

*Infidelidade através da Internet e seus efeitos
no âmbito do Direito Penal e do Direito Civil*

ADRIANA ARAUJO PORTO (*)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

EXPOSIÇÃO

1. A Internet

2. Romances através da rede

3. Infidelidade via Internet

4. Direito Penal e infidelidade

4.1. CONCEITO DE ADULTÉRIO

4.2. SUJEITOS DO DELITO

4.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

4.4. ELEMENTO OBJETIVO

4.5. ELEMENTO SUBJETIVO

4.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

4.7. PROVA DO ADULTÉRIO

4.8. AÇÃO PENAL

4.9. PERDÃO JUDICIAL

4.10. DESCRIMINALIZAÇÃO

4.11. ADULTÉRIO VIRTUAL

5. Direito Civil e Infidelidade

5.1. SEPARAÇÃO DE FATO

5.2. EXCEÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DO PERDÃO

5.3. SEPARAÇÃO-SANÇÃO

5.4. CULPA E INFIDELIDADE VIRTUAL

6. Prova da infidelidade

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico procurará tratar o tema "infidelidade através da INTERNET e seus efeitos no âmbito do Direito Penal e do Direito Civil" da maneira mais abrangente possível, uma vez que, diante do seu ineditismo, poucas são as fontes bibliográficas.

Para enfocar o tema eleito, necessitaremos da utilização da criatividade, já que a questão é carente de doutrina e regulamentação legal, o que impõe a estudiosos, como nós, o inevitável socorro a métodos interpretativos para solucionar os casos concretos que se apresentam e certamente se apresentarão de forma cada vez mais crescente.

Ao nosso ver, a relevância do interesse social do tema escolhido é latente, eis que são notórias as transformações que a rede mundial de computadores tem trazido em todos os setores da vida globalizada, principalmente no que tange às relações humanas.

De forma concisa, mas analisando os aspectos fundamentais, procuraremos distribuir os assuntos abordados de forma produtiva, enfocando precisamente suas possíveis conseqüências no âmbito do Direito Penal e Civil.

Entendemos ser indiscutível o efeito prático deste trabalho monográfico, vez que quase nada foi escrito a respeito do tema, apesar dos inúmeros casos concretos já existentes. A infidelidade virtual é uma realidade que requer solução urgente, face aos seus imediatos efeitos nas relações familiares e no casamento, como demonstraremos na exposição que se segue.

A apresentação do tema, segundo nosso entender, será feita de maneira límpida e direta, sem a utilização de qualquer artifício. Visar-se-á destacar tão-somente a importância da tese eleita.

Utilizaremos o presente trabalho para demonstrar que a natureza dos direitos e deveres do matrimônio requer do sistema jurídico intervenção singular, tanto na órbita do Direito Penal como na órbita do Direito Civil, voltada para a preservação do equilíbrio e manutenção dos valores familiares e da dignidade pessoal, desempenhando o Ministério Público papel relevante neste sentido.

É certo que a pornografia na rede, os sites com conteúdo impróprio, os relacionamentos amorosos virtuais extraconjugais, que abordaremos a seguir, entre outras hipóteses, são prejudiciais à sociedade. Entretanto, o poder tecnológico gerado pela INTERNET é inquestionável, assim como o é o geral reconhecimento de que seus benefícios se sobrepõem aos malefícios dela advindos.

Os prejuízos causados mediante a utilização da rede mundial de computadores devem ser duramente combatidos, exercendo o Ministério Público, através de seus Procuradores e Promotores de Justiça, a função primordial de reprimi-los, protegendo a coletividade de suas conseqüências danosas e promovendo a realização da JUSTIÇA.

EXPOSIÇÃO

1. A INTERNET

O ser humano não teria alcançado o seu atual estado de evolução, se não tivesse desenvolvido a capacidade de elaborar e transmitir informações.

Certamente, a maior transformação que a humanidade sofreu, em termos de comunicação, foi a criação da INTERNET, conhecida como "a rede mundial de computadores, que interliga pessoas de todo o mundo".

Ensina SANDRA MEDEIROS PROENÇA DE GOUVÊA, em seu livro *O Direito na Era Digital*, 1ª Edição, 1997, Editora Mauad, pp. 36/37, que "a origem deste grande canal de comunicação se deu na década de 60, durante a Guerra Fria. O governo americano desenvolveu o projeto ARPANET (*Advanced Research Projects Agency*) para interligar computadores militares e industriais. A primeira ligação, feita entre quatro computadores da Califórnia e de Utah, usava uma tecnologia desenvolvida especialmente para este fim: a comutação de pacotes enviados pela rede telefônica. A preocupação dos militares era manter a rede funcionando no caso de um ataque nuclear. Era, portanto, imprescindível que não houvesse um centro de controle ou um núcleo central que pudesse ser destruído. A imensa rede telefônica, que se estendia por todo o país, tornou possível a implementação do projeto. A ARPANET expandiu-se rapidamente, alcançando dezenas de universidades e empresas, que contribuíram para o seu aperfeiçoamento. Várias pequenas redes começaram a usar a tecnologia desenvolvida pela ARPANET. A etapa seguinte, que efetivamente tornou possível a existência da INTERNET, foi o estabelecimento de seu Protocolo de Comunicação (*The Internet Protocol - IP*), que permite que qualquer quantidade de computadores seja interligada em rede e atue em grupo. O protocolo TPC/IP, utilizado pela rede INTERNET, rapidamente disseminou-se no meio da informática. No final dos anos 80, havia milhões de computadores e milhares de redes usando o TPC/IP".

