



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO,  
CULTURA E TECNOLOGIA SÃO CARLOS  
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC  
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

**SAMILLI FERREIRA PEREIRA AMORIM**

**ENTRE A FIDELIDADE E A LEALDADE CONJUGAL NA ERA  
DIGITAL: O ADULTÉRIO EM APLICATIVOS DIGITAIS E SEU  
ENQUADRAMENTO COMO ENSEJADOR DO DANO MORAL**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

2019

**SAMILLI FERREIRA PEREIRA AMORIM**

**ENTRE A FIDELIDADE E A LEALDADE CONJUGAL NA ERA  
DIGITAL: O ADULTÉRIO EM APLICATIVOS DIGITAIS E SEU  
ENQUADRAMENTO COMO ENSEJADOR DO DANO MORAL**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Doutor Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

2019

## FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC  
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves  
20/2019

A524e Amorim, Samilli Ferreira Pereira

Entre a fidelidade e a lealdade conjugal na era digital : o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral / Samilli Ferreira Pereira Amorim. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2019. 81 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2019.  
Orientador: Tauã Lima Verdun Rangel.  
Bibliografia: f. 77-81.

1. ADULTÉRIO 2. LEALDADE 3. INFIDELIDADE VIRTUAL  
4. DANOS MORAIS I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título

CDD 346.81016

**SAMILLI FERREIRA PEREIRA AMORIM**

**ENTRE A FIDELIDADE E A LEALDADE CONJUGAL NA ERA  
DIGITAL: O ADULTÉRIO EM APLICATIVOS DIGITAIS E SEU  
ENQUADRAMENTO COMO ENSEJADOR DO DANO MORAL**

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ para obtenção do título de Bacharelado em  
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Formatação: ( ) \_\_\_\_\_

Nota final: ( ) \_\_\_\_\_

**Comissão Examinadora**

---

**Prof. XXXXXX**

Orientador

---

**Prof. XXXXX**

Coorientador ou Avaliador de Metodologia

---

**Prof. XXXXX**

Avaliador de Conteúdo

---

**Prof. XXXXX**

Avaliador de Conteúdo

Dedico este trabalho a todos que me apoiaram, e que torceram por mim durante todo o curso; sou eternamente grata a todos os professores que contribuíram na minha trajetória acadêmica, mas em especial ao meu nobre orientador, pela disponibilidade e assistência, o professor Doutor Tauã Lima Verdán Rangel, que foi responsável pela orientação do meu trabalho, obrigada por ser tão atencioso e por compartilhar da sua sabedoria comigo.

Agradeço primeiramente à Deus que com a sua infinita bondade me deu forças para vencer mais esta etapa na minha vida, a fé no senhor sem dúvidas, me ajudou a lutar até o fim. Agradeço ao meu querido esposo, que sempre esteve ao meu lado me dando carinho, me apoiando e me incentivando. Aos meus pais imensa gratidão por todo apoio e torcida, e aos demais amigos e familiares sintam-se alcançados, pois sem vocês eu não teria chegado até aqui.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível. ”

*Charles Chaplin*

AMORIM, Samilli Ferreira Pereira. **Entre a Fidelidade e a Lealdade conjugal na era Digital: o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral.** 81f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2019.

## RESUMO

O Direito sempre está em constante evolução, com intuito de suprir as novas demandas que surgem na sociedade, desta forma o direito de família passou por diversas transformações, principalmente no conceito de entidade familiar. O presente trabalho tem o objetivo de fazer um amplo estudo sobre a fidelidade e a lealdade na era digital, e o adultério por meio digital como ensejador do dano moral. Este trabalho analisa a possibilidade da aplicação do dano moral nos casos de infidelidade virtual, desenvolve também acerca dos deveres legais de fidelidade e de lealdade que são peculiares ao casamento e à união estável. O dano moral é avaliado na esfera de responsabilidade civil, passando da prova até a reparação do referido dano, o dano moral e a infidelidade virtual também são abordados de forma conjunta, sob a análise da produção de prova para a caracterização da infidelidade virtual, visto que o dano sofrido é considerado imensurável, portanto se analisa o adimplemento do dano sofrido através do recebimento da compensação do dano moral. A metodologia empregada na construção do presente pautou-se na convergência dos métodos historiográfico e dedutivo. Em relação às técnicas de pesquisa, optou-se pela utilização da revisão de literatura sob o formato sistemático e a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-Chave:** Fidelidade. Lealdade. Infidelidade Virtual. Dano Moral.

AMORIM, Samilli Ferreira Pereira. **Between Fidelity and Marital Loyalty in the Digital Age: Adultery in digital applications and their framing as a cause of moral damage.** 81p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2019.

### **ABSTRACT**

Law is always in constant evolution, in order to meet the new demands that arise in society, so family law has undergone several transformations, especially in the concept of family entity. This paper aims to make a broad study of fidelity and loyalty in the digital age, and adultery through digital media as a cause of moral damage. This paper analyzes the possibility of applying moral damage to cases of virtual infidelity, and develops the legal duties of fidelity and loyalty that are peculiar to marriage and stable union. Moral damage is analyzed in the sphere of civil liability, from proof to reparation of such damage, moral damage and virtual infidelity are also approached jointly, under the analysis of the production of evidence for the characterization of virtual infidelity, since that the damage sustained is considered immeasurable, so we analyze the performance of the damage sustained by receiving compensation for the moral damage. The methodology used in the construction of the present was based on the convergence of historiographic and deductive methods. Regarding research techniques, we chose to use the literature review under the systematic format and bibliographic research.

**Keywords:** Loyalty. Fidelity. Virtual Infidelity, Moral Damage.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. - artigo

CC - Código civil

CF - Constituição Federal

# SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviaturas

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1 A FAMÍLIA NO CONTEXTO HISTÓRICO: DE CÉLULA DE CONCENTRAÇÃO ECONOMICA À CÉLULA BASE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO</b> .....	<b>15</b>
1.1 A família na Antiguidade: O espaço de exercício do poder do <i>pater familias</i> .....	20
1.2 A família na Idade Média: a elevação do matrimônio à condição de sacramento religioso.....	25
1.3 Família no Direito Brasileiro: A experiência do Código Civil de 1916 até a promulgação da Lei do Divórcio .....	28
<b>2 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E A PRINCIPIOLOGIA DO AFETO E DA BUSCA PELA FELCIDADE</b> .....	<b>33</b>
2.1 A família na ordem constitucional de 1988.....	37
2.2 A contemporânea principiologia do direito das famílias .....	42
2.3 O afeto e a busca pela felicidade como princípios norteadores dos novos arranjos familiares .....	46
<b>3 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA: O IMPACTO DA TECNOLOGIA NA MUDANÇA DA SOCIEDADE E S REDES SOCIAIS COMO ESPAÇO DE RELACIONAMENTO</b> .....	<b>55</b>
3.1 O adultério à luz do Código Civil de 2002 .....	59
3.2 O dever de fidelidade <i>versus</i> o princípio da lealdade conjugal.....	64
3.3 Entre a fidelidade e a lealdade conjugal na era digital: o adultério em aplicativos digitais e seu enquadramento como ensejador do dano moral .....	69
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

A entidade familiar sempre se mostrou como fundadora do desenvolvimento individual das pessoas, pois a família é a primeira forma de um indivíduo estar inserido dentro da sociedade. Contudo, de acordo com os períodos históricos e com os valores sociais, com o passar do tempo, a família passou por diversas transformações acerca da sua constituição. Nas relações familiares, principalmente quando ocorre o rompimento de um casamento, podem ocorrer situações que ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana, que está explícito no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Desta forma, estas situações podem levar e justificar o direito de indenização por dano moral ao cônjuge ofendido, direito este que está previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

A fidelidade é um dever que vem junto com o casamento, pois é um dever presente no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não há nenhum remédio jurídico específico caso ocorra a violação desse dever, motivo este em que cada dia se torna mais comum o rompimento de casais devido a uma nova modalidade de infidelidade, sendo esta a infidelidade virtual. Ademais, a grande exposição de pessoas comprometidas nas redes sociais, juntamente com a facilidade de acesso aos meios virtuais, proporciona um ambiente favorável para as relações extraconjugais, ambiente este que encoraja as pessoas para que se envolvam virtualmente, causando grande sofrimento ao parceiro traído.

O presente trabalho apresenta um amplo estudo acerca da infidelidade virtual, conjecturando como forma de reparação ao cônjuge ofendido, a possibilidade da aplicação do dano moral. A metodologia empregada na construção do presente pautou-se na convergência dos métodos historiográfico e dedutivo. No que atina ao método historiográfico, justificou-se a utilização em razão da apresentação das evoluções do vocábulo *família* e o seu reconhecimento como constructo histórico-social datado e que reflete determinados contextos de formação. Já no que se refere ao método dedutivo, a aplicação encontrou assento na proposta de recorte da temática eleita como objeto central.

A pesquisa, ainda, se configura como qualitativa, a partir do ponto da abordagem dispensada ao objeto. Em relação às técnicas de pesquisa, optou-se pela utilização da revisão de literatura sob o formato sistemático, cujos artigos eleitos se

deu a partir da temática central do trabalho de conclusão de curso. Ainda como técnicas de pesquisa, lançou-se mão da revisão bibliográfica, a partir dos teóricos considerados referenciais na subárea do Direito de Família.

O ponto principal da infidelidade virtual, está inteiramente ligado às redes sociais, de modo em que estas estão cada vez mais inseridas no meio familiar, já que na atualidade as pessoas usam a internet como forma de relacionamento com outras pessoas. Desta forma, ocorre a violação dos deveres entre os cônjuges, companheiros e conviventes, que deverá ser provado pela a vítima da traição virtual, que por meio de provas, poderá entrar com ação reparatórias de danos morais, visto que o cônjuge ofensor violou os preceitos fundamentais do direito de família.

Inicialmente, o primeiro capítulo trata acerca da evolução da instituição familiar, este trabalho irá apresentar de forma sistemática e objetiva as transformações pertinentes à família, tanto na sociedade quanto na esfera jurídica, objetivando, principalmente amparo constitucional para as novas modalidades de família que se desenvolveram ao longo do tempo. Desta forma é abordada a evolução histórica da família, desde o surgimento do primeiro núcleo social até a atualidade que é a fase contemporânea, apontando cada mudança desde o início dos tempos até o período atual da modernidade.

Posteriormente, no segundo capítulo, o trabalho apresentou uma análise a respeito do afeto nas relações familiares, do amparo que a Constituição Federal de 1988 concedeu a este instituto e sobre os princípios norteadores do direito de família. Neste sentido, o afeto se encontra como fundamento do princípio da afetividade, tornando-se um elemento de repersonalização da família, viabilizando assim a organização dos diversos arranjos familiares presentes na sociedade contemporânea. Observa-se, também, uma abordagem concernente ao amparo que a Constituição Federal proporcionou as novas modalidades da família, e por fim outro ponto importante do segundo capítulo é a abordagem feita a respeito dos princípios norteadores deste instituto, destacando assim os que especificamente tem relação direta com o tema abordado.

No terceiro, e último capítulo, foi realizada uma análise sobre a infidelidade virtual e o dano moral, estudando as possibilidades de aplicação do instituto do dano moral nos casos de infidelidade virtual, como medida de reparação ao dano sofrido pelo cônjuge traído. A importância deste estudo está na possibilidade da aplicação do

dano moral nos casos de infidelidade virtual, visto que há uma grande ausência no ordenamento jurídico brasileiro, acerca de mecanismos próprios nos casos do descumprimento do dever legal de fidelidade, de forma em que se não fosse o instituto do dano moral, os danos morais sofridos pelas vítimas do descumprimento do dever de fidelidade seriam irreparáveis.

Sendo assim, a infidelidade atinge a Constituição Federal, todavia a modalidade de infidelidade virtual possui poucos posicionamentos e julgados, de forma em que há lacunas na esfera jurídica acerca deste tema, principalmente para responsabilizar uma pessoa pela violação deste dever, porém o aumento dos casos relacionados à infidelidade virtual, desenvolve cada vez mais posicionamentos sobre este tema.

# 1 A FAMÍLIA NO CONTEXTO HISTÓRICO: DE CÉLULA DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA À CÉLULA-BASE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

De acordo com Monteiro (1997 *apud* LEITE, 2007, p.61), a família é considerada a base da sociedade, sendo vista como um fator primordial na organização social, visto que a família gerou o ordenamento jurídico a que se submetiam homens e mulheres desde os primórdios. Moraes, ainda, aduz que:

Não foi, portanto nem o estado nem o Direito que criaram a família, pois foi esta que criou o Estado e o Direito, como sugere a famosa frase de Rui Barbosa: "A pátria é a família amplificada". Como a primeira base da organização social, a família deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico vigente. (MORAES, 2014, p.317)

Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p. 79), por sua vez, elucida que conforme os estudos históricos no início o homem era um ser humano único, de forma em que não existia vínculos afetivos uns com os outros. Neste cenário, a relação entre homem e mulher era meramente sexual e unicamente pela razão de seus instintos, de forma em que se compreende que na época não havia uma ideia de união, portanto qualquer homem era livre para se relacionar com a mulher que quisesse e vice-versa.

Sobre esta época, Engels (1884 *apud* VENOSA 2005, p.83), afirma que era: "uma época primitiva em que imperava no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres". Segundo Gonçalves (2008), não havia distinção, tampouco preconceito, foi uma época onde era aceita todo tipo de relação.

Neste diapasão, Engels (1884 *apud* VENOSA 2005, p.85) relata que, conforme o homem foi evoluindo e dispoñdo de um maior conhecimento sobre o meio em que ele vivia, começou a realizar atividades que exigiam raciocínio, não apenas o instinto, como a caça e a pesca, resultando, assim, os instrumentos de pedra, o fogo, a cerâmica o arco e flecha. Oliveira (2003) complementa relatando que neste momento, o homem abandonava os filhos e os deixava os cuidados das mulheres, que passaram a se dedicar a prole, a mulher se dedicava a cuidar dos filhos e do lar e o homem se dedicava à caça, a agricultura e ao pastoreio.

Pereira (2001) ensina que, com o passar do tempo, o homem conseguiu compreender melhor sobre o significado da sociedade, momento em que surgiram as primeiras famílias. No início, aludidas famílias eram somente consanguíneas, ou seja, eram formadas com o objetivo da preservação da espécie, modalidade esta de família que permitia o relacionamento livre de homens e mulheres sem qualquer discriminação, somente entre pais e filhos. Desta forma, Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p. 97), em sua concepção, relata que, na modalidade em exame de família, não havia forma de estabelecer quem era o progenitor, não existindo, portanto, a figura paterna, apenas era reconhecido quem era a progenitora, porém não existia a figura atual de “mãe”.

De acordo com Mello (1982 *apud* GONÇALVES, 2008, p. 87), após esta fase surgiram as famílias punaluanas, espécie esta de constituição familiar que decretou o primeiro impedimento acerca dos sujeitos que poderiam se relacionar. Deste modo, nesta modalidade de família, não era permitida relação entre irmãos, todavia a definição de irmãos era estabelecida de acordo com a progenitora de forma em que eram impedidos de se relacionar filhos de uma mesma mãe. Sem embargos, nesta época, ainda, não existia a figura do pai, conseqüentemente era permitida a relação entre pais e filhas.

Morgam (1831 *apud* CANEVACCI, 1982, p. 63), por sua vez, define as famílias punaluanas como: “o casamento de várias irmãs, carnais e colaterais, com os maridos de cada uma das outras no interior de um grupo”. Em complemento, Pereira (2001) afirma, ainda, que, naquela época, o homem se casava com uma mulher, no entanto poderia se relacionar com as irmãs de sua mulher e a mulher tinha liberdade de se relacionar com seu marido e com seus cunhados, não havendo impedimento nenhum para nenhuma das partes.

Freud (1913 *apud* DIAS, 2008, p.326) aduz que as famílias punaluanas adotavam um sistema totêmico, em que cada família tinha um totem que era considerado o símbolo daquela família, geralmente representado por um animal, porém em alguns casos era um vegetal ou um fenômeno da natureza. Para Dias (2008) este totem era adorado e respeitado por todos os membros da família, onde estes eram impedidos de matá-lo ou o destruir, e somente era permitida a procriação entre devotos de um mesmo totem.

