação pode colidir com princípios de dignidade da pessoa humana, os quais, por óbvio, devem prevalecer em razão de sua natureza constitucional.

### **II – HISTÓRICO DA DISCUSSÃO**

Referiu Caio Mário da Silva Pereira que *“historicamente, a indissolubilidade do casamento não é a regra. Ao contrário, os povos primitivos cultivaram a noção do vínculo conjugal suscetível de rompimento, salvo algumas poucas exceções. (...) o Velho Testamento do povo hebreu o aprovava, indo mesmo mais longe, por admitir o repúdio unilateral – libellum repudii – como prerrogativa marital. O Código de Hamurabi facultava o divórcio ao marido e à mulher. Na Grécia praticou-*

*se o divórcio e admitiu-se o repúdio a mulher estéril. Em Roma, não obstante proclamar-se o casamento como união por toda a vida – consortium omnis vitae – o divórcio era conseqüência natural do fato de ser o casamento sustentado pela affectiu maritalis; desde que esta desaparecia, tinha lugar a separação – divortium” (1992, p. 138).*

Foi com a disseminação do cristianismo e da doutrina católico-romana que a idéia de casamento indissolúvel (visto ser sacramento) se difundiu e se firmou na consciência social. Ainda hoje a Igreja de Roma não aceita o divórcio, apenas autorizando a separação de corpos (*divortium quoad thorum et habitationem*), a qual mantém íntegro o vínculo conjugal (logo, impede novo casamento, mas rompe deveres conjugais). E de se lembrar que a própria Bíblia, em alguns trechos, tanto do Novo quanto do Velho Testamento,<sup>1</sup> permite vislumbrar uma autorização para o divórcio, mas, em regra, apenas em caso de adultério praticado pela mulher. Esta consideração é feita como forma de indicar uma origem religiosa para a discussão da culpa por ocasião do término da sociedade conjugal, situação que se enraizou na cultura dos povos cristãos.

No ordenamento jurídico pátrio, o matrimônio civil era indissolúvel, pois, no tempo do Império, prevalecia a doutrina da Igreja acerca da questão. Com a República, instituído o casamento civil, foi mantida a indissolubilidade como característica,<sup>2</sup> situação que foi consolidada em textos constitucionais de 1934, 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 01 de 1969, onde a previsão também era expressa. Somente com a aprovação da Emenda Constitucional nº 09, de 28 de julho de 1977, é que foi aberta a porta para o divórcio, retirando o Brasil do rol de países antivorcistas.

A Lei nº 6515/77 estabeleceu de forma definitiva a possibilidade de divórcio, sendo que os prazos originalmente previstos (conversão após três anos da separação judicial) foram reduzidos pela Constituição Federal de 1988, sendo permitida a conversão da separação judicial em divórcio após um ano ou o divórcio direto quando comprovados dois anos da separação de fato. Hoje, o Código Civil vigente manteve este sistema e os mesmos prazos para o rompimento definitivo do vínculo conjugal (artigo 1580 da Lei nº 10.406/02).

<sup>1</sup> Deuteronômio, 24.1; Jeremias 3.8; Mateus 19.7; Marcos 10.4.

<sup>2</sup> Como se vê no Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.

### III – ESPÉCIES DE SEPARAÇÃO: SANÇÃO E REMÉDIO

Assentada a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, é de se lembrar que a legislação pátria previa duas espécies de separação: o *divórcio-sanção*, para aqueles casos em que era discutida a culpa pelo final do casamento, e o *divórcio-remédio*, quando a separação fática estava consolidada no tempo e não havia mais a possibilidade de restabelecimento da vivência marital.

A idéia do *divórcio-sanção* vem alicerçada na origem da autorização religiosa para o rompimento do vínculo marital; lembre-se que historicamente o divórcio era costumeiramente admitido em caso de rompimento dos deveres do casamento, especialmente o de fidelidade.<sup>3</sup>

Embora doutrina e jurisprudência tenham se firmado, já há algum tempo, no sentido de que descabe a discussão de culpa, tem-se que o Código Civil hoje vigente (Lei nº 10.406/02) manteve tal discussão, consoante se vê do *caput* do artigo 1572. O referido texto legal estabelece que *qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum*.

Como bem referiu Rolf Madaleno, “na contramão da lúcida jurisprudência, resgata, o novo Código Civil, a plenitude do exame da culpa pela quebra do casamento, mantendo viva a relação de débito e crédito, de certo e errado, do bem e do mal e a irresgatável angústia do perdão, pois, como diz Carlos Pinto Corrêa: ‘é a sacralização do dever e que retira a possibilidade de desfazer a culpa, pela neutralização do ato, já que o débito não se limita à simples consciência moral, mas é uma imposição da justiça, a quem cabe aplicar o castigo...’”. Prossegue lembrando que “perante a hostil insistência do legislador em seguir fiel ao arcaico princípio da ruidosa ruptura judicial do casamento, os processos de separação seguirão servindo para dramatizar vínculos já desfeitos pela completa abstração da afeição, único nutriente de uma verdadeira convivência matrimonial” (p. 151).