Nos dias atuais, qualquer pessoa pode se comunicar através da INTERNET: basta que possua um computador, um modem e uma linha telefônica.

A INTERNET é absolutamente democrática: todos são iguais, não há censura e o autor da informação pode se conservar anônimo.

O volume de tráfego da INTERNET cresceu enormemente. No Brasil, calcula-se em mais de 1.000.000 (um milhão) o número de usuários.

O maior interesse despertado pela INTERNET é o "e-mail", que possibilita o envio de mensagens. Cada usuário da rede possui seu próprio endereço eletrônico, que funciona como uma espécie de "correio virtual".

Outra inovação da INTERNET é a "sala de bate-papo", conhecida como "Internet Relay Chat - IRC" ou, simplesmente, "chat". O programa permite aos

usuários “encontros” em salas virtuais, para uma conversa.

Utilizando-se do “*e-mail*” e do “*chat*”, os usuários passam horas em frente ao computador, trocando informações, experiências, opiniões e, em vários casos, mantendo contatos românticos.

2. ROMANCES ATRAVÉS DA REDE

Mais do que um veículo de comunicação, a INTERNET vem ganhando espaço também nos assuntos do coração.

Diante da grande popularidade da rede, são cada vez mais freqüentes os romances que têm início pela tela do computador. São os chamados “namoros cibernéticos”.

Uma reportagem publicada na revista CLÁUDIA, da Editora Abril, no mês de agosto de 2000, revela que “a garotada que nasceu brincando com computadores está plugada na INTERNET. Eles mantêm namoros virtuais e, muitas vezes, ainda não tiveram coragem de arriscar um beijo na vida real. Para os ciberadolescentes, ter um cibernamorado(a) é quase tão importante quanto arrumar alguém na vida real, e a quantidade de *e-mails* recebidos e de nomes na lista de destinatários virou o mais novo termômetro de popularidade”.

A princípio, os relacionamentos amorosos mantidos através da INTERNET não apresentam grandes problemas. A questão adquire contornos polêmicos quando os romances são extraconjugais. Pessoas casadas desenvolvendo “*paixões on-line*”.

3. INFIDELIDADE VIA INTERNET

Em seu sentido mais simples, pode-se dizer que existirá infidelidade sempre que uma pessoa, casada ou com envolvimento estável, mantenha relações afetivas com um terceiro. Quando estas relações amorosas se desenvolvem através da rede mundial de computadores, estamos diante da chamada “infidelidade virtual”.

Os casos de infidelidade via INTERNET são recentes, mas estão preocupando juristas de todo o mundo, devido à possibilidade de implicações na órbita do Direito.

A infidelidade através da rede se tornou um tema tão atual que constitui uma das preocupações que levaram o governo brasileiro a criar uma comissão de notáveis para estudar a questão e seus possíveis efeitos jurídicos.

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, advogado, Conselheiro da OAB/MG, professor da PUC/MG e Presidente do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, publicou recentemente um artigo, na *Revista do Senado* 23/49, sobre o assunto, onde faz várias indagações. Para o advogado, “uma das mais recentes formas de infidelidade conjugal é aquela que se estabelece através da INTERNET. É uma questão nova para o Direito e já estamos tendo que nos haver com ela.

Aqueles que se conhecem, encontram, namoram ou navegam juntos no ambiente da rede de computadores estariam de fato estabelecendo uma relação? Por exemplo, se um marido descobre que sua mulher tem um "relacionamento amoroso" pela INTERNET, poder-se-á, do ponto de vista jurídico, caracterizar tais atos como adúlterinos, com implicações na lei civil e penal? Considerando que o adultério pressupõe encontro carnal entre as partes, e que o encontro via computador é virtual, isto é, segundo o Dicionário Aurélio, "existe apenas como faculdade, porém sem exercício ou efeito atual", poderíamos dizer que estaria criada a nova figura do adultério virtual? Ou adentraríamos à discussão da invasão de privacidade e provas ilícitas?"

Diante desta nova realidade, a questão da infidelidade virtual deverá ser discutida com seriedade, a fim de serem estabelecidas suas possíveis implicações na lei penal e civil.