Freud (1913 *apud* DIAS, 2008, p. 326) relata que: “ a relação com o seu totem é a base de todas as suas obrigações sociais: sobrepõe-se a sua filiação tribal e as suas relações consanguíneas”. Deste modo, de acordo com o aduzido por Oliveira (2003), o surgimento da família punaluana foi um importante marco na história, vez que adveio desta modalidade familiar os primeiros impedimentos significativos acerca do casamento e o incesto começou a ser visto como uma irregularidade familiar.

Segundo Engels (1884 *apud* VENOSA 2005, p.163), logo após, advieram as famílias sindiásmicas, que foram as primeiras a abandonar a vida primitiva e passaram a residir em casas. Contudo, as casas eram grandes e comunais servindo, assim, de abrigo para vários casais. Acerca das famílias sindiásmicas Morgan (1831 *apud* CANEVACCI, 1981, p,103) relata que: “fundava-se sobre o casamento entre casais individuais, mas sem a obrigação de coabitação exclusiva. O casamento prosseguia enquanto ambas as partes o desejassem “.

Morgan (1831 *apud* CANEVACCI, 1982, p. 64) prossegue, em especial quando diz que, através dessa nova forma de coabitação, o homem e a mulher passaram a se relacionar de uma forma mais parecida com os dias atuais, isto é, passaram a ter uma conexão maior. Desta forma, com a redução do tamanho da família, a mulher passou a ter contato com menos homens fator este que possibilitou uma relação entre os homens e seus filhos, inda não eram considerados pais mas tinham uma relação mais próxima do que a da espécie anterior.

Um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continua a ser direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida comum. (ENGELS, 1884 *apud* VENOSA, 2005, p.178)

Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p.181) ensina que as proibições das famílias consanguíneas e punaluanas foram mantidas e expandidas pelo totemismo, bem como ainda se permitia o relacionamento de homens e mulheres com parceiros de outros casais, desde que fossem observadas as proibições sanguíneas. Freud, por sua vez, destaca:

Do lado da sogra, temos a relutância em abrir mão da posse da filha a desconfiança do estranho a quem esta é entregue, um impulso de manter a posição dominante que ocupou em sua própria casa. Do lado

do genro há a determinação de não se submeter mais a vontade de outrem o ciúme de alguém que possuiu a afeição de sua esposa antes dele e, por fim, mas não em último lugar, a resistência a algo que interfere na supervalorização ilusória originada de seus sentimentos sexuais. A figura da sogra geralmente causa essa interferência porque tem muitas características que lhe lembram a filha e, não obstante, carece de todos os encantos de juventude, beleza e frescor espiritual que fazem da sua esposa uma pessoa atraente para ele. (FREUD, 1913 *apud* DIAS, 2008, p.337)

De acordo com Morgan (1831 *apud* CANEVACCI, 1982, p.78), esta família ainda era matriarcal. Sendo assim, a mulher mais velha da casa era considerada uma figura de grande importância na sociedade, isto é, servia de conselheira para seus filhos e filhas, a partir desta época foi proibido coabitar com as sogras. Conforme Morgan (1831 *apud* CANEVACCI, 1982, p. 94) aduz, ao decorrer do tempo o homem deixou de ser submisso em relação ao controle da sociedade, e passou a dominar as decisões do clã, surgindo, assim, as famílias patriarcais.

Na visão de Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p.122), a família patriarcal era uma “ organização de certo número de indivíduos, livres e não livres numa família submetida ao poder paterno de seu chefe”. Nesse sentido, Leite (2007) assevera que ainda que a família patriarcal fosse muito parecida com a família sindiásmica, a família patriarcal era regida pelo homem sendo este livre para se relacionar com outras mulheres, porém a mulher era proibida de se relacionar com outros homens.

Na concepção de Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p.138), na família patriarcal era permitida a poligamia, mas não a poliandria. Neste caso, o homem queria ter poder sobre a sua prole e para isso somente ele poderia manter relações sexuais com a sua mulher, e neste momento surgiu a figura do pai onde o homem passou a ter certeza da sua progênie.

Engels (1884 *apud* VENOSA,2005, p.122) elucida que neste momento, o homem passou a coabitar com a sua esposa, porém era permitido que ele tivesse outras mulheres, podendo, assim, ter descendentes de mulheres diferentes. Assim, além do homem ser soberano sobre as mulheres e os filhos era comum que fosse subjugado ao homem o poder patriarcal sobre os escravos, sendo eles tratados como mera propriedade e sendo obrigados a se submeter a todas as vontades do homem, inclusive na época era bem comum que as escravas servissem sexualmente os seus chefes, conforme o entendimento de Diniz (2002).

Conforme relata Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p.147), nesta época não havia briga entre homens pela prole, porém havia um conflito acerca do patrimônio do homem e sobre os direitos que cada mulher tinha. De acordo com Dias (2010) o homem possuía mais de uma mulher e era possível ele se relacionar e ter filhos com as escravas, daí surgiu uma discussão com relação aos bens que deveriam ser distribuídos a cada mulher e aos filhos.

Complementa Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p.176) que a família patriarcal era constituída com a figura de uma mulher principal, mulher esta que se aproveitava da sua situação para diminuir os direitos das outras mulheres e de seus respectivos filhos. Desta forma, Pereira (2001) compreende que, neste momento, foi necessário que o homem deixasse a sua posição poligâmica e passasse a se relacionar apenas com uma mulher, surgindo assim a família monogâmica, onde o casamento era visto como obrigação de relação exclusiva a uma única pessoa.

De modo algum foi fruto do amor individual sexual, com o qual nada tinha em comum, já que os casamentos, antes como agora permaneceram casamentos de conveniência. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. (ENGELS, 1884 *apud* VENOSA, 2005, p. 238)

Oliveira (2003) elucida que, inicialmente, era evidente o domínio do sexo masculino sobre o feminino, em que a monogamia era na verdade uma condição exigida apenas à esposa, de forma em que o marido tinha liberdade para se relacionar sexualmente com outras mulheres, desde que o domicílio conjugal não fosse violado. Dias (2008) elucida que ao contrário das famílias patriarcais, o homem não poderia ter mais de uma mulher como esposa, mas não havia nenhuma barreira que o impedisse de se relacionar sexualmente com outras mulheres.

De acordo com Engels (1884 *apud* VENOSA, 2005, p. 211), ao decorrer do tempo a sociedade foi entendendo acerca dos parâmetros familiares, e tornando condenável a prática da poligamia do homem, condenação esta que era meramente conceitual visto que era uma prática tolerada e usual. Ademais, o autor afirma:

Embora seja, de fato, não apenas tolerado mas praticado livremente sobretudo pelas classes dominantes, ele é condenado em palavras. E essa reprovação, na realidade, nunca se dirigem contra os homens

que o praticam e sim, somente, contra as mulheres que são desprezada e repudiadas, para que se proclame uma vez mais, como lei fundamental da sociedade a supremacia absoluta do homem sobre o sexo feminino. (ENGELS,1884 *apud* VENOSA,2005, p. 432).

Neste diapasão, Dias (2008) afirma que a família monogâmica é a que permanece nos tempos atuais, pelo menos na maior parte da sociedade. Ainda que em alguns países que são baseados em crenças religiosas permitam a poligamia, o modelo de família monogâmica é o que prevalece no mundo ocidental.

### **1.1 A FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE: O ESPAÇO DE EXERCÍCIO DO PODER DO PATER FAMÍLIAS**

Na concepção de Foucault (2008), o casamento, durante a Idade Antiga, em especial no império romano, era classificado como uma instituição regulamentada pelos costumes e pela religião doméstica. Assim, era exercido de forma contratual e privada, não existia formalismos relacionados a entidade familiar e a mediação dos poderes públicos era totalmente dispensada.

Conforme o entendimento de Modestino (2002, p. 9), “as núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano”. Desta forma, de acordo com o entendimento apresentado por Modestino (2009), de forma social, existem três complementos envoltos ao casamento, sendo a união, o consórcio e a comunicação, elementos estes que são considerados princípios de suma importância.

*Sob a auctoritas do pater familias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (jus vitae et necis), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia. (PEREIRA, 1991 *apud* MELLO 2009, p. 23)*

Othon (2001) apresenta as modalidades de matrimônio que existiram durante a vigência do Direito Romano, sendo elas *Cum Manu* e *Sine Manu*. Sendo assim Dias

(2013) relata que o casamento *Cum Manu* é classificado como a forma mais antiga de matrimônio no Direito Romano onde o casamento era baseado em uma relação de submissão da mulher à autoridade do seu marido. Neste cenário, a mulher exercia o papel de propriedade do marido, ao modo que com o início do casamento a mulher tinha o dever de renunciar as suas crenças, seus costumes e seu patrimônio, e integrar-se na família do marido tomando para si as crenças e costumes do marido.

Neste sentido, Othon (2001), ainda, aduz que, com o passar do tempo, com a esperança de uma nova perspectiva de vida, apareceu uma visão nova acerca do instituto do casamento, em que, cada vez menos, as mulheres aceitavam que o marido fosse a autoridade predominante, surgindo assim o casamento *Sine Manu*.

Para Othon (2001), o casamento *Sine Manu* foi uma grande inovação para o instituto familiar, visto que nesta modalidade de casamento a mulher já não era mais considerada propriedade do marido. Assim, em tal modalidade, mesmo após o seu casamento, a esposa mantinha o vínculo com a sua família de origem e com o seu *pater familias*. Isto é, o casamento *Sine Manu* foi um grande avanço na constituição familiar do Direito Romano, pois nesta nova modalidade de casamento a mulher tinha autonomia ao seu patrimônio e as suas crenças.

Desta forma Marky (2008) classifica o “*pater familias*”, na Roma da Idade Antiga, como um chefe político, religioso e juiz, em uma realidade que esta figura do *pater familias* era considerado como o alicerce da família, homem este que possuía todo poder e determinava as regras que a família deveria seguir.

O regime familiar, como de toda comunidade agrícola, era patriarcal, sob a chefia de um ‘*pater familias*’ que, depois, iria tomar papel preponderante nas instituições. A princípio o *pater familias* é não apenas o proprietário do fruto de trabalho da família, como também o senhor dos escravos, de sua mulher e dos filhos, os quais podia vender, como fazia com os frutos agrícolas. (VENOSA, 2006, p. 32).

No entendimento de Coulanges (2006), a família e a religião tinham grande importância na constituição familiar, pois elas se complementavam de uma forma tão única que, praticamente, se tornavam um organismo indivisível. Neste caso, uma tinha o dever de amparar a outra, visto que na época a religião era conceituada como uma entidade de criação da família e estabelecimento de regras.

Moreira (2008) ensina que a religião familiar da Roma Antiga era de natureza privada, visto que o chefe de família o “*pater familias*” supervisionava os rituais

domésticos e as orações. Desta feita, era muito habitual práticas religiosas sendo realizadas nas próprias casas das famílias, inúmeras casas tradicionais romanas tinham santuários para cultuar a um determinado Deus que os membros da família tinham como protetor.

Warrior (2002), por sua vez, esclarece que o “*pater familias*” atuava como chefe de poder religioso, dispondo da família como princípio ativo e a religião como suporte para sustentar a família. Assim, desde o nascimento, a criança era inserida nos rituais religiosos dentro do contexto familiar, e a sua introdução na sociedade estava diretamente ligada às responsabilidades religiosas, até chegar à vida adulta e todas as demais fazes da sua vida.

No entendimento de Wald (2004), a família do Direito Romano antigo era classificada como patriarcal, isto é, um líder do sexo masculino sendo este o mais velho. Desta feita, a figura do *pater familia* era soberana perante a família, que executava o papel de sacerdote e detinha poder absoluto sobre os que estavam na sua responsabilidade.

A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*. (WALD, 2004, p.57)

Neste sentido, Wald (2004) ensina que, de acordo com a Lei das Doze Tábuas, o *pater familias* detinha o poder de vida e morte sobre os que estavam na sua responsabilidade, ou seja, a esposa, os filhos e os escravos. Nesta época, o casamento era uma instituição privada, em que o objetivo primordial era o de ter filhos legítimos para ter a quem deixar a herança. Em complemento, Wald (2004) aduz que, no direito Romano, a mulher exercia uma figura de ser incapaz, visto que ela não exercia a *pátria potestas*, de forma em que todas as propriedades que o filho conquistasse eram atribuídas ao pai, já que este detinha o poder máximo no seio familiar. Pereira, ainda, elucida que

O *pater familias* era a autoridade absoluta sobre o filho, fosse ele púbere ou não, casado ou não, este tinha o poder de deserdá-lo. Para casar, celebrar negócios, obter empréstimos, tomar posse em cargos públicos e exercer quaisquer outros atos da vida civil o filho

necessitava de prévio consentimento do pai. O filho “só se tornava inteiramente romano, ‘pai de família’, após a morte do pai”. (PEREIRA, 2013, p. 53).

Com o passar do tempo, Pereira (2013) relata que os filhos passaram a ter direitos sucessórios e alimentares, e devido ao abuso do *pater familias* foi adquirido também o poder de solucionar conflitos. Neste momento, a figura feminina já dispõe de uma certa autonomia, onde a figura o adultério e do divórcio se reproduz na sociedade romana e com isso a decomposição da família romana.

Ao nascer, a criança poderia ser aceita ou rejeitada por decisão exclusiva do pai. Se o pai acolhia o filho nos braços, reconhecia-o como integrante da família. Caso contrário, o recém-nascido era rejeitado e jogado no monturo público. Os filhos eram rejeitados por diversas razões: criança mal formada fruto de infidelidade, em razão de pobreza, para manutenção do testamento já redigido dentre outros (ROUSELLE, 1984, p.65 *apud* TSUTSUI, 2013, p.35).

Conforme Rousele (1984 *apud* TSUTSUI 2013), na família romana se um filho não fosse desejado o *pater familias* poderia mandar executar a criança, já a educação e criação dos filhos era de competência da ama e de um escravo, escravo este que exercia também a atividade de professor. Martins, ainda, acrescenta:

Na família Romana o nascimento de um filho não garantia que ele fosse recebido no seio da família. Muitos eram largados à própria sorte ou negociados para saldar dívidas ou mesmo entregues como escravos. O número geralmente de filhos era três. Existiam leis que asseguravam o direito às mães de três filhos, pois cumpriram seu dever de perpetuação da linhagem, embora em alguns documentos confirmem a existência de famílias contendo grande número de filhos (MARTINS, 2013, p.57).

Neste sentido, Martins (2013) elucida que, naquela época, a educação da criança era conferida a uma ama e um escravo. Em específico, o escravo desempenhava a função de pedagogo e cooperava, assim, com o desenvolvimento da criança. Contudo, naquela época, não existiam escolas públicas de forma em que somente os meninos de famílias de posses tinha a oportunidade de prosseguir com os estudos atingindo assim todas as etapas de formação. Carcopino explicita que

Assinala que, à medida que o pai deixava de ser a autoridade severa e arbitrária dos primeiros tempos para reconhecer a autonomia e a

independência dos filhos, multiplicava-se em Roma a figura leviana do *filius* mimado e egoísta, gastando num dia fortunas acumuladas pelo trabalho de gerações, caracterizando assim uma sociedade que adquiriu o hábito do luxo e perdeu a sobriedade. Após o autoritário e rígido *pater*, veio à época da soberania incontestável das novas gerações. (CARCOPINO, 2003, p.75, *apud* SILVA, 2014, p.16).

Pereira (1997 *apud* DIAS, 2014) apresenta a família na Roma Antiga como uma instituição liderada pelo *pater familias*, este era o homem mais velho da família que tinha plena autoridade sobre todos os membros pertencentes a esta. Neste quadrante, a base da organização familiar estava sob o princípio da autoridade do pai, este tinha total poder sobre a vida do seu filho, podendo decidir sobre a sua vida e sobre a sua morte, bem como lhe aplicar castigos corporais ou, até mesmo, o vender como um escravo neste cenário o pai comandava o lar e a mulher exercia um papel de submissão às vontades do marido. O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritum*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpetua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (PEREIRA, 1997 *apud* DIAS, 2014, p. 31).