Em lugar de atentar para a evolução dos costumes e desatrelar o final do casamento a uma desgastante (e normalmente inútil) discussão a respeito da *culpa*, o legislador optou por manter o sistema existente, entendendo, de certa forma, que é dever do Estado fazer este inventário dos restos de um relacionamento afetivo, apurando o *responsável* pelo final do relacionamento, ou seja, aquele que infringiu algum dos deveres do casamento.

---

<sup>3</sup> A hipótese de esterilidade da mulher também admitia o divórcio, pois isso estaria *impedindo* o homem de formar família, o que, de certa forma, era uma obrigação social em idos tempos; a esterilidade, de certa forma, era uma violação aos deveres dos cônjuges no casamento, que era o de formar família, em sentido estrito.

#### IV – DEVERES NO CASAMENTO X ACORDOS DE CONVIVÊNCIA

A legislação pátria prevê como deveres de ambos os cônjuges, consoante estabelecido no artigo 1566 do Código Civil: (I) a fidelidade recíproca, (II) a vida em comum, no domicílio conjugal, (III) a mútua assistência, (IV) o sustento, guarda e educação dos filhos e (V) respeito e consideração mútuos.

Estes deveres legais são basicamente a consolidação normativa de comportamentos que o grupo social entendeu como necessários e imprescindíveis para a manutenção da estabilidade do relacionamento marital. Mostra-se oportuno referir que toda a relação interpessoal alicerça-se em “acordos de convivência”, ou seja, ajustes que os participantes fazem do que é aceitável e do que é intolerável para o fim de que o envolvimento se mantenha. Tais acordos podem ser expressos ou tácitos, negociados diretamente pelos envolvidos ou impostos por terceiros, gerais ou particulares, públicos ou não.

Estes “acordos de convivência” apenas estabelecem a forma de nos relacionarmos em grupo, de maneira que a convivência em sociedade se dê sem maiores danos, reduzindo os pontos de atrito na convivência interpessoal. Estes acordos são a base de toda a convivência em sociedade, pois estabelecem o limite para permitir que todos convivam da forma mais harmônica possível, sem invadir o espaço alheio ou lesar direitos de terceiros.

Quando um “acordo de convivência” se torna norma legal é porque houve uma evolução social que passou a entender tal comportamento como necessário para a estabilidade do grupo; logo, deve ser chancelado pelo ordenamento jurídico, tornando-se norma cogente.

Inobstante estarem previstos em lei, tem-se que em razão da natureza do relacionamento marital (íntimo e privado), onde ambas as partes são maiores e capazes, estes deveres podem ser afastados pelos cônjuges<sup>4</sup> caso estes entendam ser mais conveniente e adequado para a evolução do relacionamento, sem que isso implique descaracterização ou comprometimento da união.

Um exemplo claro é o dever de convivência sob o mesmo teto. A lei prevê isto como dever de ambos os cônjuges (artigo 1566, inciso II, do Código Civil). No entanto, hoje em dia não é incomum que se encontrem

<sup>4</sup> Sempre que utilizadas as expressões “casamento” e “cônjuge” se está falando em relação marital estável, seja ela legalmente formalizada ou não. Da mesma forma, a palavra “cônjuge” abrange a idéia de companheiro na união estável.

casais, mesmo que formalmente casados, residindo em casas separadas, sem que isto comprometa a integridade e a solidez de seu relacionamento ou o descaracterize. Quer por razões profissionais, quer por motivação de cunho pessoal, é possível optar por *deixar de lado* o dever estabelecido por lei, abdicando de uma norma de convivência que parece inadequada ao caso concreto; quem assim age, firma um novo pacto de convivência, orientando o relacionamento da forma que lhes parece mais conveniente e adequada à situação concreta.

Dada a natureza extremamente íntima e pessoal de um relacionamento marital, apenas os cônjuges são capazes e aptos para verificar e estabelecer a forma de desenvolvimento do relacionamento, a fim de que ambos se realizem no âmbito do casamento, atingindo plena satisfação pessoal.

A própria jurisprudência já amainou a exigência de convivência sob o mesmo teto inclusive em demandas para o reconhecimento de união estável, por entender que esta característica pode ser dispensada por comum ajuste dos conviventes. Neste sentido:

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. (...) Para a caracterização do instituto é indispensável a comprovação da convivência pública, contínua e duradoura do par e da intenção de ambos em constituir família, ônus que competia à autora, conforme prevê expressamente o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. **Conquanto não se exija a coabitação**, ficando indemonstrado o elemento anímico, não há se falar em união estável (...) (Apelação Cível Nº 70008306458, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 29/09/2004)

UNIÃO ESTÁVEL. 1. RECONHECIMENTO. Havendo prova documental e testemunhal robusta conta do longo relacionamento entre os litigantes com *affectio maritalis*, **não importando para tal que a coabitação não fosse ininterrupta**, a procedência da ação de dissolução de união estável se impunha. (...) (Apelação Cível Nº 597185081, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 03/12/1997)

O afastamento de tal exigência nada mais é do que o reconhecimento judicial da supremacia dos acordos pessoais nos relacionamentos sobre as determinações sociais, ou seja, a prevalência dos pactos pessoais sobre os (pre)conceitos sociais. O exemplo da convivência sob o mesmo teto é apenas um, dentre os inúmeros outros que surgem dentre as muito variadas hipóteses possíveis.

