

Infidelidade virtual e culpa

Marta Vinagre Bembom

Advogada, Procuradora da Assembléia Legislativa do Pará e Professora de Direito de Família da FESMP/PA

"Atire a primeira pedra quem não tem pecado...".

São notórias as transformações que a rede mundial de computadores, a tão já conhecida Internet, tem trazido em todos os setores de nossa vida globalizada, principalmente no que tange às relações humanas.

É possível que se conheça, até intimamente, pessoas que moram do outro lado do mundo, no Japão, na Austrália, no Congo, sem que, paradoxalmente, se conheça o "vizinho de porta", o que mora no apartamento da frente.

Revela-se, neste ponto, o duplo efeito da Internet: unir e afastar pessoas. Aproximar os que estão longe e romper os laços dos que, pelo menos fisicamente, estavam tão próximos.

Assim tem ocorrido nas relações familiares. À frente de um computador, conectado a uma linha telefônica, o internauta revela seus mais secretos desejos, sentimentos e emoções. Troca confidências com pessoas do mundo virtual. Descobre não mais novos mares, porquanto navega num espaço imaginário, cibernético, num mundo virtualmente novo, como bem salientou a Professora MARILENE SILVEIRA GUIMARÃES em palestra proferida no II Congresso de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte.

Esta navegação no espaço cibernético, que explora a profundidade da alma humana, se, por um lado, conforme já dito, aproxima pessoas distantes, fazendo novos amigos e cúmplices, por outro, tem provocado dolorosas separações, mais até, diríamos, pelo ineditismo e ousadia do motivo, do que propriamente pelo rompimento em si da sociedade conjugal.

Pessoas casadas ou que vivem em união estável, em face das mais variadas razões, como carência afetiva, fuga da rotina, incompreensão, etc., por acreditarem estarem livres, por exemplo, de um flagrante de adultério, encontram no computador, via Internet, o meio seguro de "trair sem consumir".

Mas será que tal tipo de infidelidade simboliza a forma mais agressiva de ataque à família? Em outras palavras, será que o "adultério virtual" é a tipificação do crime que espelha a base de nossa tradicional família monogâmica? Por certo que não, pela falta da consumação do ato sexual. Trocas de e-mails, conversas, ainda que erotizadas, via rede, é sabido, não são adultério. O adultério virtual, portanto, é uma extensão terminológica, na medida em que tais condutas caracterizam, isto sim, violação ao dever de fidelidade, previsto no art. 231, I, do Código Civil. Na verdade, 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 como pagamento de pensão, perda da guarda dos filhos e do nome (sobrenome) do marido, se o culpado, neste caso, for a mulher.

Daí que o "adultério virtual" ou a infidelidade virtual não isenta o cônjuge infrator de uma punição, se provada a culpa. Contudo, esta é outra questão. Discutir culpa em processo de separação judicial litigiosa, já diz a melhor doutrina, encabeçada por JOAO BAPTISTA VILLELA, é um dos maiores atrasos de nossa legislação referente ao Direito de Família. Numa sociedade globalizada, avançada, evoluída, com todos os acessos de informação disponíveis, parece risível aceitar esta intervenção estatal na intimidade do casal. Decidir sobre sentimento é tarefa árdua, que o Direito, por si só, não pode fazer sozinho.

Felizmente, no campo familiar, o Direito se socorre, hoje, de outras ciências, como a Psicologia, a Psicanálise, a Sociologia, a Assistência Social, para, numa ação conjunta, dita "interdisciplinariedade", buscar a melhor solução do conflito, tal como ocorre em relação aos filhos, cuja guarda normalmente é deferida ao cônjuge que tiver melhor condições de criá-los e educá-los, independentemente da culpa (*the best interest of the child*).

Doutrina e jurisprudência comungam no entendimento de que são inflexíveis as disposições legais sobre a guarda dos filhos, e a solução deve ser dada com prevalência do interesse dos menores. O art. 13 da Lei do Divórcio é um exemplo eloqüente desta tendência. TÂNIA DA SILVA PEREIRA expõe que, diante da isonomia constitucional entre os cônjuges na relação conjugal (art. 226, § 5º, CF), não se justifica mais o direito de preferência da mãe para a guarda dos filhos menores, como um "pré-juízo" nas decisões judiciais. Opina referida autora que caberá ao juiz, auxiliado por uma equipe interprofissional, conceder a custódia dos filhos àquele que julgar mais apto a assisti-los melhor, sem dispensar a cooperação do outro, que, efetivamente, deverá participar de seu desenvolvimento (In *Direito da Criança e do Adolescente*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p.237).

O Professor RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, nosso eminente Presidente do IBDFAM, disse, em artigo publicado no jornal Estado de Minas: "enquanto houver desejo sobre a face da terra haverá quem burle a lei jurídica para ir ao encontro da Lei do Desejo, nem sempre coincidente com a lei jurídica". Portanto, a infidelidade moral que se estabelece pela Internet é apenas uma faceta desta busca do desejo, que nosso sistema legislativo, enquanto amarrado à noção de culpa, não conseguirá solucionar satisfatoriamente.