Neste sentido, Pereira (1997 *apud* DIAS, 2014) complementa afirmando que com o passar do tempo ocorreram diversas mudanças no âmbito familiar no Direito Romano, o Imperador Constantino ofereceu à sociedade um novo modelo de família, que foi a família cristã, modelo este que ao modo que surgiu automaticamente reduziu o poder do *pater familias* sobre a família, concedendo assim uma maior participação das mulheres e dos filhos no seio familiar.

Mas, com o tempo, arrefeceram estas regras severas: conheceu-se o casamento *sine manu*; as necessidades militares estimularam a criação de um patrimônio independente para os filhos, constituídos pelos bens adquiridos como soldado (*peculium castrense*), pelos que granjeavam no exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais (*peculium quase*) e pelos que lhe vinham por formas diversas desses (*peculium adventicium*). (PEREIRA, 1997, *apud* DIAS 2014 p. 31).

Desta forma Leite (1991 *apud* LÔBO, 2004) aduz que o Direito Romano teve a competência de estruturar o instituto familiar através de princípios normativos, visto que até então a família era constituída sob costumes, sem regulamentação jurídica.

## **1.2 A FAMÍLIA NA IDADE MÉDIA: A ELEVAÇÃO DO MATRIMÔNIO À CONDIÇÃO DE SACRAMENTO RELIGIOSO**

No entendimento de Moraes (2014), na Idade Média, o Direito era ditado pela religião. Desta forma, o conceito de família tem uma forte influência da Igreja e, neste momento, o culto familiar que antes era realizado nos lares passou a ser feito nas capelas, sendo assim o culto familiar parou de ser realizado pelo *pater família* de modo em que o pater não era mais o sacerdote familiar.

Para Silva (2002), inicialmente, a instituição familiar e o casamento não eram institutos valorizados pela Igreja, visto que se pregava a renúncia da carne. Sendo assim, o Cristianismo da época aderiu o ascetismo que defendia como valor essencial a virgindade e a continência. Silva (2002), ainda, complementa dizendo que, durante a Idade Medieval, o casamento era visto como um mal e a Igreja tinha como objetivo central a preservação do corpo diante de qualquer ação que pudesse levar uma alma à perdição, sendo este o motivo de se pregar na época o celibato e a virgindade.

Desta forma, para Silva (2002), mesmo a Igreja Católica considerando a virgindade como sagrada, com o tempo foi entendido que os fiéis precisavam gerar a prole e, desse impasse a Igreja permitiu o casamento, estabelecendo que cada homem tenha a sua mulher e cada mulher tenha o seu marido. Neste momento, a Igreja passou a proteger o casamento, porém somente com ele era possível se constituir uma família, desde então o sexo com o objetivo de gerar a prole deixava de ser pecado.

Em todos os países em que domina a civilização cristã, a família tem base estritamente monogâmica, que, no dizer de Clóvis é o modo de união conjugal mais puro, mais conforme os fins culturais da sociedade e mais apropriado à conservação individual, tanto para os cônjuges quanto para a prole. A monogamia constitui a forma natural de aproximação sexual da raça humana. (MONTEIRO, 1997, p. 54 *apud* PEREIRA, 2010, p.96).

Na visão de Wieacker (1967 *apud* GOMES, 2017, s.p), na Idade Média, a Igreja ganhou um papel de destaque, de longe ela era a fonte espiritual mais importante. Contudo, era a maior entidade de organização social da época, visto que a ordem jurídica interna da Igreja Católica era a mais poderosa da Idade Média. Neste sentido se compreende que a igreja foi responsável pela criação de um conceito de direito, baseado na ética social e na ética cristã, deste modo Wieacker aduz que:

A cristandade fixou desde o início o conceito do direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea – continuou a ser a ética social, e na medida em que toda a ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e juristas estavam pouco conscientes dessa relação. Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancila com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar. (WIEACKER, 1967, p. 17 *apud* GOMES *et all*, 2017, s.p).

Duby (2009) relata que o Cristianismo que foi apresentado pela igreja na Idade Média, caracterizava a família como uma entidade religiosa, de forma em que os casamento para os católicos passou a ser visto como um sacramento. Para Duby (2009), no período da Idade Média, o casamento, de modo geral, era realizado ainda com as mulheres muito jovens se comparando-as a seus maridos, que possuíam muito mais maturidade e autoridade sobre as suas esposas. Dessa maneira, aludido cenário em que era manifesto que as jovens não tinham nenhum direito legal na fase solteira, e que a partir do momento do matrimônio ela se torna responsável pelo lar, pelo marido, e por ter filhos.

O dever mais importante do chefe da família era vigiar e possuir o controle sobre a vida das mulheres que viviam sob sua tutela, tendo total liberdade para tomar decisões sobre suas vidas. Assim, a condição feminina na Idade Média sempre foi transmitida como uma condição de 'submissão' em relação aos homens, pelo menos entre a aristocracia feudal. (DUBY, 2009, p. 88).

Conforme Silva (2003) ensina, naquela época, o chefe da casa era dotado de autoridade para desempenhar as suas funções de marido e pai, porém ele já não possuía mais um poder ilimitado sobre os filhos e a mulher. Desta forma, constituição familiar foi se modificando a mulher auxiliava na educação dos filhos e na comunidade que vivia, e o sustento da família era responsabilidade do marido, contudo na ausência

do marido a mulher era chefe do lar, no caso desta falecer sem herdeiros sus bens pessoais eram repassados à sua família de origem.

Cân. 1055 — § 1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento.

§ 2. Pelo que, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, pelo mesmo facto, sacramento. (VATICANO, 1980).

Neste diapasão, Silva (2004) aduz que na Idade Média as jovens meninas eram educadas para serem boas esposas, lhes era ensinado bordar, cuidar de crianças, ser discreta, adorável, casta e religiosa, na época estas eram as características do padrão de uma boa esposa, as moças eram levadas para se casar muito cedo dos doze aos quinze anos de idade, visto que novas seria mais difícil a rejeição da menina para com determinado noivo, prevalecendo assim a vontade do pai na escolha do marido de sua filha.

Silva (2004), ainda, complementa dizendo que um dos sete sacramentos da igreja católica na época era uma santa e indissolúvel união entre o homem e a mulher, com a graça de se amarem, terem filhos e educar seus filhos.

A castidade deveria ser guardada por dois motivos principais: a honra da família e a salvação da sua alma. O casamento é um sacramento. Era preciso que houvesse procriação sem luxúria, e devia ser eterno, indissolúvel. Quando a moça recusava-se com veemência a casar-se com o noivo escolhido pelos pais, estes recorriam a ameaças de cortar-lhe os víveres ou deserdá-la, obrigando-a a ceder (DUBY, 1990, p. 365 *apud* AMARAL, s.d, p.6).

Desta forma, Ramon Llull exemplifica o casamento escolhido pelos pais:

Filho, disse o eremita, um cavaleiro tinha uma mulher que muito amava, e sua mulher também o amava muito, mas ela tinha tal natureza, que nunca ficava satisfeita quando seu marido se deitava com ela. Muito se maravilhava a senhora de onde vinha aquele descontentamento e aquela tristeza, pois seu marido muito a amava. A boa senhora considerou tanto a natureza que tinha que lembrou como antes de ter marido havia longamente amado sua virgindade, mas seu pai e sua mãe a forçaram a aceitar um marido. Após ter considerado isso, a senhora percebeu como a virgindade que longamente amara fora a causa da insatisfação com seu marido,

enquanto que com ela estava satisfeita. (LLULL, s.d, p.146 *apud* AMARAL, s.d, p. 6-7).

Segundo Silva (2004), as jovens da época muitas das vezes como forma de escapar de um casamento indesejado, recorriam à proteção dos conventos, onde as jovens faziam uma promessa de castidade eterna.

### **1.3 FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO: A EXPERIÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ A PROMULGAÇÃO DA LEI DO DIVÓRCIO**

Gomes (1998 *apud* Silva 2014) ensina que no Código Civil de 1916 o modelo familiar era inspirado na família romana, onde tinha por característica principal o patriarcalismo, marcado por um poder extremo que os homens pais de família tinham sobre suas esposas, filhos e escravos.

A família romana assentava-se no poder incontrastável do pater famílias, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os filhos, a mulher e os escravos, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, a ponto de se lhe reconhecer o *jus vitae et neci*. (...) A figura singular do pater famílias absorve inteiramente a dos outros membros do grupo. A esposa está *in manu*, perdurando o vínculo conjugal enquanto existisse a *affectio maritalis*. Os filhos são incapazes. Bens que adquirissem, pertenciam-lhe, salvo os que podiam constituir determinados pecúlios, ampliados no direito pós-clássico. Sobre os escravos exercia da *domenica potestas*. Monogamia e exogamia, a família romana traduz o patriarcado na sua expressão mais alta. (GOMES, 1998, *apud* SILVA , 2014, p.39)

Os artigos 233 a 242 do Código Civil de 1916 classificam a família como um instituto baseado em preceitos religiosos onde a família se conservava como um instituto fechado, não abrangendo os que se mantinham fora deste instituto, como os filhos ilegítimos que na época eram tratados de forma diferente dos filhos legítimos, estes eram desprovidos de reconhecimento familiar e de direitos. Silva (2014) descreve a família legítima da época como somente aquela formada pelo casamento, uma família hierarquizada e paternalista.

Só era reconhecida a família constituída pelo casamento. O homem exercia a chefia da sociedade conjugal, sendo merecedor de respeito e obediência da mulher e dos filhos. A

finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho. Como era fundamental a capacidade procriativa, claro que as famílias necessitavam ser constituídas por um par heterossexual e fértil. (DIAS, 2010, p.40)

Silva (2002, p.450-451) relata que “a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal. ” Nesse sentido, ainda que o Código Civil Brasileiro de 1916 não definisse o instituto familiar, a sua autenticidade estava vinculada ao casamento civil, sem haver qualquer menção ao casamento religioso conforme o art. 229 do Código Civil de 1916 “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (BRASIL, 1916) de forma em que o objetivo principal do casamento era o de validar o instituto familiar.

Pra Faro (2002), o Código Civil de 1916 foi criado em uma época em que se tinha uma visão restrita acerca do instituto familiar. Dessa maneira, a perspectiva se limitava a família aos membros que eram oriundos do casamento, evitando a sua dissolução e condenando pessoas que mantinham uma união sem o casamento e reprimindo os filhos advindos desse tipo de relação. Miranda, ainda, aduz acerca da constituição familiar:

Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outro. (MIRANDA, 1947, *apud* MADALENO 2008 p. 204-205).

Nesse sentido, Miranda (1947 *apud* MADALENO, 2008) apresenta a ordem do instituto familiar, de acordo com o art. 233, incisos, I ao V, do Código Civil de 1916. Assim, o homem chefe de família, pai, influenciado pela tradição romana-canônica, era a autoridade máxima dentro do seio familiar, em que era o representante legal da família, o administrador do patrimônio familiar, o detentor do direito de fixar e alterar o domicílio da família, o detentor do direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência e o responsável por prover à manutenção da família, desta forma o pátrio poder era exercido somente pelo pai a mulher só tinha permissão para exercê-lo na ausência do homem.

Dias (2012), por sua vez, aduz que, na época, a mulher tinha o dever de obediência ao marido, tendo somente a função de cuidar dos filhos e da casa, e aos filhos cabia o dever de obediência sendo punidos nos casos de desobediência ao pai, a relação do pai com o filho era meramente baseada na superioridade visto que o pai determinava do emprego até a forma de casamento dos filhos.

Gomes (2003) elucida que no caso do casamento de um indivíduo menor de 21 (vinte e um) anos era necessário o consentimento de ambos os pais, porém no caso de discordância prevaleceria a vontade paterna, visto que a posição do homem era privilegiada na sociedade conjugal. Dall'Alba (2004) salienta, ainda, acerca da discriminação da mulher, em que ela era considerada relativamente incapaz de forma em que o objetivo do art. 6º, inciso II, do Código Civil de 1916 era o de manter a mulher sob o controle do homem.

[...] de modo que muitas mulheres sequer chegaram a ser capazes durante toda sua vida, pois como poderiam casar-se a partir dos dezesseis anos e só adquiririam a capacidade aos 21 anos, aquelas que casaram antes dessa idade não chegaram a possuir a capacidade plena (DALL'ALBA, 2004, p. 02).

Desta forma, Dias (2014) aponta que o casamento patrimonialista era um regime de união a ser preservado a qualquer custo, ainda que houvesse a infelicidade de seus membros. Ora, em tal contexto, o sentimento interno familiar era pequeno diante da necessidade da manutenção do casamento, já que no Código de 1916 o divórcio não era sequer previsto. Ademais, de acordo com Ribeiro (2013), o Código Civil de 1916 apresentou poucas referências ao concubinato, visto que na maioria das vezes as suas disposições penalizavam a clandestinidade e a marginalidade os indivíduos que escolhiam ter uniões livres.

A ideia do concubinato sempre esteve associada à liberdade e à libertinagem; não sendo poucos os autores que o colocam em posição inferior ao casamento. Embora, desde os primórdios da civilização humana já existisse a união livre, com a criação do casamento religioso e do casamento civil, foi o mesmo marginalizado, esquecendo-se que a família existiu antes mesmo da formalização do ato da união entre um homem e uma mulher. (RIBEIRO, 2013, p. 1).

Dias (2014) aponta que a Igreja Católica nunca aprovou que houvesse a dissolução do vínculo matrimonial entre os fiéis, garantindo, assim, a proteção da

família, da prole e do lar, desta forma mesmo a igreja não compartilhando do poder do Estado, ela conseguiu influenciar o legislador conservando o casamento como uma instituição indissolúvel até meados dos anos 1970. Gomes, ainda, explica que:

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1980, que instituiu o casamento civil. (...). A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiais se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências. (GOMES, 2002, p.9)

Neste diapasão, Ribeiro (2013) ensina que, com o tempo, as coisas foram mudando e para evitar a convivência de toda uma vida ao lado de alguém que não se tivesse mais sentimentos. Desta maneira, o desquite foi admitido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este uma forma de separação em que a incumbência de coabitação entre um casal era suspensa, porém era impedido a concepção de novas núpcias. Dias (2014), ainda, salienta que em 1977 o Brasil obteve um grande avanço acerca divórcio, visto que através da aprovação da Emenda Constitucional de nº 9, de 28 de junho de 1977, foi instituído o divórcio que posteriormente no mesmo ano foi regulamentado pela lei nº 6.515, de 26 de dezembro, abolindo assim todo o sistema do Código Civil de 1916 que se respaldava na indissolubilidade do matrimônio.

Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. (BRASIL, 1977)

Sendo assim, Miranda (2000) aponta que perante uma sociedade conservadora e moralista, a lei do divórcio enfrentou diversas críticas, sendo titulado como um instituto de destruição familiar. Contudo, gradativamente, a sociedade foi evoluindo a forma de pensar e o divórcio passou a ser visto como um direito que qualquer pessoa poderia exercer em prol do seu bem-estar. Gomes (2003), por seu turno, aduz que a Lei nº 6.515 de 1977, revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil

de 1916 regularizando a dissolução sociedade conjugal, sendo esta materializada pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, via separação judicial, e pelo divórcio.

Neste sentido, Ribeiro (2013) relata que, diante dessa transformação social, o legislador viu necessidade em adotar um posicionamento mais flexível em relação ao divórcio, visto que o direito sempre está em constante transformação. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 passou a admitir o divórcio com um menor prazo de separação de fato, conforme dispõe o §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos (BRASIL, 1988).

Em conformidade com Ribeiro (2013), com a implantação desta nova norma o prazo para o divórcio por conversão foi reduzido para um ano (após prévia separação judicial), surgindo também a possibilidade do divórcio direto independentemente de separação judicial, desde que o prazo de dois anos da separação de fato fosse respeitado.

## 2 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E A PRINCIPIOLOGIA DO AFETO E DA BUSCA PELA FELICIDADE

Na concepção de Dias (2015), a estrutura familiar é a base da sociedade, sendo a primeira forma de organização social em que o indivíduo está inserido, de forma em que nesse sentido a família é caracterizada como o centro da organização da sociedade. A família tem a importante missão de formação do indivíduo e de sua inserção no meio social, estando em constante adaptação buscando atender os anseios que causam as transformações do meio familiar em seus diversos aspectos.

Para Lobo (2011), a definição mais antiga de núcleo familiar aparece em uma sociedade patriarcal, onde as relações eram conservadoras, o casamento era conceituado como uma relação formal, tendo o reconhecimento de família como procriação, nesta época a família era uma entidade patrimonializada, onde os membros de uma família eram submetidos ao pátrio poder.