## V – DO DEVER DE FIDELIDADE

A discussão da culpa por ocasião do término de um relacionamento afetivo, via de regra, surge quando há alegação de quebra do pacto de fidelidade. Quando nos deparamos com a expressão *infidelidade*, as primeiras imagens que nos vêm envolvem adultério, traição, ofensas graves, rompimento traumático, e toda a enorme gama de eventos negativos que podem ocorrer no relacionamento interpessoal. Mas infidelidade não é apenas isto; tem um sentido mais amplo e mais genérico que à primeira vista pode não ser percebido. Mesmo dentro do sentido específico de infidelidade conjugal pode ter uma abrangência muito mais ampla, da qual tampouco nos apercebemos de imediato.

Na origem, o vocábulo infidelidade significa apenas a *falta de fidelidade*, a *quebra da fé prometida* ou a *violação de um dever* ou a não observância exata da lei e de todos os deveres e obrigações assumidas ou impostas pela própria lei. Assim, a expressão pode ser aplicada em diversas acepções, inclusive na falta de adequação e similitude entre um original e suas cópias e a quebra de ajustes preestabelecidos.

No campo das relações interpessoais, mais especificamente nas relações alicerçadas no Direito de Família, a expressão é imediatamente vinculada à idéia de infidelidade conjugal, o que, em sentido estrito seria a prática, por pessoas casadas, de relacionamento carnal/sexual com terceiro. Consoante se pretende demonstrar, o conceito de infidelidade é muito mais amplo, pois pode abranger inúmeros atos de violação aos ajustes preestabelecidos entre os cônjuges, de maneira que representem uma *quebra da fé prometida* entre ambos por ocasião da união.

De certa forma, sempre que, dentro de um casamento (entendido este como relação a dois, seja formal ou informalmente constituída) os conviventes se distanciam do padrão tido como *ideal*, é possível que esteja sendo praticada uma *pequena infidelidade*, pois pode estar ocorrendo um desacerto entre o que um convivente espera e o outro realiza. Como bem lembra Rolf Madaleno, “o adultério não é a única forma de violação do dever de fidelidade, que tem conceito muito mais amplo, estando o adultério apenas na ante-sala da infidelidade. Fidelidade é gênero do qual o adultério é apenas uma das espécies de infração” (p. 153).

Não é a infidelidade sexual pura e simples consubstanciada no adultério que torna insuportável a manutenção do relacionamento e enseja o rompimento do vínculo. O que afasta os cônjuges e impede o restabelecimento do vínculo é a *quebra na confiança* que havia entre eles; é a quebra da certeza de que existe um ideal comum a ser mantido e zelado por ambos, ideal este que se realizava dentro do casamento.

Como bem pondera Judith Viorst, a infidelidade “é em geral profundamente perturbadora para aquele que foi enganado, porque significa que algo importante do casamento perdeu-se, não volta mais, talvez nunca mais. O que se perdeu, diz Lawson, foi o ‘conhecimento profundo do outro e a confiança profunda de que aquilo que conhecemos é confiável.’ É uma grande perda” (2004, p. 171).

É possível que ela leve ao término de um relacionamento, quando o rompimento do pacto gerar uma quebra de confiança tão profunda que não possa ser superada pelo cônjuge que se considera enganado. Nas palavras de Judith Viorst, “esta perda pode pôr fim ao casamento. Ela avilta e desvaloriza definitivamente o casamento” (p. 171).

Também é possível que a infidelidade leve o casal a aprofundar suas discussões a respeito do que é admissível e o que não é aceitável no âmbito do relacionamento, exteriorizando os pactos de convivência, readequando-os a situação vivenciada, de maneira que não mais venham a ocorrer *quebras da fé prometida*; ou seja, é *restabelecida a fé através da renovação de ajustes*. É possível que o casal supere uma quebra de pacto, mas para isto é necessário que ambos assumam a responsabilidade pelo ocorrido, reavaliando seus comportamentos e buscando uma forma de reestruturar o envolvimento. Se, no entanto, a infidelidade atingir as bases do relacionamento, ocorrendo a quebra absoluta de confiança e chegando ao menos uma das partes ao entendimento de que não há como subsistir o envolvimento, só há o caminho da separação.

Prossegue Judith Viorst, lembrando que “em determinadas situações – por mais que doam e por mais censuráveis que possam soar estas palavras – ela (a infidelidade) pode servir como um estímulo criador para o crescimento do casamento. (...) O psicanalista Henry Dicks, de fato, ousa aplicar o termo ‘infidelidade benigna’ para descrever uma ‘crise necessária que cura sozinha, no mesmo processo de crescimento de um casal’. ...Apesar de Dicks ter plena consciência de que tais ‘experiências cauterizantes...são sempre potencialmente trágicas’, também existem finais felizes, afirma ele, em que maridos e mulheres acabam por dizer: ‘Desde aquela época tenebrosa ficamos muito mais próximos’” (p. 171).

Logo, o dever de fidelidade parece se dirigir basicamente à idéia de preservação do grupo familiar, pois o afeto, a confiança e o respeito entre os membros de uma família são a base do relacionamento e os alicerces sobre os quais se instala esta célula inicial da sociedade.