Voltemos, então, ao ineditismo e à ousadia do "adultério virtual". Sem dúvida que se não é crime, no nosso atrasado sistema, é um quase crime, ou seja, um adultério buscado, ensaiado, na feliz expressão do professor YUSSEF CAHALI. E o mais grave: que se encena, muitas vezes, no próprio lar conjugal.

Um acinte, uma invasão de privacidade, diriam alguns. Mas essa infidelidade não é nova. Nova é a forma de expressá-la, conseqüência do avanço tecnológico.

Evidentemente que a família continua a desempenhar o seu importantíssimo papel na formação psicossocial de seus indivíduos, bem como na formação da sociedade (Estado). Deve ser indiscutivelmente preservada e protegida. Porém, é necessário mudar a caracterização da culpa nas separações litigiosas, porque o que se vê são processos judiciais desgastantes e intermináveis, que culminam na ruína de tudo o que foi construído, com a catastrófica desestruturação psicológica dos filhos, muitas vezes usados pelos pais como instrumentos de vingança e de extravasamento de sentimentos não menos mesquinhos.

Conseqüentemente, seja adultério real, quer "virtual", a punição existe ainda que reflita um retrocesso em nosso sistema legislativo. O problema se agrava, ainda mais, em razão da prova, extremamente difícil de ser obtida nesses casos, por não raro ocorrer invasão da privacidade, da intimidade, que são direitos da personalidade. Passemos, então, à análise das provas.

Os que enfrentam o dia-a-dia dos tribunais conhecem as dificuldades de se colher provas lícitas para os processos de separações judiciais. Porque os juízes, felizmente, têm sido mais cautelosos em aceitar provas produzidas, arranjadas, forjadas, que afrontam os direitos fundamentais da pessoa humana.

O crime de adultério, é sabido, revela-se extremamente difícil de ser comprovado. Aliás, tal ilícito já deveria ter sido banido do Código Penal. Inadmissível, hoje, que o cônjuge traído, com reforço de aparato policial, fortemente armado, invada, violentamente, por exemplo, um quarto de estalagem, digamos assim, para não agredir tanto, a fim de flagrar os "amantes", certamente despidos, no ato extremo da traição.

Ora, será que o direito do traído, do enganado, que está resguardado em leis nacionais (Lei do Divórcio e Código Penal) se sobrepõe à Constituição? Não foi a Constituição que disse que ninguém será submetido a "tratamento degradante"? (art. 5º, III). Também não garantiu a Lei Maior, como direito fundamental da pessoa humana, a "inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem"? (art. 5º, X).

Em algumas situações de tensão há o que os constitucionalistas chamam de colisão de direitos fundamentais, *grundrechskollision*, da doutrina alemã, como no caso de conflito entre a liberdade de imprensa e o direito do cidadão à honra e à imagem. Não achamos que exista um direito fundamental de perseguir a revelação de fatos e atitudes praticados por um cônjuge, a qualquer preço, com a utilização de variados métodos e artifícios. Não se pode, no caso, falar de direitos fundamentais que se opõem. Os que aparecem exuberantes e têm de ser protegidos são os direitos de personalidade,

relativos à intimidade, à imagem, à vida privada (art. 5º, X, CF) e que são derivações do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF).

Pela só leitura dos dispositivos acima apontados não fica claro que devemos olhar o sistema de culpa na separação com reservas e restrições?

A cega busca do culpado pelo cônjuge que se julga inocente nos faz lembrar as lições do Professor LUIS ROBERTO BARROSO em Congresso realizado em Manaus, sobre a reforma administrativa. Dizia ele que já vivemos séculos, milênios, sob o império do Direito Civil, que, agora, temos que nos curvar ao Direito Constitucional, senhor de todos os comandos normativos. Disso já sabíamos, é verdade, mas tão fortes são os resquícios de preceitos civilistas ultrapassados, que encontramos muitas resistências na aplicação dessa nova ordem constitucional. Prova disso são, justamente, as provas colhidas e algumas vezes aceitas, em flagrantes de adultério, ocasiões em que são vilipendiados direitos fundamentais da pessoa humana. Convenhamos que expor duas pessoas despidas, para não falar no exato momento da consumação do ato sexual, é um tratamento degradante, uma forma odiosa de violar a maior das intimidades.

O direito do "traído", no caso acima citado, esbarra num direito maior do seu consorte, que é tutelado em sede constitucional, de não ter sua intimidade e sua vida privada expostas e reveladas, de receber um tratamento digno e humano. Não se trata de fazer, aqui, uma apologia da traição, mas de analisar o tema sob um contexto amplo. De que adianta, afinal, achar um culpado pela separação? Por causa da pensão, da guarda dos filhos? Os filhos, conforme já dissemos, estão resguardados, independentemente da culpa de seus genitores. O patrimônio terá que ser dividido segundo o regime de bens adotado. O que sobra? Somente a pensão, que cada vez mais tem se desatrelado da culpa para bem aplicar o binômio possibilidade/necessidade. Outros fatores, inclusive, têm sido levados em conta na atribuição do pensionamento, tais como idade e grau de instrução do credor, tempo de convivência, com o fim, muitas vezes, de se estipular pensões temporárias.