Não podemos ignorar a infidelidade através da INTERNET, sob pena de se colocar em risco as relações humanas fundadas no casamento, uma vez que pessoas chegam, em quantidade cada vez maior, à Justiça, com problemas de traição através da rede, sem respostas concretas para a questão na legislação brasileira.

4. DIREITO PENAL E INFIDELIDADE

O art. 240, do Código Penal, preceitua que "cometer adultério" é crime, estabelecendo uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 06 (seis) meses, para o réu e o co-réu.

A lei penal não conceitua adultério; assim, cabe ao intérprete fazê-lo, não havendo consenso na doutrina a este respeito.

4.1. CONCEITO DE ADULTÉRIO:

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lições de Direito Penal*, vol. 2/109, 1984) entende ocorrer adultério tão-somente quando haja conjunção carnal de uma pessoa casada com outra diversa da de seu cônjuge.

NELSON HUNGRIA (citado por ROMÃO CORTES DE LACERDA, *Comentários ao Código Penal*, vol. VIII/370-371, 1981), MAGALHÃES NORONHA (*ob. cit.*, p. 312) e DAMÁSIO E. DE JESUS (*Direito Penal*, vol. 3/198, 1993) emprestam ao conceito de adultério uma extensão maior. Para NELSON HUNGRIA, "qualquer ato sexual inequívoco com terceiro é crime na plenitude de sua configuração". Para MAGALHÃES NORONHA, "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". DAMÁSIO entende que "constitui adultério não somente o coito vaginal normal, como também o anormal ou qualquer ato sexual inequívoco".

Há, por fim, autores (como MAGGIORE) que entendem a configuração do adul-

tério com a realização de qualquer tipo de ato de libidinagem.

4.2. SUJEITOS DO DELITO

Sujeito ativo é a mulher casada ou o homem casado, assim como a pessoa com quem o adultério é cometido (art. 240, parágrafo 1º, do CP). Os co-autores obrigatoriamente deverão ser de sexos diferentes. Trata-se de crime de concurso necessário, porquanto só pode ser praticado por duas pessoas de sexo oposto, devendo, obrigatoriamente, uma delas ser casada.

Sujeitos passivos do delito são o Estado, uma vez que o crime de adultério lesiona “a organização ético-jurídica da família e a ordem jurídica do matrimônio” (MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. III/311, 1988) e o cônjuge enganado.

4.3. OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico que a lei penal protege, com a incriminação do adultério, é a organização da família e do casamento. O ordenamento visa preservar a paz matrimonial.

O legislador pretende coibir a conduta que mais gravemente ofende a ordem jurídica matrimonial, e que, ordinariamente, leva à dissolução da sociedade conjugal, com graves conseqüências para a pessoa do cônjuge enganado e da prole.

4.4. ELEMENTO OBJETIVO

O tipo objetivo é definido por conceituação doutrinária, pois, como já visto, há divergências conceituais. Entretanto, a idéia principal é a violação do leito conjugal.

São indispensáveis à configuração do crime de adultério a existência e vigência do casamento de um dos agentes, anterior ao ato.

4.5. ELEMENTO SUBJETIVO

É exigível o dolo para a tipificação do adultério, que consiste na vontade conscientemente dirigida à conjunção carnal *extra matrimonium*.

Não é punível o ato por culpa ou por erro quanto à condição de pessoa casada, o que exclui o dolo para o co-réu.

4.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime consuma-se com a prática do inequívoco ato sexual ou equivalentes, dependendo da conceituação.

A tentativa é admissível, embora dificilmente possa configurar-se. “Só será reconhecível em atos imediatamente tendentes à conjunção carnal, não bastando cartás ou atos libidinosos que, entretanto, poderão ser valiosos elementos de

convicção quanto à prática do crime” (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO). MAGALHÃES NORONHA aponta como hipótese de tentativa o caso em que um par de amantes, já na alcova, é surpreendido na iminência de praticar coito vaginal ou um equivalente.

Conforme sabiamente diz CARRARA, “este é o delito mais fácil de suspeitar-se e mais difícil de provar-se”. Porém, não chegando o delito a consumar-se por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, é inegável a tentativa.

4.7. PROVA DO ADULTÉRIO

O crime de adultério revela-se extremamente difícil de ser provado; entretanto, alguns se valem do flagrante como prova inequívoca.

Atualmente, devido à grande quantidade e facilidade de locais disponíveis para encontros, como motéis, apart-hotéis e outros, é constatado o fato, quando assim se deseja, com relativa facilidade; contudo, é constrangedor que o cônjuge traído, com reforço de aparato policial, invada, por exemplo, um quarto de motel, a fim de flagrar os agentes, certamente despidos, no ato máximo da traição.

4.8. AÇÃO PENAL

A ação penal é privada e somente a pode mover o cônjuge ofendido (art. 240, parágrafo 2º, do CP).

Na falta do cônjuge enganado, a persecução penal não pode ter início, uma vez que se trata de direito personalíssimo, sendo inaplicável a regra do art. 100, parágrafo 4º, do CP.