## VI – FIDELIDADE: NATURAL OU IMPOSIÇÃO SOCIAL?

Mostra-se interessante comentar que, na história da humanidade, o tema da infidelidade conjugal sexual tem apresentado relevância distinta se envolve o comportamento da mulher ou do homem. Tradicionalmente a sociedade tem sido bastante leniente com os homens infiéis. Já a infidelidade feminina é ainda um tabu, pois vista como grave ameaça e ofensa à instituição familiar.

Igualmente oportuno referir que inúmeros estudos científicos já apontaram que os seres humanos seriam naturalmente polígamos, reforçando o entendimento de que a idéia de um casamento monogâmico seria um condicionamento cultural, visto que a sociedade necessita de um núcleo familiar para se organizar como um todo. Sem a família, que representa sua célula base, ela não se sustentaria, ruindo à primeira turbulência.

A formação da família tradicional ocorre pela união de um homem e uma mulher e pelos filhos advindos deste relacionamento. Nos primórdios, a exigência da fidelidade conjugal concedia bônus evidentes aos participantes do relacionamento. O homem tinha a certeza da vinculação genética com a prole gerada por sua mulher, ao passo de que esta tinha a certeza de que seria amparada e cuidada pelo companheiro, que se encarregaria de zelar pela preservação e conservação do grupo.

Como afirmaram Terry Burnham e Jay Phelan, *“para compreender a infidelidade é preciso compreender o casamento. Lembre-se de que homens e mulheres tentam atingir objetivos genéticos semelhantes, utilizando diferentes meios e tipos de parceiros. (...) Resumindo, o casamento é uma troca”* (2002, p. 169). Prosseguem afirmando que *“A infidelidade é uma tentativa, em geral do subconsciente, de melhorar nossa barganha dentro do casamento. As mulheres infiéis procuram genes melhores para seus bebês e/ou parceiros melhores. Já os homens infiéis estão em busca de mais fertilidade e/ou de melhores parceiras”* (p. 170).

Steven Pinker aprofunda a discussão sobre o funcionamento da mente humana referindo que *“o desejo de variedade sexual é uma adaptação incomum, pois é insaciável. (...) quanto maior for o número de mulheres com quem um homem tiver relações sexuais, mais filhos ele terá; demais nunca é suficiente. Isso dá aos homens um apetite ilimitado por parceiras sexuais casuais (e talvez pelos bens que em ambientes ancestrais teriam permitido numerosas parceiras, como poder e riqueza). A vida cotidiana oferece à maioria dos homens poucas oportunidades de explorar seu desejo na totalidade, (...)”* (1998, p. 496).



Ao analisar o comportamento feminino, Steven Pinker refere que *“uma mulher pode querer os genes do macho de melhor qualidade e o investimento de seu marido, porque é improvável encontrar os dois quesitos no mesmo homem (...). Enquanto as mulheres têm um caso extraconjugal, geralmente escolhem homens de status mais elevado que o do marido (...). Ligações amorosas com homens superiores também podem permitir a uma mulher testar sua habilidade de negociar no mercado do casamento ... para melhorar sua posição de barganha no casamento. A síntese de Symons sobre a diferença entre os sexos no adultério é: a mulher tem um caso porque julga que o homem é de algum modo superior ou complementar ao marido, e o homem tem um caso porque a mulher não é sua esposa”* (fl. 503/4).

Parece claro que, em nível genético, o ser humano não seria *programado* para ser fiel ao seu parceiro. No entanto, a sociedade *exige* tal comportamento, como forma de se fortalecer. Tal exigência do grupo foi incorporada pelos ordenamentos jurídicos, a ponto de a fidelidade sexual dentro do casamento estar prevista em praticamente todos os ordenamentos jurídicos conhecidos.

A bem da verdade, também aqui se têm situações díspares; vale lembrar a situação de alguns países islâmicos onde é facultado ao homem ter quatro esposas e mais quantas concubinas puder sustentar. Em tais sociedades, o fato de um homem relacionar-se sexualmente com diversas mulheres não caracteriza falta de fidelidade, se estiver se relacionando apenas com aquelas que são suas esposas e/ou concubinas.

No entanto, a mulher apenas pode se relacionar sexualmente com seu marido, não lhe sendo permitido manter relacionamento íntimo com qualquer outro homem, sob pena de vir a ser condenada à morte. Aliás, sequer é permitido às mulheres manterem contato visual com homens fora de sua família, sob pena de serem consideradas *impuras*, o que acarretaria uma grave violação da honra familiar e também poderia acarretar a pena de morte (neste sentido, Geraldine Brooks, fls. 101/115).

Mostra-se interessante referir que algumas culturas antigas preferiram ignorar a questão da filiação biológica, optando por uma filiação que chamaremos de social. *“O nascimento de um romano não é apenas um fato biológico. Os recém-nascidos ... só são recebidos na sociedade em virtude de uma decisão do chefe da família. (...) Em Roma um cidadão não ‘tem’ um filho; ele o ‘toma’, ‘levanta’ (tollere); o pai exerce a prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levá-la do chão, onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enjeitá-la.”* (*História da Vida Privada, Do Império Romano ao ano mil*, Coleção dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby, Volume 1, São Paulo, Companhia das Letras, p. 23).