[...] se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder. (LOBO,2011, p.18)

Desta forma, Dias (2015) relata que a família, em sua definição mais histórica, estava introduzida em uma sociedade que tinha como fundamento o indivíduo. Assim, o cenário era em que o homem era o chefe de família e possuidor do pátrio poder, isto é, havia uma hierarquia no seio familiar, visto que o chefe de família que possuía esse poder estava em grau de superioridade em relação aos demais membros do grupo familiar.

Dias (2015) aduz que diversas mudanças ocorreram na sociedade, ocorreram mudanças econômicas, industriais, religiosas dentre outras. Neste momento, a mulher passou a ter um papel de destaque dentro da família ganhando espaço na sociedade, a partir do momento em que é inserida no mercado de trabalho, daí ocorreram mudanças na estrutura da família.

Desta forma, Dias (2015), em seu escólio, explica que com a aproximação dos integrantes da família, a hierarquia no seio família foi gradativamente excluída, beneficiando, assim, a edificação de uma entidade familiar em que todo membro é

importante para a sua composição, essa aproximação ocorreu pelo vínculo afetivo, surgindo assim uma família formada por laços afetivos de amor e carinho.

Com a aproximação da entidade familiar e com base no sentimento denominado afeto, criaram-se mais vínculos os quais passaram a ser mais duradouros e essenciais para a vida do ser humano, porquanto os relacionamentos, tanto paterno-filiais como matrimônios passaram a ter como base a afetividade. (REHBEIN; SCHIRMER, 2010, p.2)

Para Copatti (2013), os laços afetivos eram fundados em amor e carinho consolidaram o sentimento de união, respeito e igualdade dentro do núcleo familiar, contribuindo também com novos arranjos familiares que excedem a filiação biológica. Nesse sentido, Lobo (2011, p.18) exprime que “a família atual busca sua identificação na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos”. O autor, ainda, complementa em suas lições que “A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar [...]. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade” (LOBO, 2011, p.19).

Conforme os ensinamentos de Lobo (2011), as gradativas mudanças da sociedade estimularam a alteração do padrão familiar, onde o afeto se tornou um elo essencial entre os membros do núcleo familiar, a compreensão das relações familiares baseadas por afeto é intrínseca a condição de família, ou seja, a partir da sua formação a família deve acolher seus componentes, dando afeto e buscando a proteção da pessoa humana. O afeto surgiu e passou a perdurar na vida dos seres humanos, tornou-se um sentimento necessário para que o indivíduo possa encontrar sua verdadeira felicidade, passando esta a ser a existência e a razão de viver do sujeito, porquanto toda a sua vida é baseada no amor, companheirismo, compreensão, ou seja, em sentimentos. (REHBEIN; SCHIRMER, 2010, p. 7).

Albinante (2012), em seu escólio, assevera que, atualmente, a família introduziu o afeto em sua formação familiar como elemento primordial. Dessa maneira, elevou-se o afeto a nível de elemento constituinte familiar e foi inserido no meio familiar enquanto condições favoráveis ao seu desenvolvimento e crescimento. Desse modo, fortaleceu-se a ideia de que a família é a principal entidade para o desenvolvimento do ser humano, visto que a família é o primeiro núcleo de integração social.

Para Dias (2015), o sentimento de respeito, afeto, amor e companheirismo são determinantes de uma boa relação familiar, que quando são ensinados e valorizados pela família perduram ao longo da vida. Dias (2015, p.29) conjectura que a família que protege esses sentimentos é “a estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito”.

Neste sentido, Dias (2015, p.52) compreende que o “direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade”. Com o mesmo ponto de vista, Melo Filho (2016, p. 63) reafirma que “o suporte afetivo familiar se apresenta como uma das facetas para a completude do preceito da busca à felicidade humana, já que a formação moral e da personalidade do indivíduo se inicia no seio do núcleo familiar”.

Desta forma, Dias (2015), ainda, expõe que a família que busca consagrar os bons sentimentos como afeto, amor, carinho e respeito, tornando-se essenciais para vida, e cumpre o seu papel na organização social. Sendo assim, transmite-se aos membros valores que são indispensáveis para o desenvolvimento humano e para a melhoria da vida em sociedade.

Para Dias (2015), diante da proporção que o afeto passou a desempenhar na estrutura familiar, o ordenamento jurídico teve que se adequar a essas novas situações. Dias (2015, p. 29) aduz que mesmo “a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito”. Desta forma, as alterações legislativas concederam a essas inovações força jurídica, afirmando na sociedade o princípio da afetividade.

Melo Filho (2015, p. 34) conceitua o princípio da afetividade “como um mandamento axiológico fundado no sentimento de proteção, ternura, amparo familiar, dever de proteção que deve perdurar nas relações familiares”. Lobo (2011, p. 71), fundamentado nas diversas disposições legais da Constituição Federal, aduz que “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles”. Em complemento, ainda, o autor certifica que “a família reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos” (LOBO, 2011, p. 71).

Desta forma, Albinante (2012) relata que a afetividade familiar colaborou para a valorização dos sentimentos entre seus membros, tendo como prioridade a

igualdade entre todos, buscando realizar os interesses afetivos dos componentes no núcleo familiar.

Da mesma forma, em tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica, quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento, por exemplo, jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento dos esquemas condenados pelos legisladores. É o direito que deve servir a pessoa, e não a pessoa que deve servir o direito. (DIAS, 2017, p.436)

Dias (2015, p. 52) ensina que “o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família”. Deste modo, o sentimento de afeto materializado no princípio da afetividade, é o motivo de vários avanços em numerosos aspectos do direito de família, cooperando assim para a própria realização familiar.

Na concepção de Lobo (2011), o reconhecimento da afetividade retrata o direito de família em diversos aspectos em relação a filiação corroborando que a família não pode ser definida por laços consanguíneos, isto é, a família transcende os laços biológicos, visto que a convivência familiar abrange cuidado e sentimentos não somente os laços biológicos.

[...] atualmente o que identifica a família não é o casamento e nem mesmo a diferença de sexo ou o envolvimento para procriação, mas sim, a presença de um vínculo de afeto que une as pessoas, em busca de um comprometimento mútuo, projetos de vida com alguma identidade e propósitos em comum. (KIRCH, 2013, p.112)

Calderón (2013, p. 1) relata que, atualmente, na sociedade brasileira e em diferentes lugares no mundo, existe “um vasto mosaico de entidades familiares foi reconhecido, uniões livres (homo e heteroafetivas) e parentescos vinculados apenas por laços afetivos passaram a ser vistos com maior dignidade”. Contudo, para Albinante (2012, p. 7) não se pode considerar que a socioafetividade descarta a origem genética, visto que esta “é integrante do ser humano e atinge diretamente sua dignidade”.

Neste sentido, Melo Filho (2015) ensina que limitar a filiação somente a fatores biológicos é recusar que a família é constituída através do entrelaçamento das personalidades de cada membro. Sendo assim, fruto de suas ações que são

relevantes para que o seio familiar seja estável, amoroso e saudável. Desta feita, a principal finalidade da família deve se dar carinho, atenção e amor aos que fazem parte dela, em que a afetividade é um fator determinante da relação familiar e encargo dos pais para o desenvolvimento humano do filho.

Na concepção de Levy (2010, p. 16), “as trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas”. Na visão de Calderón (2013, p.13), o reconhecimento do afeto no reconhecimento do vínculo socioafetivo é “a presença da afetividade no sistema, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, poderá facilitar as diversas outras construções teórico-práticas que ainda terão de ser enfrentadas”.

Desta forma, conforme Melo Filho (2015) aduz fundamentado na posição doutrinária conclui-se que o princípio jurídico da afetividade tem o objetivo de privilegiar a filiação formada no relacionamento de afeto, gerando assim a repersonalização das relações familiares.

## **2.1 A FAMÍLIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988**

No entendimento de Pereira (2013), a Constituição Federal de 1988 foi responsável por acrescentar inúmeras inovações ao direito de família. Deste modo, anteriormente ao advento Carta Magna de vigência, o conceito familiar era compreendido como um instituto patriarcal, fundamentado em um modelo familiar adotado pela legislação brasileira desde a época colonial, que perdurou até boa parte do século XX, com preocupações inteiramente patrimoniais.

No desenvolvimento, ainda, do conceito de família, não mais comporta a classificação, que se ligava mais intimamente à qualificação dos filhos, e, por metonímia, distinguia a família ‘legítima’, que tinha por base o casamento; a ‘ilegítima’, originária de relações extrapatrimoniais; e a adotiva, criada pelas relações oriundas da adoção tradicional, pela legitimação adotiva que vigorou até 1990. Com a equiparação dos filhos adotada pela Carta Magna de 1988, inclusive dos adotados, proibiu-se, expressamente, designações discriminatórias relativas à filiação. (PEREIRA, 2013, p.26)

Contudo, Dias (2014) ensina que a família, anteriormente, era baseada no casamento, no poder do homem sobre todos e nas relações patrimoniais. Assim, com o advento da Constituição de 1988, uma nova classificação emergiu em que a base da familiar se fundou na dignidade da pessoa humana, no afeto, no respeito entre os integrantes da família e na solidariedade entre todos.

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990).

Desta forma, Pereira (2013) aduz que, com o decorrer do tempo, tanto a legislação quanto a jurisprudência, buscam progressivamente viabilizar a aceitação de novos modelos de família, destinados a situações observadas na sociedade contemporânea. Sendo assim, o principal intuito do legislador tem sido a proteção à solidariedade e a afetividade no seio familiar.

Nesse sentido, Pereira (2013) relata que a família não pode ser vista com um fim para si mesma, mas sim como um instituto de cooperação entre os seus integrantes, onde seus componentes cooperam em busca da sua realização pessoal, firmada na união de todos os integrantes.

Nova estrutura jurídica se constrói em torno do conceito de família socioafetiva, à qual alguns autores identificam como 'família sociológica', onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõem, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independe de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles. Assim é que se tem, hoje, considerado a relação afetiva estabelecida entre os membros da família, podendo, muitas vezes, haver a priorização deste vínculo em detrimento do fator puramente biológico. A 'despatrimonialização' do Direito Civil como 'uma tendência normativacultural' atinge também o Direito de Família não mais orientado na 'expulsão e redução quantitativa do conteúdo patrimonial', mas na tutela qualificativa das relações familiares. Sob esta perspectiva, destaca-se a orientação no sentido de identificar a família centrada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social (PEREIRA, 2013, p. 27).

Para Dias (2011), com a instituição da Constituição Federal de 1988, a sociedade superou a antiga forma de instituição familiar, qual seja: aquela centrada

na autoridade passou a ser compreendida de uma nova forma. Para tanto, baseou-se na orientação democrático-afetiva, deste modo a esfera jurídica complementou a nova visão de família, em que os laços de afinidade vieram com toda força nas relações familiares. Neste sentido, Dias acrescenta que:

O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais, religiosas, políticas físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. O grande problema reside em se encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar. É preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do 'ser' sujeito. (...) Compreender a evolução do direito das famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação. (DIAS, 2011, p. 29-30)

Neste diapasão, Silva (2005) alude que, com o advento da criação da Constituição Federal de 1988, o povo brasileiro foi inserido em uma nova ordem constitucional, período este que foi considerado o período da “Nova República”, visto que a ditadura teve fim e a democracia reinou na sociedade. Sendo assim, Gomes (2003) ensina que a Constituição Federal de 1988 buscou atender à necessidade da época e que dentre elas estava o direito de família, que se mantia estagnado desde o período militar, desta forma no art. 226 da referida constituição a família foi considerada como base da sociedade e com proteção especial do Estado.

**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do

casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

**§ 8º** O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, segundo Pereira (2013), conforme a ordem constitucional vigente, o conceito de família foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, de forma em que o Estado a protege quando a instituição for formada por qualquer dos pais e dos descendentes, de forma em que o novo modelo de família é baseado na afetividade, pluralidade e no eudemonismo formando assim uma mudança axiológica no direito de família.

Silva (2002) complementa dizendo que anteriormente ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, o papel da mulher dentro da família era fundamentado na submissão ao homem e as tarefas do lar, porém com o advento da referida constituição foi instituída uma igualdade entre os gêneros, que concede à mulher direitos iguais aos do homem.

A presença da mulher é uma história de ausência. Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar. Sua voz nunca foi ouvida e seu pensamento não era convidado a participar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. A ela era imposta a submissão, e aos filhos a obediência. (DIAS, 2011, p. 97)

De acordo com Dias (2011), atualmente, é possível enxergar, com clareza, a mudança nesse cenário, visto que a mulher tem conseguido se posicionar com igualdade diante da sociedade, a figura feminina não é mais vista como a única responsável do lar e dos filhos, mas sim como um indivíduo capaz de prover a família. A autora, ainda, prossegue

Embora de modo acanhado e vagarosamente, os textos legais acabam retratando a trajetória da mulher. Ainda que lenta, a emancipação jurídica da mulher, a conquista por um lugar ao sol, abalou a organização da família, forçando o declínio da sociedade conjugal patriarcal. (...) Hoje, a mulher, na plenitude de sua condição feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família. E, sempre que se fala em mulher, impositivo render homenagens ao movimento feminista. Apesar de tão

ridicularizado, enfim conseguiu o que todas sempre ansiaram: liberdade e igualdade. (DIAS, 2011, p.97)

Ribeiro (2013) acrescenta que, contudo, através do advento da promulgação da Constituição de 1988, pelo ponto de vista normativo foi consolidado a isonomia entre os gêneros, ainda que careçam de evolução foram instituídos como pilares das entidades familiares na atualidade o afeto, a solidariedade e a assistência mútua entre os indivíduos pertencentes ao mesmo seio familiar.

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988)

Pereira (2013) aduz que a Constituição Federal de 1988 foi responsável por reformar completamente os termos da filiação, visto que o tratamento diferenciado entre os filhos, a forma sucessória distinta e a rejeição da adoção, eram fatores graves que prevaleciam no ordenamento jurídico brasileiro.

Observa-se que, após a Constituição de 1988, houve uma verdadeira revolução jurisprudencial no que diz respeito aos direitos de família, aplicando-se, a partir de então, o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente da origem. Assim, se antes da Constituição de 1988 a jurisprudência tratava desigualmente os filhos adotivos e os ilegítimos, especialmente no que se refere aos direitos sucessórios, a partir do disposto no art. 227, § 6º, da CF, embora ainda inexistente legislação infraconstitucional que disciplinasse a matéria, foi reconhecida, pretoriamente, uma série de direitos decorrentes do instituto da adoção, não apenas em termos patrimoniais, mas também no que se refere aos direitos de personalidade, como a possibilidade de promover investigação de paternidade para reconhecimento de filiação biológica, pois o 'estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição, mesmo em se tratando, como na espécie, de autor adotado por parentes'.(SALOMÃO, 2014,p.3)

Sendo assim, Dias (2011) complementa relatando que, com a instituição da Constituição Federal de 1988, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados como sujeitos de direito. Aludida classificação foi dada devido à consolidação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade da liberdade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Desta forma, Pereira (2013), ainda, verifica que, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade da liberdade e do melhor interesse da criança e do adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro eliminou um processo histórico de discriminação, com o objetivo de promover a igualdade entre todos os filhos, independente do momento e da circunstância da sua concepção.

## **2.2 A CONTEMPORÂNEA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

No entendimento de Gama (2008), os princípios no sistema jurídico brasileiro, retratam a origem de todo um complexo de fundamentos que constitui a atual geração e as futuras. Assim, os princípios são caracterizados pelo caráter deontológico em que se busca a ideia do “dever/ser”, e os valores se fixam na dimensão axiológica em que a ideia central se baseia no que efetivamente “é”, conforme o juízo do bem e do mal.

Para Dias (2015), o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, permitiu que os princípios assumissem um lugar de destaque dentro do Direito, corroborando os seus valores axiológicos, visto que os princípios que norteiam o direito de família são responsáveis pela transformação do conceito de família nos dias atuais.