A lei penal, ao dizer que a ação só poderá ser intentada pelo cônjuge enganado, consagrou mais uma hipótese de ação penal privada personalíssima (ver art. 236, parágrafo único, do CP).

O prazo de decadência do direito de queixa é especial em relação ao prazo geral previsto no art. 103, do CP: 01 (um) mês, a ser contado após o conhecimento do fato.

Segundo o art. 240, parágrafo 3º, do CP, a ação penal não pode ser intentada: a) pelo cônjuge desquitado (desquitado deve ser entendido como separado judicialmente ou divorciado); b) pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdeu, expressa ou tacitamente. O consentimento retira o caráter de traição e deve ser anterior ou contemporâneo ao fato incriminado. O perdão deve ser inequívoco e anterior ao oferecimento da queixa em Juízo. O perdão posterior à queixa (art. 105, do CP) depende de aceitação do agente, não produzindo efeitos em relação àquele que o rejeitar (art. 106, III, do CP).

Sendo o direito de oferecer queixa privativo do cônjuge ofendido, a sua morte ou impedimento acarretará a extinção da punibilidade dos agentes: réu e corréu.

4.9. PERDÃO JUDICIAL

Segundo o art. 240, parágrafo 4º, do CP, o Juiz pode conceder ao réu o perdão judicial: a) se havia cessado a vida em comum dos cônjuges. Refere-se à separação de fato, à cessação com ânimo definitivo do convívio dos cônjuges sob um mesmo teto. b) se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317, do CC. Este artigo está revogado pela Lei do Divórcio, encontrando-se substituído pelo art. 3º, da Lei n. 6.515/77, que dispõe ser a separação judicial admissível quando o cônjuge atribua ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

Embora o Código Penal Brasileiro empregue a expressão “pode”, o perdão judicial constitui um direito do réu e não simples faculdade do Juiz. Presentes as circunstâncias, o Julgador está obrigado a não aplicar a pena.

4.10. DESCRIMINALIZAÇÃO

Descriminalização é a abolição da figura delituosa ou destipificação de fato que lei posterior deixa de considerar crime.

As grandes mudanças ocorridas no mundo conduzem a uma reformulação de valores que provocam uma defasagem entre a estrutura social e o sistema jurídico.

Os novos questionamentos sobre família e casamento passaram a ter outro respaldo após a promulgação da Lei n. 6.515/77, que foi um importante passo para minorar a defasagem entre o social e o jurídico.

O passo seguinte, nesse sentido, é, sem dúvida, a descriminalização do adultério.

NILO BATISTA assim se manifesta: “Existirá um só caso em que o temor da sanção penal terá obstado a prática do adultério? Curiosamente, será bastante mais provável que o receio das sanções de natureza civil (separação, perda dos filhos, etc.) tenha funcionado como contra-estímulo à sua prática. É esta uma das situações em que se pode ver com grande nitidez a ineficácia da solução penal, que representa não obstante um custo social elevado (conflitos pessoais, funcionamento da polícia), do aparelho judicial etc.) significando, pois, uma solução que não soluciona, mas apenas pesa” (YOLANDA CATÃO, “Notas sobre a punição do adultério e descriminalização”, in *Revista de Direito Penal*. Ed. Revista dos Tribunais n. 13/14, Jan-Junho, 1974).

ESTER KOSOVSKI, em seu livro *O crime de Adultério*, 1ª Edição, 1997, Editora Mauad, p. 167, publicou o resultado de uma pesquisa realizada sobre adultério. Diz a autora que “neste item, procuramos observar a representação que os entrevistados fazem do adultério. Isto é, a forma de caracterização que os entrevistados utilizam para definir o adultério. Nesta pesquisa aparecem categorizações

que vão desde a “moral” até as “necessidades naturais”. Utilizamos para a categorização de definição jurídica os termos: crime, ilícito civil; para as religiosas: “pecado”, “transgressão moral” e para as naturais: “necessidade psicológica” ou “fisiológica”, “coisa natural” e outras. Observamos a distribuição das respostas dos entrevistados por sexo. Representação do adultério por sexo.

	MASC.		FEM.		TOTAL	
	Nº.	%	Nº.	%	Nº.	%
CRIME	13	5,8	4	1,5	17	3,4
PECADO	21	9,4	18	6,6	39	7,9
ILÍCITO CIVIL	50	22,3	58	21,3	108	21,8
TRANSGRESSÃO MORAL	49	21,9	84	30,9	133	26,8
NEC. PSIC. E FIS.	49	21,9	65	23,9	114	23,0
COISA NATURAL	40	17,8	33	12,1	73	14,7
OUTROS	-	-	4	1,5	4	0,8
SEM RESPOSTA	2	0,9	6	2,2	8	1,6
TOTAL	224	100,0	272	100,0	496	100,0

A pesquisa revela que, para a maioria dos entrevistados, adultério não é crime, mas uma forma de transgressão moral.