Este comportamento adotado na Roma Antiga parece indicar que a fidelidade sexual foi colocada em um segundo plano, pois o vínculo entre pais e filhos era um vínculo conscientemente escolhido pelo chefe do grupo social, reduzindo enormemente a relevância do vínculo genético.

Nos dias que correm, a popularização dos métodos anticoncepcionais permitiu uma considerável liberação no comportamento sexual das mulheres, as quais passaram a poder ter vida sexual ativa e independente sem estarem permanentemente temendo uma gravidez indesejada. Ter filhos passou a ser uma opção para a mulher moderna, que imediatamente teve ao seu alcance o controle de quando e com quem procriar. O controle da reprodução humana passou às mãos das mulheres, embora muitas delas ainda não tenham percebido tal fato e a evidente (r)evolução social que isto representa.

Outrossim, o advento tecnológico que os exames de DNA permitiu aos homens uma forma absolutamente segura de aclarar a origem genética da prole, de maneira que a fidelidade sexual da parceira não é mais a única forma de se ter *certeza da filiação*. O controle da concepção e os exames de DNA podem, eventualmente, vir a modificar a maneira como a sociedade encara a questão da fidelidade dentro do casamento; no entanto, como ainda são eventos muito recentes, não é possível dimensionar completamente as modificações daí decorrentes.

Mais uma vez parece claro que a questão da fidelidade é um regramento socialmente convencionado como forma de preservar o grupo familiar. Logo, aquele que o infringe talvez não esteja agindo *por mal*, mas apenas buscando se afastar do grupo familiar original, por razões que sequer são bem explicadas para ele mesmo.

## VII – INFIDELIDADE VIRTUAL

Outra questão que tem surgido, inclusive em processos judiciais, decorre da popularização do acesso à *internet*, é a infidelidade virtual. Como é sabido, mesmo por aqueles que não são usuários freqüentes da *internet*, existem no espaço virtual diversos pontos de encontro, onde se pode conhecer pessoas, conversar, fazer amigos, trocar confidências e, até mesmo, fazer o chamado *sexo virtual*, embora ausente qualquer espécie de contato pessoal ou físico.

Surge a questão de se tal relacionamento, em razão da total falta de contato físico entre os participantes, caracterizaria ou não infidelidade. À primeira vista e partindo da idéia de infidelidade sexual conjugal, a resposta parece ser negativa, pois não há congresso carnal entre os

envolvidos. No entanto, analisando-se a questão da infidelidade a partir da idéia de quebra de ajustes e pactos entre os cônjuges, o contato com terceiros através da *internet*, ocorrendo troca de confidências e intimidades e havendo a possibilidade de ocorrer auto-excitação sexual simultânea, seria viável caracterizar tal situação como um comportamento infiel, por ser uma violação aos pactos conjugais.

Como afirmou Marta Vinagre Bembom, tal comportamento é *“uma forma de infidelidade moral, uma ‘injúria grave’, para usar a expressão do revogado art. 317 do mesmo Código, capaz de ensejar a propositura de uma separação judicial litigiosa, que reserva ao ‘culpado’ conseqüências ... Daí que o ‘adultério virtual’ ou a infidelidade virtual não isenta o cônjuge infrator de uma punição, se provada a culpa”* (p. 30).

A psicóloga campineira Cristina Martins, em seu trabalho *“Mulheres Americanas e Infidelidade na Internet”*, o qual foi elaborado ao final do curso de especialização em Sexualidade Humana da Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Rio de Janeiro, e apresentado no XV Congresso Mundial de Sexologia, em Paris, entrevistou 200 mulheres norte-americanas acima de 21 anos. Deste universo, 58% consideraram que a prática do sexo pela Internet configura traição; 21% tiveram opinião diferente e disseram que não é traição; as 21% restantes não se posicionaram contra nem a favor.<sup>5</sup>

Parece evidente que o sexo virtual, embora ausente componente do contato físico, tem todas as características de infidelidade, sempre que ocorrer a quebra de um pacto de convivência estabelecido pelo casal. No entanto, também é evidente que tal envolvimento não se equipara ao adultério (na forma da tipificação penal recentemente revogada) justamente pela falta de contato físico.

## VIII – DA DISCUSSÃO JUDICIAL DA CULPA

Introduzida a discussão sobre os deveres do casamento e da extensão das condutas que podem ser consideradas como rompimento destes, passa-se a analisar a questão da culpa pela separação, a qual surge quando uma das partes imputa a outra a responsabilidade pela ruptura do casamento, em razão do desrespeito a um dos deveres legalmente previstos para os cônjuges.

---

<sup>5</sup> Consoante apurado no site [www.exactaexpress.com.br/infidelidadevirtual.htm](http://www.exactaexpress.com.br/infidelidadevirtual.htm), acesso em 25.02.2005.