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinavam (LÔBO, 2011, p. 57)

Albinante, por sua vez, complementa:

O legislador constituinte quis dar garantias às famílias sem esquecer das constantes mutações pela qual sofre ao longo dos anos. É por isso que os princípios incidentes são dotados de carga máxima de indeterminabilidade e não se esgotam, cabendo frisar que os princípios implícitos são comumente aplicáveis às relações familiares a serem protegidas. (ALBINANTE, 2012, p.34)

Lobo (2007), ainda, aduz que o Direito de Família é um ramo do Direito que está incluso na proteção constitucional. Desta forma, o poder constituinte originário se preocupou em preservar e proteger as famílias de todas espécies, visto que a família é considerada a base da sociedade na sociedade atual conforme o art. 226, §§ 3º, 4º

e 8º da CRFB/88. Desta forma, os princípios norteadores do direito de família não são estáticos, e sim devem ser utilizados com o intuito de proteger a família e as relações dela decorrentes.

Para Albinante (2012), os princípios são compostos por valores e indeterminações que possibilitam que haja uma boa adaptação às mudanças ao longo dos tempos. Logo, os princípios não se mantêm fixos a uma única visão do direito, possibilitando, assim, a aplicabilidade de tais princípios conforme a interpretação jurídica de cada época.

Neste diapasão, Dias (2015) relata que a Constituição Federal é nominada como “Constituição Cidadã”, justamente por privilegiar os princípios e a busca da justiça social. Ora, vários princípios atuam de forma inerente ao direito de família e a admissão destes princípios é responsável pela transformação da forma da interpretação a lei, contribuindo assim para que a constituição regulamente os deveres fundamentais ao estado, à sociedade e à família.

O Código Civil DE 2002 procurou adaptar-se à evolução social, e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado[...] As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se a família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se as necessidades da prole e de afeição entre os conjugues ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (GONÇALVES, 2008, p.4-5)

Em conformidade com Gama (2008), o legislador constituinte buscou dar garantias às famílias, observando as constantes mutações que esta instituição sofre ao longo dos anos. Por isso, os princípios incidentes são providos de carga máxima de indeterminabilidade de forma que estes não se esgotam, visto que os princípios implícitos habitualmente são aplicáveis às relações familiares a serem protegidas.

Desta forma, Dias (2015) ensina, ainda, que, tal como os demais ramos do Direito, o Direito de Família é conduzido por princípios que determinam sua base e seus valores. Sendo assim, as mudanças sociais, religiosas e economias, que ocorreram ao passar do tempo, foram alterando os princípios básico do direito de família.

No entendimento de Diniz (2007), o princípio do pluralismo familiar se baseia a legalização pelo diploma constitucional, de entidades familiares que não são provenientes do casamento. Aludidas entidades são a união estável e a família

monoparental, que antigamente não tinham proteção constitucional, porém com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art.226 § 3º e § 4º) essas entidades foram recepcionadas e ganharam a devida proteção legal.

**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

**§ 3º** Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

**§ 4º** Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988)

Dias (2009), ainda, assevera que a Constituição Federal de 1988, observou as novas estruturas familiares existentes na sociedade, e lhes deu amparo legal, com o objetivo de que integrantes da família não ficassem sujeitos à margem da sociedade.

Neste sentido, Diniz (2007) complementa e ensina que, anteriormente ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, as entidades familiares que não eram provenientes do casamento, eram intituladas como sociedade de fato encaradas à luz do direito obrigacional. Isto é, não havia reconhecimento como entidade familiar para essa modalidade de família, pois se falava em família espúria.

Há dissociação entre família como fato da natureza e como fato cultural, concluindo por essa última vertente. Ela não se constitui apenas por pai, mãe e filho, mas é antes uma estruturação psíquica em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Desfez-se a idéia de que a família se constituiu unicamente para fins de reprodução, e de legitimidade para o livre exercício da sexualidade. (LACAN, 1938 *apud* PEREIRA, 2012, p.193)

Oliveira (2003), ainda, complementa dizendo que, todavia, ainda que a Constituição Federal de 1988 se objetivou proteger as entidades familiares, no posterior Código Civil de 2002 o legislador não disciplinou nenhuma regra de proteção à família monoparental. Ademais, segundo Oliveira (2003), desfrutando de um pouco mais de regulamentação, a união estável dispõe de ordenamentos específicos e separados (Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96), não apresentando a mesma receptividade o Código Civil de 2002, de forma em que se originou de reformas aprovadas no Senado Federal.

Neste sentido, Diniz (2007) apresenta o princípio da isonomia entre os cônjuges / companheiros como um dos princípios mais importantes no direito de família, com fundamento na igualdade entre os sexos o poder familiar também foi recepcionado pelo direito de família como sendo dever e poder de ambos os conviventes. Monteiro, ainda, acresce:

Os direitos de ambos os cônjuges são exatamente os mesmos, apenas por questão de unidade na direção dos assuntos domésticos, indispensável a boa ordem familiar, entrega-se ao marido a autoridade dirigente, destinada a coibir discórdias que fatalmente surgiriam com a dualidade de orientações. (MONTEIRO, 1997, p.124 *apud* DIAS, 2014)

Embasada em um posicionamento contrário ao exposto acima e corroborada pela doutrina dominante, Diniz aduz que:

[...] desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre convivente ou entre marido e mulher [...] não mais justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal. (DINIZ, 2007, p.18-19)

Desta forma, Oliveira (2003) complementa dizendo que, porém, não existe mais a figura do chefe de família, muito menos a expressão “poder marital”, visto que ambos os cônjuges ou companheiros devem tomar decisões de forma conjunta, não se admitindo mais a figura da mulher submissa ao homem. Gama e Guerra (2007) apresentam o princípio da função social da família, princípio este que diferentemente da função social da empresa e do contrato, não advém da propriedade, mas da inclusão do grupo familiar como base normativa da sociedade, conforme a redação do art. 226, *caput*, da Constituição Federal.

Não é diferente com o direito de família. Os institutos desse segmento do direito civil são criados e devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais, o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização (GAMA; GUERRA, 2007, p. 126).

Gama e Guerra (2007) esclarecem que a função social da família, é considerada um princípio derivado dos demais princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, "é um parâmetro que eleva alguns direitos elencados entre os arts. 226 a 230 à categoria de fundamentais, principalmente quando envolvem direitos das crianças e dos adolescentes [...]" (GAMA; GUERRA, 2007, p. 37). Aduz, ainda, Tepedino:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 2001, p. 48).

Lôbo (2002) relata que, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, há outros princípios que constituem a função social da família como o princípio igualdade, da solidariedade, da paternidade responsável, da pluralidade das entidades familiares, da proteção integral da criança e do adolescente.

Neste sentido, Lôbo (2002) elucida que, conforme os parâmetros éticos e jurídicos estabelecidos na Constituição Federal, institui-se, assim, um novo tratamento jurídico aos novos arranjos familiares. Dessa maneira, constituem a família contemporânea, plural e funcionalizada, que deve ser protegida na medida em que compreenda a sua função social, que é de uma boa convivência e de dignidade para os seus membros.

### **2.3 O AFETO E A BUSCA PELA FELICIDADE COMO PRINCÍPIOS NOTEADORES DOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES**

Lôbo (2011) aduz que, as gradativas mudanças da sociedade desencadearam em uma alteração no modelo padrão de família, onde o afeto passou a ser um elo essencial entre os membros. Assim, a relação familiar baseada no puro afeto é intrínseca à condição de família, principalmente na contemporaneidade. Contudo, está presente desde o momento em que o conceito de família foi definido na sociedade, de

forma em que é dever da família oferecer afeto aos seus componentes a partir do momento da sua formação, objetivando a proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Albinante (2012) ensina que é visível que a família na atualidade incorporou o afeto como um de seus principais fundamentos, criando assim condições favoráveis ao seu desenvolvimento, corroborando com a ideia da família ser o principal instituto para o desenvolvimento do ser humano, desta forma possibilitado a estruturação de uma vida social para seus membros, já que a família é o primeiro núcleo de integração social do indivíduo, desempenhado o papel formador de seus membros.

[...] o afeto surgiu e passou a perdurar na vida dos seres humanos, tornou-se um sentimento necessário para que o indivíduo possa encontrar sua verdadeira felicidade, passando esta a ser a existência e a razão de viver do sujeito, porquanto toda a sua vida é baseada no amor, companheirismo, compreensão, ou seja, em sentimentos. (REHBEIN; SCHIRMER, 2010, p.7)

Neste diapasão, Dias (2015) assevera que os sentimentos como amor, companheirismo, compreensão e respeito são levados para o reto da vida, sendo estes fatores determinantes de uma boa relação familiar, visto que inicialmente foram ensinados e valorizados entre os integrantes da família e que irão perdurar por toda vida. Maria Berenice Dias (2015, p. 29), por sua vez, acredita que a família que preserva esses sentimentos é “a estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito”.

Das lições de Maria Berenice Dias (2015, p. 52), aponta-se que o “direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade”. Reafirmando esta lição, Mello Filho (2015, p. 123) aduz que “o suporte afetivo familiar se apresenta como uma das facetas para a completude do preceito da busca à felicidade humana, já que a formação moral e da personalidade do indivíduo se inicia no seio do núcleo familiar”.

Melo Filho (2015), ainda, complementa relatando que a família que consagra como princípio de sua constituição os bons sentimentos como amor, afeto e carinho, desempenha plenamente o seu papel na organização social, transmitindo aos seus membros valores que são indispensáveis para a formação do sujeito.

De acordo com Dias (2015), diante da dimensão que o afeto passou a desempenhar na estrutura familiar, o ordenamento jurídico brasileiro passou a carecer de adequação a essas novas situações. Destarte, mesmo ciente de que “a família

juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito” (DIAS, 2015, p.31). Todavia, as alterações legislativas concederam a essas inovações força jurídica, proporcionando assim a sua afirmação na sociedade e fortalecendo o Princípio da Afetividade Constitucionalizado.

Alberto Mendonça Melo Filho (2015, p.134) conceitua o princípio da afetividade “como um mandamento axiológico fundado no sentimento de proteção, ternura, amparo familiar, dever de proteção que deve perdurar nas relações familiares”. Paulo Lôbo (2011, p.71) embasado em diversos dispositivos da nossa Carta Magna assevera que “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles” e complementa afirmando que “a família [...] reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos” (LÔBO, 2011, p. 71).

Neste sentido Albinante (2012) ensina que o princípio da afetividade coopera para a valorização dos sentimentos entre os membros do núcleo familiar, sobrepondo a eticidade, o companheirismo e as igualdades, buscando realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo (DIAS, 2015, p.52)

Maria Berenice Dias (2015, p. 52) relata, ainda, que “O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família [...]”. Desta forma, constata-se que o sentimento de afeto, efetivado através do princípio da afetividade é responsável por estimular diversos avanços no direito das famílias, cooperando não somente para a organização familiar, mas também para a organização de toda uma sociedade.

No entendimento de Lôbo (2011), a valorização do princípio da afetividade pelo direito de família, em relação à filiação e em outros diversos aspectos consolidam a filiação socioafetiva, comprovando assim que não se pode definir por família somente os que tem laços consanguíneos.

Neste sentido Kirch e Copatti (2013) complementam afirmando que a família é um instituto que ultrapassa os limites biológicos, visto que a convivência familiar envolve a afetividade e não somente os laços biológicos.

Atualmente o que identifica a família não é o casamento e nem mesmo a diferença de sexo ou o envolvimento para procriação, mas sim, a presença de um vínculo de afeto que une as pessoas, em busca de um comprometimento mútuo, projetos de vida com alguma identidade e propósitos em comum. (KIRCH; COPATTI, 2013, p.64,)

No entendimento de Calderón (2013), atualmente, na sociedade brasileira, assim como em diversos lugares no mundo há uma grande união de entidades familiares que são reconhecidas como família, uniões livres e parentescos vinculados somente por laços afetivos, passaram a ter mais dignidade através do princípio da afetividade.

No entendimento de Melo Filho (2015), restringir a filiação somente aos fatores biológicos, é o mesmo que negar que a constituição familiar é baseada no entrelaçamento das personalidades de seus membros e conseqüentemente que o núcleo seja agradável, amoroso e que traga felicidade aos componentes. Assim, o principal objetivo da família é dar carinho, atenção, amor e oferecer felicidade aos que a constituem, onde o princípio da afetividade deve ser um fator determinante nas relações familiares.

De acordo com esse paradigma, o sujeito possui uma inteligência, o objeto possui uma essência e o conhecimento acontece mediante a apreensão da essência do objeto pela inteligência do sujeito. Por isso de acordo com esse critério é importante a determinação das características, do objeto para serem apreendidas pelo sujeito. No caso da afetividade essa apreensão torna-se impossível porque o objeto apresenta uma face diferente, conforme cada ângulo sob o qual é observado e a depender do ânimo do sujeito. Isto é, o objeto apresenta uma tal complexidade que seu conhecimento só é possível se forem levados em consideração essas inúmeras facetas (SANTOS, 2011, p. 500).

De acordo com Heloisa Szymanski (1992 *apud* LEVY, 2010, p.86) “as trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas”. Calderón (2013, p. 13), afirma que entre os doutrinadores há o reconhecimento do afeto no desenvolvimento do vínculo socioafetivo em que “a

presença da afetividade no sistema, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, poderá facilitar as diversas outras construções teórico-práticas que ainda terão de ser enfrentadas”.

Desta forma, Calderón (2013) aduz que atualmente a jurisprudência pátria em algumas decisões reconhece a afetividade em diferentes casos concretos, no que tange à adoção, à filiação, à multiparentalidade dentre outros. Dias (2015) relata que, em uma decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi, da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1087163/RJ em 2011, foi determinado a sobreposição do vínculo afetivo ao vínculo biológico, buscando atender o que a era mais propício para a criança.

Assim, neste caso, houve um pedido de alteração de registro de nascimento do menor pelo pai biológico, que queria retirar da certidão do menor o reconhecimento da filiação que foi feito por outra pessoa, neste caso se o pedido fosse aceito, os laços afetivos daquele que assumiu o papel de pai seriam desconsiderados, porém no intuito de preservar o princípio da afetividade o pedido foi negado.

Desta forma, Lôbo (2011) aponta que o princípio da afetividade se mantém presente no âmbito familiar, pois reconhece a filiação socioafetiva com amparo e base jurídica. Assim, a filiação socioafetiva é posta em condições de igualdade jurídica com a filiação biológica, visto que o vínculo familiar afetivo ou biológico ou ambos conjuntamente têm proteção jurídica, onde o STF adota a tese jurídica da multiparentalidade. A ministra Nancy Andrighi, em outro julgado no REsp 1000356/SP de 2010, decide:

Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sangüínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo sócio-afetivo. – Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. Único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. – O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai

biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (Resp 878941/DF, ANDRIGHI, 2007).

Neste sentido, Dias (2014) relata que nos Tribunais Federais, também, há decisões baseadas no princípio da afetividade e na busca pela felicidade, na Apelação Cível: AC 20120802418 SC 2012.080241-8 (Acórdão) do relator Ronei Danielli em 2013. Em aludido julgamento, o tribunal decidiu conceder a guarda compartilhada para a mãe e a avó materna, com o objetivo de que a concessão da guarda resulte em benefícios de fins previdenciários, de modo que para conceder a guarda foram utilizados fundamentos estabelecidos no princípio da afetividade e na busca pela felicidade do menor.

Kant afirma que a constante busca pela felicidade se dá a partir da eterna insatisfação do homem enquanto ser empírico (e finito). Portanto, essa busca é impulsionada principalmente pelas necessidades e inclinações sensíveis. Já na abertura da Fundamentação, quando Kant refere-se aos dons da fortuna, enumera o poder, a riqueza, a honra, a saúde e também “todo o bem-estar e contentamento com a sua sorte, sob o nome de felicidade” (FMC, BA 1-2). Logo, a felicidade pode ser concebida e manifestar-se de diversos modos. Visto que os desejos e as inclinações humanas (nos quais se assenta o sentimento de satisfação), nada mais são do que princípios empíricos e subjetivos, a vontade humana (naturalmente considerada) não pode ser reduzida a um princípio comum e válido para todos. Nessa perspectiva cada homem, empiricamente considerado, possui subjetivamente a necessidade de satisfazer as suas próprias aspirações. Então, é natural que cada ser humano, enquanto sujeito agente, busque para o seu agir as mais variadas finalidades. A satisfação, baseada nas necessidades empíricas ou em sentimentos atribuídos ao sensível, não é outra coisa senão a felicidade (DIFANTE, 2008).