Após a Constituição Federal de 1988 ter estabelecido que o conceito de família teria maior abrangência, a quase unanimidade dos juristas é favorável à supressão do tipo penal adultério, sendo que, nos projetos de reforma da parte especial do Código Penal, não mais é incluído este ilícito, confirmando a tendência social demonstrada pela pesquisa acima.

4.11. ADULTÉRIO VIRTUAL

O adultério, apesar de estar em via de ser descriminalizado, ainda é tipificado no Código Penal Brasileiro. O crime de adultério ainda está em vigor.

Como anteriormente analisado, os conceitos de adultério revelam que não só a conjunção carnal normal pode evidenciar a conduta do adúltero, entretanto, como caracterizar o delito se a relação foi somente virtual, sem contato real? Um homem casado, que passa horas em frente a um computador, plugado na INTERNET, mantendo “relações sexuais” com uma mulher, pratica crime de adultério? Existe “adultério virtual”?

Estas perguntas são uma constante no universo jurídico, que está sedento por respostas para esta inovadora questão das relações sexuais on-line.

Se adotarmos a corrente conservadora, quanto à conceituação de adultério, que entende ocorrer crime somente quando haja conjunção carnal de uma pes-

soa casada com outra diversa da de seu cônjuge, nem podemos falar em adultério virtual. Adotando a corrente mais flexível, sob a ótica de atos inequívocos que levem ao prazer sexual, poderíamos pensar na existência do adultério através da INTERNET, mas, mesmo nas definições liberais, é indispensável o contato físico entre os agentes, para configurar o tipo adultério.

As relações sexuais realizadas através da rede mundial de computadores nada mais representam do que os desejos íntimos de cada um. São, assim como os filmes pornográficos, revistas eróticas e serviços de tele-sexo, maneiras que as pessoas encontraram de satisfazer seus sonhos sexuais.

A Dra. ANGELA BITTENCOURT BRASIL, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em artigo recente publicado na INTERNET, destaca um acórdão e tece comentários a seu respeito, que merecem ser abordados. Diz a doutora: "Interessante o acórdão do TJGB – AC- Rel. Roberto Medeiros – Juricrim Fragoso n/117, *in verbis*: "Caracteriza-se o crime de adultério também pela prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, desde que inequivocadamente atentem contra a ordem matrimonial e importem em quebra do dever de recíproca fidelidade a que estão obrigados os cônjuges". Observem que atos atentatórios inequívocos, capazes de quebrar o dever de fidelidade, poderiam ser entendidos como prova do adultério, no entendimento da jurisprudência acima citada. Suponhamos que um dos cônjuges tenha tido um tipo de relação virtual atentatória ao casamento e deixe no seu computador as palavras gravadas e que foram lidas pelo ofendido. Na verdade, são atos libidinosos, atentam conta a ordem matrimonial e quebram o dever de fidelidade, mas falta um elemento primordial para o tipo penal, que é o co-réu. 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. Trata-se de crime impossível e portanto sem condições de ser atribuído a alguém. Então teremos um dos cônjuges, a materialidade do delito na forma gravada, mas onde está o co-réu para ser pego em flagrante delito? Está o co-réu a quilômetros de distância, no outro extremo do planeta? O ato libidinoso não há que ter a presença física do parceiro?"

ANTÔNIO JUNQUEIRA, professor da USP, em reportagem publicada no jornal "O Globo", datada de 19 de março de 2000, declarou: "não vejo o sexo virtual como adultério, mas ele caracteriza uma ruptura de deveres conjugais que justifica a separação. E há um vazio normativo que precisa ser preenchido".

Seguindo a tendência atual, temos que não é possível a figura do adultério virtual, por inexistir contato físico entre o réu e o co-réu.

O adultério via INTERNET constitui crime impossível, por ineficácia absoluta do meio. A rede mundial de computadores é meio absolutamente inadequado para alcançar o resultado criminoso. Relações sexuais virtuais não propiciam o contato físico entre os agentes, o que inviabiliza a configuração do tipo penal de adultério, até mesmo em suas conceituações mais liberais.

Neste contexto, diante do ordenamento jurídico brasileiro vigente, é impos-

sível a prática do crime de adultério através da INTERNET.

Também não parece viável a criação do tipo penal "adultério virtual", uma vez que o "adultério real" está para ser descriminalizado.

5. DIREITO CIVIL E INFIDELIDADE

Através do casamento, duas pessoas de sexo oposto adquirem o "estado familiar de cônjuges", que, por sua vez, é fonte de direitos e obrigações recíprocas.

O art. 231, do Código Civil, dispõe que são deveres de ambos os cônjuges: **a)** fidelidade recíproca; **b)** vida em comum, no domicílio conjugal; **c)** mútua-assistência; **d)** sustento, guarda e educação dos filhos.

A violação do dever de fidelidade representa a mais grave das infrações dos deveres conjugais.