Quando se pensa em culpa, em sentido amplo, surge imediatamente a idéia de responsabilidade por um resultado. Quando se pretende discutir culpa por ocasião do final de um relacionamento a dois, a idéia seria apontar quem foi o *responsável* pelo término do relacionamento, bem como indicar um *inocente*, que foi *vítima* da conduta do outro cônjuge. Muitas vezes a lide é um verdadeiro exercício da vingança de um cônjuge contra o outro, onde uma parte pretende o *prêmio* de ser considerado *não-responsável* pelo término do envolvimento, deixando sobre os ombros do outro toda a responsabilidade pelo evento *danoso*.

Quem advoga a possibilidade da discussão da culpa, por vezes se esquece que **casamento é uma parceria**, ou como refere com precisão Luiz Edson Fachin, *“uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado.”* (p. 169) – grifou-se. Desta maneira, o que mantém o relacionamento é a existência de afeto – e também de objetivos, projetos e anseios comuns; cessados estes, a dissolução do casamento é consequência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do indivíduo.

Cristiano Chaves de Farias, em artigo de jurisprudência comentada publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, nº 18, sob o título A Proclamação da Liberdade de Permanecer Casado (ou um Réquiem para a Culpa na Dissolução das Relações Afetivas), analisou com sagacidade tal questão, a partir de acórdão da lavra do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, com a seguinte ementa:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. CULPA. PROVA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE, EMBORA ADMITIDO PELO SISTEMA JURÍDICO. É remansoso o entendimento de que **descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal. A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal**, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, **não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros**, pois os fatos íntimos que caracterizam um caracterizam o casamento se abrigam na **preservação da dignidade humana**, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional. Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade. Não há dor,

aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº70005834916, 7ª Câmara Cível, TJRS, julgada em 02/04/2003) – grifou-se.

Ao analisar o referido aresto, Cristiano Chaves de Farias refere, com precisão, que *“o Direito de Família contemporâneo – e o Direito Civil como um todo – não pode distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-lhe estrita obediência às premissas fundamentais postas pela Magna Carta, pois consistentes nos valores mais evidentes da ordem jurídica brasileira”* (p. 66). *“Nesta linha de raciocínio, importa destacar que o mais precisos valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988, foi a dignidade da pessoa humana, que, como conseqüência, impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico, sendo-lhe atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica. A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais da liberdade e igualdade”* (p. 67).

Prossegue lembrando que é possível enxergar a família como instrumento de realização pessoal de seus membros e não como um fim em si mesma. A família, forjada na dignidade humana, passa a atender a uma necessidade vital, ser feliz (p. 68). Importante lembrar que quando se fala em *ser feliz*, não se está falando em felicidade como sinônimo de hedonismo; mas sim atentando para o afeto, o respeito, o carinho, a atenção, o apoio na busca de ideais comuns.

Não se pode esquecer, tampouco, que o afeto não é parte necessária apenas para a formação de um grupo familiar, impõe-se que permaneça existindo durante o relacionamento, perdurando por toda a relação. Cessado o afeto, rui o principal alicerce do relacionamento, a base segura para a sustentação da família, estando autorizada a dissolução do vínculo como modo de garantir a dignidade de seus membros.

Afirma Rolf Madaleno que *“já faz tempo que tem se mostrado débil e inútil o esforço processual que pesquisa a gênese culposa da falência conjugal, porquanto, de nada adianta e, disto se aperceberam os operadores do complexo ramo familista do direito, procurar um protagonista que possa ser responsabilizado pela ruptura do matrimônio, pois todo este culto e empenho à causa culposa de fim de casamento só tem servido para aumentar tristezas e humilhações”* (p. 158), concluindo que *“precisamos nos dar conta que a falência conjugal é sempre obra de dois”* (p. 160) – grifou-se.

A insistência na apuração da culpa esbarra, freqüentemente, na impossibilidade de se fazer prova das circunstâncias alegadas, pois as violações dos deveres conjugais, em regra, ocorreriam no ambiente doméstico, longe dos olhos de testemunhas, não havendo como comprovar o alegado. Quem atua em Vara de Família freqüentemente se depara com ações litigiosas onde uma das partes insiste em querer fazer prova de que foi *vítima* do outro, que carregaria sozinho a culpa pelo final do relacionamento; invariavelmente tal pretensão resta frustrada, pois não se consegue qualquer prova efetiva da alegada culpa, quer porque não há testemunhas, quer porque aqueles que sabem da situação tomaram ciência pelas queixas da própria parte autora, quer porque há depoimentos responsabilizando ambas as partes pela falência do relacionamento.

Não se pode esquecer que, por vezes, a prova permite até que se indique quem foi o causador imediato da separação, mas isso não isenta o outro cônjuge da sua parcela de responsabilidade pelo naufrágio do ideal de felicidade eterna. Como bem apontou o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, ao julgar a apelação cível nº 70.010.510.873, *“descabe questionamento da culpa em sede de separação judicial ... na medida em que o máximo que se pode atingir é a culpa imediata da ruptura, desconsiderando-se, não raro, o somatório de motivos e circunstâncias determinantes do rompimento afetivo”* – grifou-se.