Para Leal (2014), o princípio da busca da felicidade é objetivado em técnicas de ponderações em decisões que abrangem o interesse coletivo, onde se deve sempre que possível julgar os casos levando em consideração a busca da felicidade para o maior número de pessoas. Basile (2012), ainda, aponta que atualmente é claro o reconhecimento do direito a felicidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, para fundamentar decisões de repercussão nacional, dado que a busca pela felicidade nos tribunais é resultado de uma interpretação da lei

de uma forma mais ampla, com o objetivo de exercer justiça respeitando os princípios e valores éticos.

O ministro Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 3.300/DF (DJ 09/02/2006), consignou: Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria—cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental—, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. (LEAL, 2008).

No entendimento de Leal (2008), o Estado tem a função de facilitar os sonhos dos indivíduos, através de meios que possibilitem o alcance da almejada felicidade, pois embora o princípio da busca pela felicidade não seja expresso, atualmente vários são os julgados em decisões fundamentadas neste princípio, dado que este princípio surge de forma implícita, porém está inteiramente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma Lima (2011) assevera acerca da relação entre felicidade e o direito na jurisdição constitucional brasileira, de modo em que este fato é retratado no julgamento do reconhecimento da união homoafetiva, pelo Supremo Tribunal Federal no RE 477554 MG, onde a busca da felicidade se apresenta como afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais.

O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade.- O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)- significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana

e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina.- O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias (...)" (MELLO, 2011, p.309)

Desta forma, Lima (2011) salienta acerca do direito à felicidade como objeto decorrente dos direitos fundamentais, que estão inseridos na legislação constitucional brasileira, de forma em que a tendência é que o Supremo Tribunal Federal, compreenda o princípio da busca pela felicidade cada vez mais em suas decisões. Além disso,

A despeito das decisões do STF, não é possível enquadrar, de plano, a busca da felicidade como direito fundamental. Também não se pode conferir dimensão normativa direta à busca da felicidade (pois a felicidade é decorrente do gozo de direitos fundamentais). A felicidade configura, inegavelmente, objetivo a ser conquistado pelos indivíduos e meta a ser perseguida pelo Estado. Por isso se fala em novo índice: FIB –Felicidade Interna Bruta, para medir o nível de felicidade da população de um país. Portanto, a relação entre Direito e a busca da felicidade configura objeto de debate recém instaurado na comunidade jurídica nacional, especialmente após decisões proferidas pelo STF. Significa que o Direito não pode ser considerado ciência jurídica pura, eis que interdisciplinar, pois se conecta com a psicologia, filosofia, sociologia e outras ciências humanas. Por isso, o sistema jurídico deve contemplar mecanismos para que os indivíduos alcancem a máxima felicidade. Isso não permite concluir, entretanto, que a busca da felicidade seja prodigalizada e utilizada para fundamentar todo e qualquer argumento jurídico ou decisão judicial, pois o seu alcance decorre do cumprimento dos direitos fundamentais já assentados e reconhecidos. Vale dizer, é impossível fundamentar uma decisão com base apenas na busca da felicidade. Assim, a busca da felicidade não configura uma norma (regra ou princípio), diante da ausência de autonomia e de densidade normativa, mas isso não impede sua invocação para justificar a proteção a um direito ou a um princípio já previstos no sistema jurídico (SCHULZE, 2012).

Neste sentido, Schulze (2012) aponta que, embora o princípio da busca pela felicidade ainda não esteja normatizado no ordenamento jurídico brasileiro, ele é considerado um princípio decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo utilizado como base fundamentadora de diversas decisões.

O ministro Carlos Velloso, nos autos do Recurso Extraordinário nº 328.232/AM(DJ 20/04/2005), fez registro: (...) convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz. (LEAL, 2008).

Desta forma, Lima (2011) complementa que, mesmo o princípio da busca pela felicidade não ser expresso, cabe a cada operador do direito utilizar este princípio, com o objetivo de esgotar todas as possibilidades no fim de efetivar a prestação jurisdicional aos que recorrem ao poder judiciário.

### **3 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA: O IMPACTO DA TECNOLOGIA NA MUDANÇA DA SOCIEDADE E AS REDES SOCIAIS COMO ESPAÇO DE RELACIONAMENTO**

Na concepção de Dias (2014), a tecnologia e a família estão interligadas na sociedade contemporânea, na sociedade moderna os relacionamentos estão sendo através de um click, de forma em que passou a ser incomum conversas olho a olho, abraços, carinhos e demonstrações físicas de afeto.

Está transformando a maneira de como vivemos, trabalhamos e nos divertimos, como acordamos pela manhã, fazemos compras, investimos dinheiro, escolhemos nossos entretenimentos, criamos arte, cuidamos da saúde, educamos os filhos, trabalhamos e participamos ou nos relacionamos com as instituições que nos empregam, vendem algo, prestam serviços à comunidade (DERTOUZOS, 2013, p. 153)

Pereira (2011) relata que, atualmente, as pessoas usam a *internet* como um meio de suprir aquilo que elas dizem não ter, que é o precioso tempo, porém o avanço tecnológico tem influenciado grandemente as relações familiares, de modo que o convívio familiar tem sido trocado por relações virtuais. Spier, ainda, em complemento, aduz que:

A moda atualmente é falar do P de “participativo”. Mas eu estou vez mais convencida que o P de “presença” é ainda mais importante. Em um mundo onde temos dificuldades para passar quantidades significativas de tempo com as pessoas que gostamos (por causa da dispersão geográfica e também das responsabilidades diárias com trabalho e escola), ter uma solução leve e móvel para ficar a par do que os outros estão fazendo e também para informá-los sobre você é uma coisa poderosa. (SPIER, 2007, p.172)

Sendo assim, Silva (2010) corrobora que, desde o lançamento da internet nos anos 90, foi grande o crescimento da sua utilização no meio família. Contudo, em cada família o uso da internet influencia de uma determinada forma, algumas famílias estreitam o seu relacionamento, pelo mal uso desta ferramenta, em outros casos há famílias que a utilizam como meio de se aproximar dos mais

distantes, mas acabam por se distanciar dos mais próximos, e há famílias que utilizam deste meio de forma saudável sem que haja prejuízo nas relações familiares.

Desta forma, Pedreira (2011) assevera que, a relação entre as pessoas e a tecnologia é complicada, visto que, muitos não têm limites ao uso deste meio e assim cada vez mais se torna indefinida as fronteiras entre o mundo real e o mundo virtual, de modo em que ao invés das pessoas dominarem a tecnologia, a tecnologia que está dominando as pessoas.

Neste sentido, Cardoso (2007) ensina que a família como instituição está cada vez mais vulnerável ao mundo tecnológico, que passou a ter um espaço cada vez maior na era virtual em que a família vive hoje em dia, sendo este um fator contribuinte para a mudança da organização desta instituição. Cardoso (2007, p. 311), ainda, aponta que “a nossa realidade transformou-se também porque uma nova maneira de percebê-la tomou forma sob a capa de uma cultura da virtualidade real, a cultura do nosso dia-a-dia insere-se na nova vida tecnológica em que vivemos”.

Castells (2003), por sua vez, relata que a internet se originou logo após a Segunda Guerra Mundial, quando foi criada com objetivos militares. A primeira empresa a desenvolver este recurso foi a ARPANET, no ano de 1969, e, posteriormente, em 1980, a ARPANET se dividiu em MILNET e ARPANET, e a ligação entre essas redes foi nomeada de “*Defense Advanced Research Projects Agency Internetwork*” nome este que foi abreviado para Internet, sendo assim a criação da internet apresenta o marco inicial da era virtual que vivemos atualmente. O autor, ainda, sustenta que:

A história da criação e do desenvolvimento da Internet é a história de uma aventura humana extraordinária. Ela põe em relevo a capacidade que tem as pessoas de transcender metas institucionais, superar barreiras burocráticas e subverter valores estabelecidos no processo de inaugurar um mundo novo. Reforça também a ideia de que no processo a cooperação e a liberdade de informação podem ser mais propícias à inovação do que a competição e os direitos de propriedade. (CASTELLS, 2003, p. 13)

Na concepção de Silva (2010), na atualidade, a *internet* está presente no cotidiano da sociedade, de forma em que através dela o mundo passa a não ser tão grande, encurtando distâncias entre pessoas, de modo em que ninguém está tão longe que não possa conversar.

Neste sentido, Corrêa (2006) aduz, em seu magistério, que a *internet* é considerada um meio de comunicação rápido, e que atinge todas as classes sociais proporcionando que pessoas diversas se conheçam através dela, sendo utilizada também para se relacionar amorosamente com uma pessoa que está atrás da tela de um computador. Sendo assim,

A Internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada a rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento. (CORRÊA, 2006, p.8)

Silva (2010) assevera que apesar da aparência segura que a internet proporciona a seus usuários, a vulnerabilidade das informações existentes neste recurso é muito maior, e somada ao desconhecimento dos usuários utilizar a internet é sempre perigoso mesmo sendo no anonimato.

Estão em risco os nichos mais preciosos da privacidade. Contas correntes, declarações de Imposto de Renda, números e operações dos cartões de crédito, dados do passaporte, nomes e endereços de contatos comerciais e pessoais poderão ser devassados e alterados por qualquer pessoa. O mais grave: isso poderá ocorrer em qualquer lugar do mundo. Serão crimes, porém difíceis de apurar e de punir. Proteger-se será o mesmo que renunciar aos computadores. (PAESANI, 2012, p. 43).

Pereira (2011) discorre que, a princípio, as pessoas se relacionavam virtualmente através de e-mails, porém com o passar do tempo e com as constantes evoluções no mundo virtual, surgiram as redes sociais, meio este que proporcionou ao usuário se relacionar com diversas pessoas, além de postar fotos e vídeos na rede. Manuel Castells ( 2003 *apud* ZANIOLO, 2012, p. 270), classifica as redes sociais como:

Estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetos de desempenho). Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação, sem ameaças do seu equilíbrio. (CASTELLS, 2003, p. 242 *apud* ZANIOLO, 2012, p. 270).

Sendo assim, Pereira (2011) classifica a internet como um sistema complexo, em que deve ser estudada por todas as esferas, principalmente no direito. Trata-se, assim, de uma rede sem regulamentação sendo quase impossível saber que é ou não lícito no mundo virtual, desta forma a realidade moderna carece cada vez mais da intervenção do Estado nas relações virtuais, pois cada usuário possui interesses diferentes, sendo este motivo de muitos conflitos no mundo virtual.

É indubitável que a internet modificou o comportamento humano. Se, por um lado, incentivou a busca de novos conhecimentos e a expansão da cultura, por outro lado, também propiciou o surgimento de criminosos digitais. A internet possui hoje, mais de cem milhões de pessoas conectadas, em mais de cento e sessenta Países [...] A verdade é que, a internet evolui em velocidade muito maior do que as medidas de segurança capazes de proteger as informações. (INELLAS, 2009, p. 13).

Inellas (2009) consolida que a internet passou a ser um meio responsável por inúmeros relacionamentos virtuais, todavia, deve se atentar para que estes relacionamentos não passem dos limites, tendo cautela para não expor na rede muitas informações pessoais pois o sonho de encontrar um amor virtual pode se transformar em um grande pesadelo.

É de se reconhecer que o Direito, como mediador dessas relações, tem de haver-se com duas situações: encontrar parâmetros para normatizar circunstâncias inéditas referentes à Informática e incorporar essa tecnologia na rotina de seus procedimentos como elemento útil na resolução de algumas questões (ALVES, 2002, p.65).

Silva (2011) aduz que a *internet* beneficiou, de forma sublime, as relações ente pessoas das mais variadas idades, pois por ser um meio de

comunicação de fácil acesso. Destarte, a internet ganha cada vez mais seguidores, de forma em que hoje em dia é raro uma pessoa que não utiliza este meio, a internet foi um marco nos anos 90 que gerou um grande aumento na comunicação entre pessoas o que se mantém na atualidade.

O funcionamento da rede recusa um controle hierárquico, global, ou qualquer possível sistema de censura de informação ou da comunicação, mas acata e faz apelo à responsabilidade dos fornecedores e usuários da informação desse espaço público, A profusão do fluxo de informações não impede que a coletividade dos internautas construa hierarquias e estruturas por sua própria conta e crie mecanismos próprios de defesa da privacidade e do controle das informações. (PAESANI, 2012, p. 44).

Neste sentido, Pereira (2011) elucida que, através da facilidade de acesso ao meio virtual, a internet também trouxe algumas mudanças negativas, que ferem a honra e a integridade de muitas pessoas, pessoas estas que são vítimas da desonestidade de pessoas que usam a internet como meio de cometer ilícitudes ou imoralidades, como nos casos de infidelidade virtual.

### **3.1 O ADULTÉRIO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

De acordo com Diniz (2004), o adultério é classificado no âmbito jurídico como uma conduta onde um dos agentes, que indispensavelmente tem que ser casado, mantém relações sexuais com um terceiro, violando assim o dever de fidelidade que está elencado como dever do casamento no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

É a infração ao dever recíproco de fidelidade, desde que haja voluntariedade de ação e consumação da cópula carnal propriamente dita. Assim não configuram adultério, por faltar o elemento subjetivo, ou seja, por haver inexistência do impulso sexual, as relações sexuais oriundas do estupro, de coação, de abulia ou falta de comando da consciência, como hipnose, sonambulismo, embriaguez involuntária. Não se caracterizam como tal, pela ausência do elemento objetivo da consumação da conjunção carnal: correspondência epistolar, cópula onanística, coito vestibular, aberrações sexuais, cópula frustrada, inseminação artificial, que podem dar origem a uma infidelidade

moral, equivalente à injúria grave, ao outro cônjuge. (DINIZ, 2004, p.271)

Gonçalves (2006, p.207) complementa dizendo que conforme o Código Civil de 2002, o descumprimento de um dos deveres que é o de fidelidade recíproca já se "caracteriza o adultério, que é difícil de provar, porque resulta da conjugação carnal entre as duas pessoas de sexo diferente, praticados em geral às escondidas". Cahali, ainda, anuncia que

O adultério, assim, na sua conceituação mais ampla, tem como pressuposto necessário a existência de um casamento vinculando qualquer dos participantes da relação carnal a uma terceira pessoa, e se configura ante a presença de um elemento físico, a cópula, e outro moral, a vontade culpável, a consciência de violar a fé jurada. (CAHALI,2002, p. 325)

Diniz (2008) entende que a infração do dever de fidelidade dentro do casamento, configura o adultério, desestruturando toda família, quebrando a moral familiar e injuriando o outro cônjuge a ponto de ferir a sua honra gravemente. Para que se configure o adultério basta o dever de fidelidade ser infringido por parte do marido ou da mulher, porém alguns requisitos devem ser observados para tal classificação, como um dos agentes ser casado e acontecer prática inequívoca de relação sexual deste agente com um terceiro.

Gonçalves (2006) aponta que com o casamento os cônjuges assumem direitos e obrigações, que estão enumerados no art. 1.566 do Código Civil de 2002, que são: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; e V – sustento e consideração mútuos.

Silva (2007) aduz que no art.1573 do Código Civil de 2002, o legislador apontou logo no inciso I o adultério como uma condição de impossibilidade de uma vida em comum, sendo esta uma causa para a separação judicial que está prevista no art.1.572 do mesmo diploma. Assim, aludido artigo assegura o direito de propor ação de separação, se o outro cônjuge praticar algum ato que viole os deveres do casamento, sendo o adultério assim classificado.

O interesse do Estado na manutenção da família como base da sociedade procura amarrar todas as pessoas dentro de uma estrutura familiar. Por isso gera presunções de paternidade. O filho nascido na constância do casamento presume-se filho do casal. Para dar sustentação a essa verdade ficta, sente-se o Estado autorizado a impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges, inclusive durante a vigência do casamento. Assim, acaba por obrigar à fidelidade como forma de garantir a legitimidade da prole. A preocupação, nitidamente, é de ordem patrimonial, para assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos seus 'legítimos sucessores'.