Dentro dos padrões convencionais da sociedade moderna, estruturada à base do casamento monogâmico, a infidelidade constitui séria violação ao consorte e fundada ameaça à vida conjugal, devendo ser combatida de maneira veemente.

O **adultério** é considerado a forma mais evidente de infidelidade conjugal. Contudo, o dever de fidelidade não se esgota na abstenção da prática de relações sexuais ou equivalentes com estranho.

Se a deslealdade não chega ao extremo do ato sexual, limitando-se o infrator aos atos que denunciem aquele propósito, é manifesto ter havido grave violação do dever de fidelidade, e como injúria é de ser punido o adultério desejado.

Na figura da **injúria grave** inclui-se o comportamento conjugal intencionado no sentido do congresso sexual com estranho, exaurido nos atos preparatórios, como também se inclui o deslize envolto em sensualidade, porém despido de qualquer contato carnal, representado pela infidelidade moral ou espiritual.

5.1. SEPARAÇÃO DE FATO

É certo que o dever de fidelidade subsiste apenas enquanto subsiste a sociedade conjugal. Separado judicialmente ou divorciado, cessa para o cônjuge a obrigação de ser fiel. Entretanto, como fica a situação dos consortes, diante da simples separação de fato do casal? Persiste o dever de fidelidade?

YUSSEF SAID CAHALI, em seu livro *Divórcio e Separação*, 9ª Edição, 2000, Editora RT, p. 327, ensina que "o dever de fidelidade não sofre qualquer modificação durante o estado de separação de fato, nem mesmo se houve pacto entre os cônjuges, com a liberação recíproca da fidelidade, o que, aliás, seria de manifesta nulidade. E a melhor jurisprudência, antiga e recente, define-se no sentido da ineficácia da separação de fato, quaisquer que sejam as suas circunstâncias, para liberar o cônjuge à prática do adultério".

Existem, entretanto, algumas decisões recentes, com grande pretensão de modernidade, a proclamar, sob os argumentos dos mais variados, a cessação do dever de fidelidade ao ensejo da simples separação de fato, ainda que misturan-

do e ignorando princípios basilares que informam o direito de família.

5.2. EXCEÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DO PERDÃO

O revogado art. 319, I e II, do CC, previa as figuras das exceções de concorrência e do perdão.

O abandono do lar por um dos cônjuges ou seus eventuais deslizes favorecia a liberação dos deveres matrimoniais quanto ao outro consorte. A infidelidade deixava de ser motivo para a separação, se o cônjuge houvesse concorrido ou consentido, de forma voluntária e consciente, para que o outro a cometesse.

Atualmente, após a revogação do mencionado dispositivo legal pela Lei n. 6.515/77, a quase unanimidade da doutrina entende que a falta grave de um dos consortes deve fundamentar uma ação de separação, mas jamais ser escusa para transgressão do dever de fidelidade recíproca. Se um cônjuge infringe os deveres matrimoniais, nem por isto o outro se investe impunemente do direito de conspurcar o tálamo conjugal, nem ficará aquele inibido da faculdade de requerer a separação judicial motivada pela infidelidade deste.

A fidelidade é de ambos os cônjuges e incondicionada. O procedimento, o caráter, a conduta, os hábitos de um dos cônjuges não escusam ao outro o adultério, ou de qualquer outra falta, devido à regra de que as culpas não se compenham. O adúltero-demandado não pode alegar o desvio de conduta do outro cônjuge para liberar-se do dever de fidelidade e escapar da procedência da ação de separação.

A concorrência e o perdão reaparecem, entretanto, como informadores apreciáveis na verificação do requisito da insuportabilidade da vida em comum, colocado como condição necessária para a separação judicial, e sob a nova concepção devem ser examinados.

5.3. SEPARAÇÃO-SANÇÃO

A separação-sanção está prevista no art. 5º, *caput*, da Lei n. 6.515/77: "A separação judicial poderá ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum".

A violação do dever de fidelidade, através da prática de adultério ou de injúria grave, que torne insuportável a vida em comum, é fundamento de ação de separação.

O cônjuge traído pode e deve ingressar com a separação judicial, visando imputar ao seu consorte culpa pela dissolução da sociedade conjugal, gerando vários e diferentes efeitos para cada um dos envolvidos.

5.4. CULPA E INFIDELIDADE VIRTUAL

Um cônjuge pode ingressar com uma ação de separação imputando ao outro culpa pelo fim da sociedade conjugal, por violação do dever de fidelidade, configurado na traição através da INTERNET?

Anteriormente, vimos que o dever de fidelidade pode ser quebrado através do adultério e da injúria grave. Também analisamos a impossibilidade da conduta de adultério ser praticada através da INTERNET, uma vez que pressupõe contato físico entre os agentes. Resta saber se a infidelidade virtual pode ser considerada injúria grave, a ponto de imputar culpa ao cônjuge infiel pelo término da sociedade conjugal.