Diante desse quadro, vê-se a inutilidade da busca desarrazoada da culpa. Com isso, voltemos à questão da prova na infidelidade virtual. Embora uma desnecessidade, como resolver esta nova forma de revelação da traição? Como provar a infidelidade virtual? Dificilmente restará provada. Primeiro porque e-mails, mandados ou recebidos, podem ser forjados, até pelo cônjuge que se diz enganado. Segundo porque o bate-papo, a conversa, a troca de confidências com terceiro não deixam vestígios no computador. A prova testemunhal, neste caso, seria bastante precária. Num ato extremo, a apreensão do computador também poderia configurar uma violação a direito fundamental. É de se notar que a Constituição diz ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no

último caso (de comunicações telefônicas), por ordem judicial, para fins criminais (art. 5º, XII, CF).

Daí surge nova indagação: se a infidelidade virtual não é crime, porque não é adultério, o que justificaria a apreensão do computador, ainda que forçosamente fosse considerado um instrumento de utilização de linha telefônica? A questão é tormentosa, porque estamos no plano das relações intersubjetivas, no campo dos sentimentos e afeições, em que até os juízes sentem-se constrangidos em decidir os problemas mais íntimos que lhe são revelados.

O casamento e a união estável, as duas formas existentes de comunhão de vida afetiva entre pessoas de sexo diferente, não mais toleram, no seu desfazimento, essas perengas inúteis sobre culpabilidade, que não levam ninguém a lugar nenhum. Aliás, neste passo, bem andaram as leis que regulam a união estável, que abstraíram de seu texto a noção de culpa. No direito estrangeiro, vale registrar que a Alemanha e a Itália já aboliram o sistema de culpa.

Casos há, em maior número, por sinal, que é impossível se achar o culpado. São as hipóteses que CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA chama de "situações objetivas conflituais", consubstanciadas nos seguintes exemplos magistrais do Professor ARNALDO RIZZARDO, no livro *Direito de Família Contemporâneo*, Ed. Del Rey, p. 374: "incompatibilidade de gênios, decomposição do grupo familiar, intolerância de pensamentos e idéias, fracasso no diálogo, ausência de *affectio maritalis*, frustração de ambições, insuportabilidade da presença mútua".

São tantas e variadas as situações no campo das relações familiares, que a condenação do culpado muitas vezes é iníqua. Imagine-se alguém que sofreu um trauma profundo, com a morte prematura, dolorosa e inesperada de um ente querido, ao ponto de alterar seu comportamento, de lhe impingir uma dor tão forte que o impede de se relacionar com as pessoas, inclusive com seu cônjuge. Esta pessoa, por si só, não consegue mais se manter, em face do trauma psicológico que veio a sofrer, o qual não tinha estrutura para suportar - e cada um tem sua própria bagagem psicológica, cultural, emocional, absolutamente variável - ainda assim, essa pessoa pode ser acusada de praticar uma conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres matrimoniais, na forma do art. 5º, *caput*, da Lei nº 6.515/77.

Nosso sistema de separação judicial litigiosa fomenta a discórdia, acaba por extinguir o pouco que ainda restava da relação desmoronada. Ficamos nós, os operadores do Direito, a lutar contra o despropositado e a assistir a tantas batalhas em vão, com tristeza e melancolia.

Evidentemente que os excessos têm que ser punidos. As condutas perniciosas, violentas, irreversíveis e aviltantes do tipo agressão física, transmissão de moléstia grave, como a AIDS, adentram na esfera da

responsabilidade civil, em que o cônjuge causador do dano deve repará-lo, como tão bem defende a Professora REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA DOS SANTOS (*Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, Ed. Saraiva). Contudo, o simples desamor, o fracasso da relação proveniente de vários fatores, tais como cultural, social, econômico e inúmeros outros casos já citados, por si só, por serem causas objetivas, não podem ou pelo menos não deviam ensejar discussão sobre culpabilidade.

Ficam, então, algumas reflexões: é justo punir aquele que não ama mais? 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? Quem é, afinal, o cônjuge infrator: o que se relacionou, "amorosamente", pela Internet ou o seu consorte que o despreza, que mantém apenas uma aparência de casamento para dar uma satisfação à sociedade? 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.

BIBLIOGRAFIA

- CAHALI, Yussef Said. *Separação e Divórcio*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
- PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz T.S. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. Ed. Saraiva, 1998.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família Contemporâneo*. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira, Ed. Del Rey, 1998.

(in, Revista Brasileira de Direito de Família, do IBDFAM, vol. 5, Abril a Junho/2000, Síntese Editora, págs. 29/35)