Por isso, o primeiro dos deveres de um cônjuge para com o outro é o de fidelidade recíproca (CC 1.566 I), que, segundo Clóvis Beviláqua representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão-somente um dever moral, sendo exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade (DIAS,2007, p.238)

Neste diapasão, Ferriani (2011) ensina que a infração dos deveres conjugais, particularmente da fidelidade recíproca gera consequências na natureza civil, onde normalmente a primeira é o fim da relação conjugal ou da união estável, posteriormente é a perda de alimentos que pode ser imposta ao cônjuge culpado, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil, ainda tem a previsão do artigo 1.578 do Código Civil, onde garante que se o cônjuge culpado tenha adotado o sobrenome de seu companheiro tenha que retirar, e por fim a possibilidade de o cônjuge culpado pagar uma indenização de danos morais ao seu companheiro devido a sua atitude.

Diniz (2008) assevera, por sua vez, que, em alguns casos o adultério causa grandes transtornos para o cônjuge traído, circunstâncias em que muitas das vezes as sanções previstas no direito de família não são capazes de reparar o dano causado, visto que a honra do conjugue traído é afetada, e nestes casos seria completamente admissível a responsabilidade civil por dano moral do cônjuge adúltero.

O Código Penal não distingue entre o adultério de um e de outro cônjuge. Porém para o adultério reclama-se a comprovação da conjunção carnal entre o cônjuge e seu cúmplice, de tal sorte que, ausente esse elemento, a repercussão do comportamento faltoso se dará exclusivamente na esfera civil, e sob outra fundamentação – conduta desonrosa ou violação ao respeito e consideração mútuos. (RODRIGUES, 2008, p. 126)

Neste sentido, Monteiro (2004), em seu magistério, ensina que o dever de fidelidade perdura enquanto existir a sociedade conjugal, mesmo que os cônjuges estejam separados de fato. A sociedade conjugal somente é cessada com a morte, nulidade, anulação do matrimônio, separação judicial ou com divórcio, sendo estas as hipóteses em que o consorte retoma juridicamente a sua liberdade sexual.

Todavia, Silva (2017) relata que em regra na união familiar o dever de fidelidade recíproca deve estar presente, visto que quem segue o parâmetro de família formal, busca por fidelidade. Contudo se houver alguma prova de que o casal mantém um relacionamento aberto, não é cabível qualquer tipo de indenização.

Gonçalves (2006) relata que mesmo a Constituição de 1988, o Código Civil de 2002, a jurisprudência e a doutrina tenham relacionado a união estável ao casamento como modelo de unidade familiar, neste caso não há que se falar em adultério nas relações concebidas através da união estável. Tal fato decorre da premissa que o adultério, enquanto conduta cível, infringe os deveres do casamento, atingindo diretamente a fidelidade recíproca que está prevista no art.1.566, inciso I do Código Civil.

Quanto ao crime de adultério, constante do artigo 240, do Código Penal, a despeito de não haver expressa referência à condição especial do agente (casado) para o cometimento do crime, a interpretação sistemática do tipo penal, mormente diante do interesse imediato de proteção da paz matrimonial e da redação contida nos §§§ 2º, 3º e 4º, do mesmo dispositivo (todos contêm o termo 'cônjuge'), conduz à conclusão de que somente pessoa casada pode ser agente do crime, e o consorte, a vítima. O dever de fidelidade recíproca é próprio dos cônjuges, e ainda que se cogite do dever de lealdade entre os companheiros, a violação a este não pode configurar o crime de adultério sob pena de infringência ao princípio da reserva absoluta de lei formal, por se tratar de analogia 'in malam partem'. (GAMA,2000, p.247)

Desta forma, Dias (2011) aduz que, no caso da união estável, deve haver entre os companheiros o dever de lealdade, que é muito parecido com o dever de fidelidade recíproca, porém não há adultério no seu descumprimento. Na união estável deve haver o respeito e considerações mútuas entre os companheiros, sendo eles leais entre si, desta forma a quebra desse dever de

lealdade, por infidelidade do companheiro, seria o mesmo que cometer o adultério no casamento, porém não existe essa previsão legal dentro do instituto da união estável, de forma em que a nomenclatura correta a ser usada nos casos em que o companheiro for desleal é dizer que ocorreu uma traição e não um adultério. Rodrigues, ainda, aduz

O adultério, dentro do conceito moral vigente constitui séria injúria ao consorte. Como a sociedade tradicionalmente assentava seus alicerces na família legítima, que deriva do casamento, o adultério representa séria ameaça à vida conjugal, pois não raro ao cônjuge ofendido repugnará o convívio do adultério. Por essa razão, decerto, manifesta o legislador tamanha repulsa a infidelidade conjugal. (RODRIGUES, 2008, p. 126)

De acordo com Silva (2002), a traição alcança um campo muito mais amplo do que o adultério, visto que dentro do matrimônio ou da união estável a traição é qualificada como um ato que provoca a violação dos deveres do casamento e da união estável, assim como a impossibilidade de manter uma vida em comum, causando na pessoa traída dor, constrangimento e sofrimento devendo por este motivo ser indenizada.

Pereira (2009) aponta que na traição não há a necessidade de envolvimento físico entre pessoas, conforme é no adultério, ou seja, neste caso basta que ocorra uma conduta que configure a infidelidade do cônjuge ou a deslealdade do companheiro, visto que o próprio significado de traição diz respeito à deslealdade. Para Dias (2007), devido à grande facilidade de comunicação entre os seres humanos, constantemente surgem casos de traição, provenientes de relacionamentos que se originaram via internet, o que a doutrina nomeia como infidelidade virtual.

No campo dos relacionamentos afetivos, o uso do computador possibilitou a utilização do véu virtual, rompendo com a necessidade antes inafastável do contato físico. Mas como não há 'crime' perfeito de modo bastante frequente acabam os parceiros descobrindo que seus cônjuges, companheiros ou namorados mantêm vínculos afetivos bastantes intensos, íntimos e até tórridos no interior do próprio lar e, muitas vezes, na presença desatenta do par. (DIAS, 2007, p.240)

Nesse sentido, Dias (2007) aponta que surgiu um questionamento entre os doutrinadores acerca da infidelidade virtual, se ela é alcançada pelo artigo 1.566 do Código Civil de 2002, visto que não é uma situação fácil de se solucionar, pois cada caso concreto deve ser analisado de forma isolada. Entretanto, a infidelidade virtual é caracterizada como uma forma de traição, todavia ela pode se materializar se o cônjuge ou companheiro vier a praticar ato sexual com terceiro.

O grande questionamento que passou a inquietar a todos é se o relacionamento virtual pode ser reconhecido como infração ao dever de fidelidade. A tendência é considerar a comunicação, mantida através da internet, como 'infidelidade virtual', reservando-se a expressão 'adultério' ao relacionamento sexual real. Essa distinção, no entanto, não encontra respaldo na doutrina tradicional, que sempre distinguiu a fidelidade no sentido físico e moral. A fidelidade física corresponde à manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge. Já a infidelidade moral afronta ao dever de lealdade de cada um dos membros do casal para com o outro, e não está munida de sanção eficiente. (DIAS, 2007, p.240)

Desta forma, Pereira (2009) salienta que, o dano moral nas relações familiares não é devido somente nos casos em que um dos cônjuges ou companheiros se envolvem fisicamente com um terceiro, visto que esta situação apesar de reprovável, é de difícil comprovação, por ser na maioria das vezes praticado as escondidas.

Sendo assim, Pereira (2009) aduz que cabe indenização também aquelas condutas que tem por finalidade ato sexual com terceiro, mesmo que não se concretize. Ora, esse ato por si só já configura a pretensão de infringir os deveres do casamento e da união estável, que estão tipificados no Código Civil de 2002.

### **3.2 O DEVER DE FIDELIDADE *VERSUS* O PRINCÍPIO DA LEALDADE CONJUGAL**

No entendimento de Diniz (2005), o casamento é renomado por ser a principal forma de constituição familiar, sendo realizado desde os primórdios da

humanidade, desta forma está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art.226 da Constituição Federal. Neste sentido, Maria Helena Diniz (2005, p. 39) corrobora acerca do casamento como, “a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. ”

Venosa (2012), por sua vez, ensina que, o casamento é visto por grande maioria dos doutrinadores como um contrato, sendo assim a exteriorização de um relacionamento, classificado também como o início da formação de uma família. Ademais, o autor complementa que

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. (VENOSA, 2012, p.25)

Assevera, ainda, Venosa (2012), que ao longo dos anos o casamento foi se aperfeiçoando, pois antigamente somente existia o casamento religioso, basicamente o católico por ser esta a religião oficial do Estado. Contudo, com o passar do tempo novas religiões foram surgindo, e no período republicano surgiu o casamento civil, de forma em que passou a existir o costume do casamento tanto no civil quanto no religioso.

Para o Direito Canônico, o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel. (VENOSA, 2012, p. 25).

Gagliano e PamplonaFilho (2012) relata que o casamento é considerado como uma verdadeira comunhão entre os cônjuges, edificado sob o amor carinho e companheirismo, e principalmente sob o respeito. Desta forma, existem direitos e deveres inerentes ao casamento, apresentados pelo código civil de 2002, no seu artigo 1.566, incisos I ao IV, sendo eles: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, assistência, respeito e consideração mútuos.

Neste Diapasão, Maria Helena Diniz (2005, p.130), aduz que, “o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial”. Desta forma, Venosa (2012), apresenta a monogamia como consequência da fidelidade recíproca, visto que esta norma é de cunho social, estrutural, moral e normativo, visto que a infração dos deveres conjugais pode acarretar danos indenizáveis ao cônjuge inocente.

Tendo perdido relevância a distinção entre adultério e injúria grave, constituem infração do dever de fidelidade tanto o adultério (no sentido estrito de relações sexuais com terceiro) como toda uma gama de comportamentos que, por seu caráter licencioso ou leviano, significam também quebra da fé conjugal. (OLIVEIRA; MUNIZ, 2003, p.292)

Segundo Gonçalves (2012), o dever de fidelidade foi criado com o objetivo de preservar a família, desta forma é possível enxergar o valor moral existente dentro do dever de fidelidade, valor este vital para a constituição de um relacionamento satisfatório para ambos os cônjuges. O artigo 1.565 do Código Civil Brasileiro apresenta que: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (GONÇALVES,2012, p.17). Os autores Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 291) aduzem que “a violação deste dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias. ”

Todavia, Diniz (2012) ensina que, apesar de não existir mais no ordenamento jurídico brasileiro o crime de adultério, o dever de fidelidade continua vigente na legislação brasileira, de forma em que ao decidir se casar o indivíduo deve estar preparado para respeitar a pessoa escolhida. Nesse sentido, Dias (2009) assevera que, juntamente ao dever de fidelidade que está previsto no casamento, está o dever de lealdade previsto para os relacionamentos que são formados através da união estável.

Na concepção de Dias (2009), não necessariamente um casal precisa se casar para constituir uma família, pois via de regra a convivência de um casal sob o mesmo teto com objetivo de constituir uma família, configura a união

estável. Sendo assim, “nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação.” (DIAS, 2009, p. 161)

Gomes (2007) ainda, relata que a Constituição Federal de 1988 recepcionou a união estável em seu art.226 e parágrafos, equiparando-a ao casamento e a recebeu com forma de entidade familiar. Sendo assim, Orlando Gomes (2007, p. 35) relata que, “[...] família o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e dos filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só economia, sob a mesma direção”.

A norma constitucional apenas introduziu a união estável no direito de família, possibilitando, desse modo, regulamentação da matéria pela lei ordinária, com a fixação de direitos e deveres entre os conviventes [...] ao atribuir à união estável o status de entidade familiar, a Constituição considerou-a família, conferindo-lhe a mesma proteção assegurada pelo Estado a esta última. (GOMES, 2007, p.9)

Gagliano e Pamplona Filho (2012) complementa dizendo que, o advento do reconhecimento constitucional da união estável como modelo de entidade familiar, foi de suma importância e um grande avanço o direito de família, visto que até mesma a nomenclatura da união estável ficou mais leve, já que anteriormente era chamado de concubinato, e agora é vista como companheirismo, entidade familiar e modelo de família.

Essa palavra, com forte carga pejorativa, derivada da expressão latina concubere, significava “dividir o leito”, “dormir com”, ou, conforme jargão popular, caracterizaria a situação da mulher “teúda e manteúda”: “tida e mantida” por um homem (sua amante, amásia, amigada). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 426)

Gonçalves (2012), por sua vez, ensina que a união estável está prevista no Código Civil nos artigos 1.723 a 1727 e no artigo 1790, não traz tantas formalidades quanto o casamento, é uma forma de constituição familiar um pouco menos formal do que o casamento. Para o magistério apresentado por Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 611), “enquanto o casamento é precedido

de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum”.

Segundo Diniz (2005), existem alguns elementos que devem estar presentes nas uniões para que se configure união estável, sendo estes elementos essências que são: diversidade de sexo; ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes; notoriedade de afeições recíprocas; honorabilidade; fidelidade ou lealdade; e, coabitação.

Todavia, Gonçalves (2012) pondera que, no que diz respeito à diversidade de sexo, houve grande mudança legislativa quanto a este elemento, visto que a união homoafetiva é aceita juridicamente como unidade familiar, onde os casais homoafetivos põem se casar e até adotar filhos, protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, Gonçalves (2012) relata que, como no casamento existe o dever de fidelidade na união estável e nas uniões homoafetivas existe o dever de lealdade, que está previsto no artigo 1.724 do Código Civil. Desta forma, Gonçalves (2012, p. 623) aduz que “como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação”.

Para as lições de Diniz (2007), a união estável ao ser regulamentada ganhou proteção do Estado, de forma em que os deveres inerentes à ela devem ser respeitados, visto que “não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará a condição de ‘amizade colorida’, sem o *status* de união estável.” (DINZ, 2007, p.364)

Venosa (2012), ainda, relata que segundo o Código civil em seu art.1.724 nas relações entre companheiros deve haver, lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. De modo em que “a quebra desse dever pode, dependendo de sua amplitude, fazer cair por terra a comunhão de vida, de interesses e de sentimentos” (VENOSA, 2012, p.45).

O dever de lealdade, compreensivo do compromisso de fidelidade sexual e afetiva, remete-nos à ideia de que a sua violação, aliada à insuportabilidade de vida em comum, poderá

resultar na dissolução da relação de companheirismo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 446,).

Sendo assim, Diniz (2007) aponta o quanto é importante o princípio jurídico da lealdade conjugal, que foi mantido pelo legislador no Código Civil de 2002. Todavia, apesar da vigência deste dever, da mesma forma que existe o dever de fidelidade no casamento, é evidente na esfera jurídica a falta de instrumentalidade para o princípio da lealdade. Ora, no ordenamento jurídico brasileiro não há nenhum mecanismo responsável para reparar os danos causados quando violado este dever, o que acaba gerando algumas críticas doutrinárias acerca do princípio da lealdade na legislação brasileira.

### **3.3 ENTRE A FIDELIDADE E A LEALDADE CONJUGAL NA ERA DIGITAL: O ADULTÉRIO EM APLICATIVOS DIGITAIS E SEU ENQUADRAMENTO COMO ENSEJADOR DO DANO MORAL**

Pereira (2010), em seu magistério, ensina que o grande avanço da internet no decorrer dos anos, proporcionou uma grade expansão de contato entre pessoas, independentemente de extensão territorial, já que a internet oferece uma sensação de anonimato conferida pelos meios virtuais, desta forma ocorreu o surgimento de uma nova espécie de ilícito moderno sendo esta a infidelidade virtual. Neste sentido, dispõe a redação do artigo 1.566 do Código Civil de vigência:

**Art. 1.566.** São deveres de ambos os cônjuges:  
**I - fidelidade recíproca;**  
**II - vida em comum, no domicílio conjugal;**  
**III - mútua assistência;**  
**IV - sustento, guarda e educação dos filhos;**  
**V - respeito e consideração mútuos. (BRASIL, 2002)**

Diniz (2014), por sua vez, assevera que o dever matrimonial de fidelidade está introduzido no conceito de lealdade, porém não se pode confundir estes institutos. Ora, a fidelidade corresponde à não coabitação ou relacionamento íntimo e desrespeitoso a outro conjugue, exteriormente ao

matrimônio, e a lealdade se refere à qualidade de caráter, composta por um comprometimento não somente físico, mas também moral, objetivado pela preservação da verdade entre o casal, todavia a lealdade e a fidelidade sejam distintas entre si, elas devem ser observadas em todas as relações matrimoniais.