A doutora ANGELA BITTENCOURT BRASIL, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em artigo recente publicado na INTERNET, entendeu que “esta questão, por ser de foro íntimo de cada um, pode representar ou não injúria grave. Digo isto porque o sentimento de injúria é subjetivo e cada um sente de uma forma, de modo que se algo pode ser injurioso para uma pessoa pode não o ser para outra. A decisão para o caminho da Vara de Família fica, portanto, à critério do cônjuge ofendido com tal ato virtual”.

A advogada CARMEN FONTENELLE, em recente artigo publicado na *Tribuna do Advogado*, declarou que “se a relação for mantida às escondidas, subentende-se que haja traição. Do contrário, o sigilo não seria necessário. Um relacionamento virtual pode ser considerado um comportamento injurioso, a partir do momento em que se quebram a fidelidade e a confiança do marido ou da mulher”.

Acrescenta a doutora CARMEN, “se argumentos como chegar tarde em casa ou beber demais valem na hora de requerer a separação, alegar que o marido ou a mulher se corresponde com pessoas na INTERNET, traindo a afetividade e a cumplicidade do casal, também é algo válido, já que constitui fator de desestabilização da família”.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rudi Loewenkron, no mesmo artigo da *Tribuna dos Advogados* supra mencionado, afirmou que “não tem dúvidas de que relacionamentos de cunho amoroso fora do casamento, ainda que não abranjam contatos corpóreos, podem ser entendidos como injúria grave contra o cônjuge traído”.

Seguindo a orientação atual, temos que a infidelidade virtual pode configurar injúria grave e gerar a dissolução da sociedade conjugal, por culpa do cônjuge infiel, que violou o dever de fidelidade recíproca, através de romances via INTERNET.

Sentindo-se traído, o consorte pode ingressar com ação de separação em face do cônjuge infiel, imputando a este culpa pelo fim do casamento, por ter tornado insuportável a vida em comum, devido a seus encontros amorosos mantidos através na rede mundial de computadores.

6. PROVA DA INFIDELIDADE

O ponto nodal da infração do dever de fidelidade reside exatamente na sua prova. As pessoas que se propõem à sua prática mostram-se, em geral, cautelosas, cercando-se de precauções para não serem surpreendidas.

Raras vezes a infidelidade poderá ser comprovada pelo flagrante ou por outras provas de evidência esmagadora. Daí a necessidade que tem a Justiça de se contentar com provas indiretas, simples presunções, reclamando-se, apenas, que a prova conjectural se firme em indícios e circunstâncias veementes, graves e concordantes.

Ainda que não suficientemente provado o adultério, mas remanescendo a demonstração de atos tendentes à sua prática, de adultério tentado, de deslizes e de comportamentos reprováveis, ainda assim a separação judicial poderá ser decretada, pois a injúria grave representa, do mesmo modo, grave infração do dever de fidelidade.

Se a prova apresenta dificuldades no campo da "infidelidade real", na "infidelidade virtual" é muito mais complexa e controvertida.

Protegidos pelo anonimato, na grande maioria das vezes, os infieis cibernéticos dão informações falsas sobre seus atributos, especialmente quanto ao seu estado civil, no afã de serem aceitos e desejados pelo parceiro virtual.

O cônjuge que viola o dever de fidelidade através da INTERNET tem uma situação confortável. Acobertado por *nicknames* (apelidos), sem contato visual, podendo entrar e sair da rede a qualquer momento, comunicando-se através de linguagem simbólica, entrega-se à ousadia de criar quantos personagens possam povoar o seu imaginário. Como, então, provar a infidelidade virtual?

Diante do crescente número de paixões *on-line*, alguns profissionais da área de informática se especializaram em flagrar a traição na rede, por meio de rastreamento de informações. Entretanto, será que tal meio de prova pode ser considerado lícito?

Alguns entendem que verificar os *e-mails* do cônjuge suspeito de traição implica em quebra de sigilo e invasão de privacidade. Outros consideram que verificar as mensagens recebidas pelo esposo ou pela esposa, por *e-mail*, não representa quebra de sigilo nem invasão de privacidade. Entendem que, se o marido, por exemplo, resolve gravar seu próprio telefone por suspeitar da mulher, não estará cometendo nenhuma infração. Da mesma forma, não acreditam em quebra de sigilo nos casos em que o indivíduo verifica os *e-mails* de seu cônjuge no computador comum.

A prova da infidelidade virtual é difícil e polêmica. *E-mails* podem ser forjados, até mesmo pelo cônjuge que se diz enganado. Romances mantidos nas salas de bate-papo raramente deixam vestígios.

Num ato extremo, a apreensão do computador poderia configurar violação a direito fundamental, já que a Constituição diz ser inviolável o sigilo da corres-

pondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, para fins criminais – art. 5º, inc. XII, da CF/88.

Se a infidelidade virtual, como analisado anteriormente, não é crime, o que justificaria a apreensão do computador, ainda que forçosamente fosse considerado um instrumento de utilização de linha telefônica?