Marta Vinagre Bembom questiona se *“é possível, efetivamente, achar um culpado pelo fracasso do casamento ou da união estável? Quem é mais responsável pela ruína de uma união: o parceiro que, há tempos, e continuamente, vem praticando as mais diversas “faltas”, ou o outro, que cometeu o último deslize? (...) Culpado, normalmente, é o que não tem força nem estrutura para atirar a primeira e mais pesada pedra, é o mais desamparado, o que não tem condições de contratar bons advogados para defendê-lo dos ataques vis e desprezíveis que exsurtem de uma relação afetiva desfeita, quando o amor transforma-se em ódio, que vem se somar aos mistérios da natureza humana, restando, no dizer também do Professor RODRIGO, apenas os “restos” ou os cacos, que ainda ferem”* (p. 53).

De fato, como bem salientou o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, *“não se pode atribuir a responsabilidade pela falência da vida familiar a qualquer uma das partes, mas tão-somente à corrosão dos sentimentos, ao desamor que se instala no seio da relação”*, o que autoriza a separação judicial sem a identificação de culpado (Apelação Cível nº 70005842380).

Ademais, *“quando termina o amor, torna-se bastante dramático o exame do espólio da relação havida, pois, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um”* (corpo do acórdão do Agravo de Instrumento N<sup>o</sup> 70012832457, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 09/11/2005).

Embora exista quem sustente que é possível apontar-se culpa pelo final do relacionamento quando ocorre adultério, tem-se que a 8<sup>a</sup> Câmara Cível do TJRS inclusive já reconheceu que *“adultério é consequência do desgaste da relação, não sua causa”* (Apelação Cível N<sup>o</sup> 70012349056, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 15/12/2005), situação que evidencia que sequer tal ‘acusação’ deve ser discutida em ação de separação judicial ou divórcio.

Logo, parece evidente que a discussão da culpa é uma lide fadada ao insucesso, por não ser possível verificar todo o conteúdo emocional de um relacionamento afetivo. Afinal, não basta a comprovação de um fato, pois este pode ser apenas uma consequência de uma conjugação de circunstâncias que levaram aquele comportamento extremado. Não sendo possível avaliar todo o conteúdo do relacionamento, tem-se que a apuração de um culpado, via de regra, poderá ser sumamente injusta, pois normalmente a responsabilidade é de ambos os cônjuges.

## IX – AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA

Além da efetiva impossibilidade de se discutir a culpa pela separação judicial porque tal culpa, em razão da natureza do relacionamento, em regra não é exclusiva, mas sim compartilhada entre os cônjuges, não se pode esquecer que a discussão da culpa não apresenta qualquer relevância, visto não gerar efeito prático.

Quando um casamento finda, devem ser compostas questões como a guarda dos filhos, o pensionamento alimentício, o uso do nome de casado a divisão do patrimônio comum. Nenhum destes tópicos é atingido pela discussão da culpa, pois há regramento estabelecendo a forma de resolução destas questões; a guarda será exercida pelo genitor que tiver melhores condições de fazê-lo (artigo 1584 do Código Civil). A partilha será feita de acordo com o regime de bens estabelecido por ocasião do casamento.

Embora a lei refira a questão da culpa quando estabelece o direito ao uso do sobrenome do outro (artigo 1578 do Código Civil) e a questão dos alimentos (artigo 1704 do Código Civil), tem-se que em ambos os casos a discussão pode ser afastada sem maiores dificuldades. Afinal, no que se refere ao uso do sobrenome do outro, há a expressa ressalva que permanece o direito, ainda que para o cônjuge considerado culpado, se acarretar evidente prejuízo na sua identificação (artigo 1578, incisos I, II e III, do Código Civil).

Este entendimento alicerça-se na certeza de que o nome é atributo da personalidade e, a partir do momento em que foi adotado (o do casamento), passou a integrar o patrimônio jurídico de seu titular. Logo, se houver o interesse na manutenção do uso do nome, é facultado à parte mantê-lo. Neste sentido foi a decisão da apelação cível nº 70011272333, Julgada pela 7ª Câmara Cível, em 01.07.2005, onde foi relator o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, segundo a qual a opção pela conservação do nome de casado é opção do cônjuge que o usa.

Quanto à questão alimentar, igualmente foi ressalvado de forma expressa a possibilidade de o cônjuge culpado vir a ser pensionado, apenas limitando seu montante a *valor indispensável à sobrevivência* (parágrafo único do artigo 1704 do Código Civil), enquanto para o cônjuge não-culpado os alimentos seriam fixados no montante necessário para viver de modo compatível com sua condição social (artigo 1700 c/c 1694 do Código Civil). Como usualmente discute-se a fixação de alimentos que apenas permitam a manutenção do alimentado, a discussão tampouco apresenta relevância.

Evidenciado que a discussão da culpa não gera maiores efeitos no mundo jurídico (ou mesmo no fático), é lícito concluir pela falta de interesse jurídico na sua afirmação. Lembre-se que o interesse de agir abrange a necessidade do pedido de tutela jurisdicional e a utilidade da prestação jurisdicional. Ora, se **sem discutir culpa**, apenas indicando a impossibilidade da manutenção do relacionamento (artigo 1572, *in fine*, do Código Civil – insuportabilidade da vida em comum), é possível obter-se exatamente o mesmo provimento judicial, qual seja, o decreto de separação, não parece haver interesse jurídico na discussão. Neste sentido se posiciona Cristiano Chaves de Farias (p. 78).

Como afirma Francisco Tiago Duarte Stockinger *“se alguém vem a juízo postular a separação é porque o casamento não lhe oferece mais a oportunidade da plena realização como pessoa, sendo totalmente descabido ao Estado decidir pela inconveniência do pedido, como se fosse possível, por meio do processo, perceber claramente o íntimo das pessoas e escolher o melhor caminho para o bem do casal, mesmo que seja em sentido contrário ao interesse de um dos cônjuges”* (p. 122/3).



Igualmente refere Stockinger “*a interferência do Estado na busca da preservação do instituto, ao indeferir a separação em face da ausência de violação dos deveres do casamento, em nada adianta a recuperar o ânimo dos cônjuges em permanecerem unidos, vindo apenas para prestigiar, de forma descabida, valores já ultrapassados, que viam na dissolução do matrimônio grave perigo à ordem moral da sociedade*” (p. 121).

Resta evidente a **irrelevância** da discussão da culpa, a qual deve ser afastada dos processos onde se resolve o final de um relacionamento afetivo. Mesmo que alegada tal circunstância, é lícito ao julgador acolher o pleito de separação judicial sem reconhecer qualquer culpado, ante a desnecessidade de se obter o reconhecimento pretendido.

## X – CONCLUSÃO

Evidente que nenhuma pessoa deve *servir* de instrumento para a realização de outrem; no entanto, dentro de um relacionamento a dois, ambos podem auxiliar-se mutuamente para que a satisfação conjunta ocorra. Findo o sentimento profundo que iniciou o relacionamento, não há razão alguma para se obrigar alguém para permanecer naquele casamento; não é lícito exigir a comprovação da violação de deveres.

Para dar-se fim a um casamento basta que um dos cônjuges esteja insatisfeito com o vínculo, sendo mais razoável que seja permitida a separação judicial mediante a simples alegação de “impossibilidade de manutenção do vínculo” (a chamada, insuportabilidade da vida em comum). Feita tal alegação e evidenciada a seriedade e firmeza da posição adotada pelo postulante, apenas cabe ao Estado-Juiz acolher o pleito e decretar a separação, sem perquirir os motivos da cessação de sentimentos.

A discussão da culpa não gera efeitos, logo, não deve ser admitida, visto caracterizar intromissão na intimidade em patamar além do admissível. Além disso, mesmo que exposta a intimidade do casal, não se mostra possível a aferição efetiva de quem foi o responsável pelo fracasso de todos os sonhos colocados no casamento. Da mesma forma como um casamento é obra de dois, o fim do relacionamento também é uma via de mão dupla, onde ambas as partes têm parcela de responsabilidade e culpa pela ruína do projeto comum.

O decreto separatório sem apuração de culpa é uma exigência social, pois permite preservar os seres humanos, que têm o direito de serem considerados como entes de direito tão somente por existirem e não por serem parte da relação a dois. Espera-se que, em curto espaço de tempo, o legislador seja sensível a esta mudança social, alterando a legislação civil para expurgar a discussão de culpa dos processos de separação judicial.

## BIBLIOGRAFIA

- BEMBOM, Marta Vinagre. *Infidelidade Virtual e Culpa*, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 05, Abr. Maio. Jun./2000, fls. 30/35.
- BROOKS, Geraldine. *As nove partes do desejo: o mundo secreto das mulheres islâmicas*. Tradução de Luís Leiria – Rio de Janeiro: Gryphus, 1996. Título original: *Nine parts of desire: the hidden world of islamic women*.
- BURNHAM, Terry. *A culpa é da genética: do sexo ao dinheiro, passando pela comida: dominando nossos instintos primitivos* / Terry Burnham e Jay Phelan; tradução Vera Maria Whately – Rio de Janeiro : Sextante, 2002. Título original: *Mean Genes*.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIA, 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, nº 18, Jun-Jul/2003, fls. 50/81.
- MADALENO, Rolf. *A infidelidade e o mito causal da separação*, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 11, Outubro-Novembro-Dezembro/2001, Assunto Especial, p. 153/9.
- MARTINS, Cristina. *Mulheres Americanas e Infidelidade na Internet*, [www.exactaexpress.com.br/infidelidadevirtual.htm](http://www.exactaexpress.com.br/infidelidadevirtual.htm), acesso em 25.02.2005.
- PINKER, Steven. *Como a Mente Funciona*. Tradução Laura Teixeira Mota – São Paulo, Companhia das Letras, 1998. Título original: *How the mind works*.
- STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte, *Família constitucional, separação litigiosa e culpa*, Tendências constitucionais do Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis / Adriano Donadel ... [et al.]; orgs. Sérgio Gilberto Porto, Daniel Ustárroz – Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- VEYNE, Paul. *História da Vida Privada*, do Império Romano ao ano mil, Coleção Dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby/ organização Paul Veyne; tradução Hidegard Feist, São Paulo, Companhia das Letras, Volume I.
- VIORST, Judith. *Casamento para Toda a Vida*. Tradução David Soares – São Paulo: Ed. Melhoramentos, 2004. Título original: *Grown-up Marriage*.