Como proceder durante a coleta do suporte probatório da infidelidade virtual, já que dificilmente existirão provas materiais e “visíveis”? Esta é uma questão inovadora, que necessita de regulamentação, para propiciar a coleta de provas autênticas e lícitas, sem quaisquer dúvidas sobre sua origem.

A infidelidade virtual é uma realidade e, ainda mesmo sem regulamentação legal, precisa ser enfrentada, especialmente pelo Ministério Público, já que seus membros devem zelar pelo respeito aos direitos das pessoas envolvidas e pela preservação da organização da família e do matrimônio.

CONCLUSÃO

Sintetizando o que tentamos desenvolver neste trabalho, devemos considerar que:

a) A maior transformação que a humanidade sofreu, em termos de comunicação, foi a criação da INTERNET, que permite a troca de informações entre qualquer pessoa que possua um computador, um *modem* e uma linha telefônica, representando o *e-mail* e os *chats* suas maiores revoluções.

b) Vários romances acontecem através da INTERNET, sem maiores conseqüências, somente adquirindo contornos polêmicos quando são extraconjugais, ou seja, mantidos por pessoas casadas.

c) A infidelidade virtual é, certamente, uma questão inédita e de grande relevância social, devido à possibilidade de implicações na órbita do Direito, o que levou o governo brasileiro a criar uma comissão de notáveis para estudá-la e definir seus possíveis efeitos jurídicos.

d) No âmbito do Direito Penal, a infidelidade através da INTERNET, modernamente denominada de “adultério virtual”, configura crime impossível, por ineficácia absoluta do meio, já que a rede mundial de computadores é meio absolutamente inadequado para alcançar o resultado criminoso. Relações sexuais virtuais não propiciam o contato físico entre os agentes, o que inviabiliza a configuração do tipo penal de adultério, até mesmo em suas

conceituações mais liberais.

e) Não é viável a criação do tipo penal “adulterio virtual”, uma vez que o “adulterio real” está para ser descriminalizado.

f) Na órbita do Direito Civil, a infidelidade através da INTERNET configura injúria grave e pode gerar a dissolução da sociedade conjugal, por violação do dever de fidelidade recíproca. Sentindo-se traído, o consorte pode ingressar com ação de separação em face do cônjuge infiel, imputando a este culpa pelo fim do casamento, por ter tornado insuportável a vida em comum, devido a seus encontros amorosos mantidos através da rede mundial de computadores.

g) A prova da infidelidade real é difícil e complexa, sendo a da infidelidade virtual ainda mais intrincada e complicada, necessitando de regulamentação urgente, já que de um lado está o direito do cônjuge traído e da prole e do outro, o sigilo e a privacidade do consorte infiel.

h) A infidelidade através da INTERNET é uma realidade e, ainda mesmo sem regulamentação legal, precisa ser enfrentada pelos profissionais do Direito.

i) O Ministério Público, como guardião da sociedade, desempenha papel de relevante e fundamental importância na questão da infidelidade virtual, uma vez que, tanto no âmbito penal como no âmbito cível, deve promover justiça nos casos deduzidos em juízo, visando preservar o interesse das partes envolvidas, bem como da coletividade, já que está em discussão a organização da família e do casamento.

Finalizando, estas e outras razões que poderiam ser aduzidas são justificativas e fundamentos, a nosso ver, suficientes para o desenvolvimento e conclusão do tema proposto.

BIBLIOGRAFIA

ANGELI, Aline. “A geração www”. Revista Cláudia. Editora Abril. Agosto, 2000.

BEMBOM, Marta Vinagre. “Infidelidade Virtual e Culpa”. *Revista Brasileira de Direito de Família* – Nº. 5. Síntese. IBDFAM. Abr-Mai-Jun 2000.

BRASIL, Angela Bittencourt. “Adulterio na Internet”. *Farol Jurídico – Internet*, 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

FORUM PERMANENTE DO DIREITO DE FAMÍLIA. "Direito Penal: Reflexos no Direito de Família. Reforma Penal. Crime de Adultério. Descriminalização. Adultério Virtual." 20ª reunião. Rio de Janeiro, EMERJ, 2000.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOUVEA, Sandra Medeiros Proença de. *O Direito na Era Digital. Crimes Praticados por meio da Informática*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 3º volume – Parte Especial. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

KOSOVSKI, Ester. *O "Crime" de Adultério*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

MARQUES, Flávia. www.traicao.com. *Tribuna do Advogado*. Rio de Janeiro, 2000.

MENDES, Vannildo. "Juristas se debruçam sobre o adultério virtual. Relacionamentos afetivos pela Internet são tema de comissão criada pelo Governo para atualizar direito de família." *Jornal "O Globo"*, 19 de março de 2000.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e Separação Judicial. Comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Rio de Janeiro, 2000.

^(*) ADRIANA ARAÚJO PORTO é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