Para Pereira (2010), a traição observada de uma forma geral, compreende o adultério, que é a prática de ato sexual com pessoa diversa do cônjuge, e diversos outros atos de conjunção carnal, beijos e inclusive a infidelidade virtual. Pereira (2010), ainda, aduz que a infidelidade virtual é caracterizada por ser um relacionamento extramatrimonial, constituído através do universo da informática, o que não deixa de caracterizar como uma conduta de legítimo desrespeito ao outro cônjuge.

Diniz (2005) relata que, pessoas comprometidas buscando por novas aventuras começaram a se envolver virtualmente com outras pessoas, com a intenção de criar novos laços amorosos ou somente para satisfazer-se sexualmente, por meio da masturbação, caracterizando assim o sexo virtual. Ademais, “dentre as pessoas envolvidas em romances virtuais, muitas buscam na internet uma satisfação sexual, advinda geralmente da masturbação, fazendo surgir o sexo virtual e interferindo em muitos relacionamentos reais já existentes. (DINIZ, 2005, p. 291).

Diante do fato de haver a possibilidade de o internauta casado participar, por meio de programa de computador, como o ICQ, de chats, de mirc e salas de bate-papo voltados a envolvimento amorosos geradores de laços afetivo-eróticos virtuais, pode surgir, na Internet, infidelidade, por e-mail e contatos sexuais imaginários com outra pessoa, que não seja seu cônjuge. (DINIZ, 2005, p.291)

Neste sentido Dias (2015), alude que conforme a redação do art.1.566, inciso I, do Código Civil de 2002, a fidelidade é um claro dever para o casamento na legislação brasileira, desta forma se a infidelidade virtual é classificada como uma nova modalidade de infidelidade. Denota-se que este ato viola o dever jurídico de fidelidade que compreende o casamento, e por

equiparação, viola também o dever jurídico de lealdade que está previsto para as relações instituídas pela união estável.

Os problemas do dia-a-dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo, platônico com pessoa sem rosto e identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, por exemplo, usando apelidos (*nickname*) e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao consorte. (DINIZ, 2010, p.246)

Gonçalves (2012) institui que, além do dever de fidelidade, alguns doutrinadores defendem que a infidelidade virtual, compreende também o dever de respeito e consideração mútuos, que também é dever vigente no ordenamento jurídico brasileiro, expresso no art.1.566, inciso V, do Código Civil de 2002.

Quando a conduta pessoal reflete uma variedade de situações desrespeitosas e ofensivas à honra do consorte, uma forma de agir inconveniente para pessoas casadas, inclusive a denominada “infidelidade virtual” cometida via Internet, pode também caracterizar-se a ofensa ao inciso V do aludido art. 1.566, que exige “respeito e consideração mútuos”. (GONÇALVES, 2012, p.190)

Neste sentido, Diniz (2005) relata que na mesma intensidade de imposição que o dever de fidelidade e lealdade, o dever legal de respeito e consideração mútuos é violado através da infidelidade virtual, sem que haja necessidade que esta se torne real para configurar ofensa a este dever legal. Gonçalves (2012) assevera que, a infidelidade virtual viola deveres do cônjuge e do companheiro, na medida em que um relacionamento extraconjugal virtual, acaba por se tornar real, conforme a interação for ficando mais frequente, o que intensifica muito a dor e o sofrimento do cônjuge que foi traído.

Deveras os problemas do dia a dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge

insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo, platônico com pessoa sem rosto e identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, por exemplo, usando apelido (nickname) e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao consorte. (DINIZ, 2005, p. 291)

Desta forma, Pinheiro (2006) relata que, mesmo nos casos de infidelidade virtual que não ultrapassem a esfera virtual, provocam por si só um grande sofrimento e constrangimento ao parceiro que sofreu o dano, dado que a internet criou uma nova maneira ser infiel, pois mesmo que este relacionamento nunca se torne real, a traição fere da mesma forma.

Diniz (2003) ensina que o dano moral é imensurável e não poderia ser diferente nos casos de infidelidade virtual, visto que após provado o fato gerador da ofensa à moral da pessoa lesada, o magistrado realizará uma análise do conjunto probatório, e fixará uma indenização ao cônjuge ou companheiro, na proporção do dano suportado, conforme as condições do lesante e do lesado. “Portanto, ao fixar o quantum da indenização, o juiz não procederá a seu belprazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.” (DINIZ, 2003, p. 91).

Neste sentido Venosa (2011) ensina que, o dano moral por si só não precisa ser provado, pois a dor, o vexame e a humilhação são impossíveis de se provar, todavia a prova que se quer expor neste caso não é a prova do dano moral, pois esta é desnecessária e sim a prova do fato que gerou a ofensa. “Prova-se o fato relacionado com um direito. A demonstração da evidência em juízo é a finalidade elementar do processo na busca da verdade processual.” (VENOSA, 2011, p. 604).

Gagliano e Pamplona Filho (2012) classificam como elementos da responsabilidade civil a conduta humana, sendo esta positiva ou negativa, o dano ou o prejuízo e o nexo de causalidade, deste modo nos casos de infidelidade virtual é importante pontuar os elementos do dano moral como responsabilidade civil. Em complemento, Gonçalves explica:

Prova é o meio empregado para demonstrar a existência do ato ou negócio jurídico. Deve ser admissível (não proibida por lei e aplicável ao caso em exame), pertinente (adequada à demonstração dos fatos em questão) e concludente (esclarecedora dos fatos controvertidos). (GONÇALVES, 2011, p. 537)

Neste sentido, Gonçalves (2011) aduz que para o dano moral somente importa ser provada a conduta humana, que é caracterizada pela traição virtual do cônjuge ou companheiro, e o nexo de causalidade, e o dano precisa ser apenas demonstrado sem a necessidade de provas.

Como provar tal infidelidade virtual? É preciso não olvidar que o espaço virtual é pouco discreto, o internauta tem privacidade relativa, mesmo que faça uso de apelido, pois a correspondência trocada fica armazenada na memória do computador e no provedor de acesso à rede e, mesmo que se utilize senha para bloquear o acesso do correio eletrônico, os especialistas podem descobri-la. (DINIZ, 2005, p. 291)

Venosa (2011) assevera que, via de regra, quem alega que tem que provar, por isso para aquele que foi ofendido moralmente por uma traição virtual, é indispensável a prova deste fato ensejador da ação indenizatória, para que seja desenvolvido o convencimento do magistrado. “Julga pelas provas que lhe são apresentadas, mas pode examiná-las e sopesá-las de acordo com sua livre convicção, para extrair delas a verdade legal, uma vez que a verdade absoluta é apenas um ideal dentro do processo”. (VENOSA, 2011, p. 605).

Neste diapasão, Venosa (2011) complementa dizendo que a indenização pleiteada por quem teve o seu direito de fidelidade ofendido, e que suportou dano na esfera moral, objetiva nada mais que uma compensação para aquele sofrimento. “Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca” (VENOSA, 2011, p. 49).

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela

vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 105).

Sendo assim, conforme o entendimento de Diniz (2005), o juiz deve agir com cautela, embasando as suas decisões nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da equidade, do livre convencimento motivado e principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que a ele foi concedida atribuição para fixar em cada caso concreto uma indenização correspondente, pela falta de disposição específica pela legislação.

Há que se levar em conta, por outro lado, além da situação particular de nosso país de pobreza endêmica e má e injusta distribuição de renda, que a indenização não pode ser de tal monta que acarrete a penúria ou pobreza do causador do dano, pois, certamente, outro problema social seria criado. Os julgados devem buscar o justo equilíbrio no caso concreto. (VENOSA, 2011, p. 52).

Neste seguimento, Venosa (2011) aduz que nos casos de infidelidade virtual, a indenização deve ser satisfatória para que a dor da traição seja amenizada, visto que a fixação do valor da indenização para o dano moral tem preocupado a esfera jurídica, não somente nos casos de indenização por infidelidade virtual, mas em todos os demais casos que não possuem uma base exata de fixação, pois são extrapatrimoniais e conseqüentemente imensuráveis. “Um dos grandes desafios da ciência jurídica é o da determinação dos critérios de quantificação do dano moral, que sirvam de parâmetros para o órgão julgante na fixação do *quantum debeatur*. ” (DINIZ, 2003, p. 93).

## CONCLUSÃO

Devido à globalização virtual presente na atualidade, a cada dia que passa o número de relacionamentos amorosos virtuais cresce. Nesta nova modalidade de relacionamento, a princípio o contato físico não existe, apesar de que, em inúmeros casos, esses relacionamentos, que começam por meio virtual, acabam em encontros reais. Sendo assim, da mesma forma dos relacionamentos reais, os relacionamentos virtuais apresentam a infidelidade, porém no ciberespaço.

Todavia, pode ocorrer que em um relacionamento virtual nunca haja um encontro real ou contato físico. No entanto, quando uma das partes envolvidas for comprometida, mesmo o relacionamento com o outro sendo na modalidade virtual, os efeitos da traição são configurados de forma real. Ora, a infidelidade virtual gera sentimento de desrespeito e tristeza ao cônjuge traído, violando o dever legal de fidelidade.

Neste aspecto, é oportuno pontuar que o tratamento da infidelidade avançou no ordenamento jurídico nacional, pois o adultério não é mais considerado um crime na esfera penal. Entretanto, na esfera civil, o legislador buscou manter o dever legal de fidelidade entre os cônjuges, bem como o dever de lealdade entre os companheiros. Verifica-se, que houve a manutenção da importância de aludidos deveres.

Ainda assim, há uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro acerca da penalização para a violação deste dever. Tal fato decorre da premissa que é inexistente um mecanismo regulamentador específico a ser aplicado nestes casos, de forma em que o dano sofrido pela vítima da infidelidade não tem regulamentação para sua reparação.

Todavia, por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro tem um instituto de grande importância que serve para reparação nos casos de infidelidade virtual, instituto este que auxilia no socorro das vítimas que sofrem danos na esfera moral. A indenização por danos morais está prevista no art.5º inciso X da Constituição Federal, de modo em que esta se faz necessária sempre que houver algum tipo de lesão na esfera moral de um indivíduo.

Desta forma, o instituto do dano moral se enquadra na reparação do dano sofrido pela vítima de infidelidade virtual. Entrementes, a indenização por danos morais não é automaticamente aplicada em todos os casos de infidelidade virtual, pois não são em todos os casos em que os elementos da responsabilidade civil estão presentes.

A indenização por danos morais advém do sofrimento, da dor e da humilhação que a vítima de infidelidade virtual sofreu, e não propriamente da infidelidade, de forma em que a traição é a causa, e o dano moralmente sofrido o efeito que deve ser reparado. Neste sentido, é evidente que a lesão advinda desse tipo de traição, não viola somente o dever de fidelidade, mas também ofende os direitos da pessoa traída.

Assim, o dano moral se torna um instituto apto a reparar o sofrimento de vítimas dos casos de infidelidade virtual, visto que havendo ofensa moral ao indivíduo que foi traído, a parte ofendida tem todo direito de entrar com ação de danos morais. Sendo assim, independentemente da lacuna deixada pelo legislador e apesar da difícil missão dos magistrados, para julgar de forma correta os casos em que houve ou não o dano na modalidade moral.

Ora, trata-se de reconhecê-lo como o único instituto que pode ser aplicado perfeitamente nos casos de infidelidade virtual, de modo em que este é o único mecanismo satisfatório ao referido dano, e que age como uma forma de punir o agente ofensor pela violação do dever legal de fidelidade. Assim sendo, conclui-se que a condenação ou não ao pagamento da indenização por danos morais, deverá ser analisada conforme cada caso concreto, baseada nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, livre convencimento motivado, equidade e, principalmente, sob o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma em que a justiça seja exercida de modo coerente para ambas as partes, compreendendo, assim, a paz social.

## REFERENCIAS

ALBINANTE, Isabel Cristina. **Paternidade socioafetiva** – famílias, evolução, aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). **Código Civil das Famílias comentado**: De acordo com o estatuto das famílias (PLN nº2285/07). Belo horizonte: Del Rey, 2002.

AMARAL, Roseli Borin Ramadan. **Identidade Genética e Exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07 nov. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07 nov. 2014.

BASILE, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional no Direito de Família: Reconhecimento de todos os direitos das filiações genéticas e socioafetivas. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Editora Magister, IBDFAM, fev.-mar. 2009.

CAHALI, Franciso José. **Direito Civil: Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARDOSO, Rafael. Nos laços (fracos) da internet. *In: Revista Veja*, a. 42, 2120. São Paulo: Editora Abril, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. BORGES, Maria Luiza X. de A. (trad.). VAZ, Paulo Vaz (rev.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003,

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

CANEVACCI, Massimo. **Dialética da família**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DERTOUZOS, Michel. **União estável: regime patrimonial e direito intertemporal**. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011,

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

DIFANTE, Diego dos Santos. **Dano Moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 20. ed., rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed., rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARO, Carlos Roberto. **Parentabilidade – Análise Psicojurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRIANI, Carlos Roberto. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Pedro. **Política e vida privada da era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva.2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Flávio dos Santos. **A paternidade fragmentada – Família, Sucessões e Bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Crimes na internet**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. O reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 112, mai. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-112/o-reconhecimento-da-multiparentalidade-e-seus-efeitos-juridicos/>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

LEAL, Fernando Moraes. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

LEITE, Eduardo de Oliveira. **As entidades familiares na Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva.2007.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Família Constitucional, sob um olhar da afetividade. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/familia-constitucional-sob-um-olhar-da-afetividade/> . Acesso em: 07 nov. 2016.

LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO FILHO, Alberto Mendonça de. Direito à felicidade e princípio da afetividade segundo o STF e o STJ. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41919/direito-a-felicidade-e-o-principio-da-afetividade-sob-a-perspectiva-dos-tribunais-superiores-stf-stj>>. Acesso em: 01 ago. 2019

MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre. Livraria do Advogado,2000.

MARKY, Thomas. **Guarda Compartilha: De acordo com a Lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil – Questões Fundamentais e Controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões**. 3. ed., Niterói-RJ: Impetus, 2013.

MELLO, Luiz Gonzaga. **Antropologia Cultural: iniciação, teoria e temas**. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

MIRANDA, Paulo Roberto (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MODESTINO, Jorge Franklin Alves. **Relacionamentos Afetivos nos Direitos Civil e Previdenciário**: Casamento e União Estável, concubinato, paternidade afetiva, união civil, alimentos, guarda e visita de filhos, pensão previdenciária, planejamento sucessório. Rio de Janeiro: GZ, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 34 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Roberto de. **Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Alexandre. **Código Civil da Família Anotado**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2014

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável**: do concubinato ao casamento. Antes e depois do Novo Código Civil. 6. ed. Atual e Ampl. São Paulo. Método. 2003.

OTHON, Moacir Garcia. **Novos Horizontes no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil da Família Anotado**. 3. ed.. Curitiba: Juruá, 2013.

PINHEIRO, Daniela. Trair e teclar, é só começar. *In*: **Revista Veja on-line**, a. 39, 8 ed, 2006. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/principio-da-afetividade/>>. Acesso em: 01 ago. 2019

REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. O Princípio da Afetividade no Estado Democrático de Direito. *In*: **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Santa Maria, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7052/4265#.WBv0Uy0rK1s>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

RIBEIRO, Marcos. **A ética da Convivência Familiar e sua efetividade no cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Sérgio, **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RUBY, Kátia Pessanha (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Marcos de Souza. (coord.). **Código Civil das Famílias Comentado: De acordo com o estatuto das famílias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: Teoria e Prática**. 2 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHULZE, Elisabeth. **Os Direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p. 49.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos**. 6. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

SPIER, Peter. Indenização por ruptura de noivado. *In: Revista Consulex*, n. 298, jun. 2009. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/isabela-boscov/poucas-e-boas/>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/1816>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

TSUTSUI, Yasutaka. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 5°. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14 ed. São Paulo. Saraiva. 2002.

WARRIOR, Rodrigo da Cunha. **Código Civil da Família Anotado**, 3. ed., Curitiba: Juruá, 2002.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes modernos: o impacto da tecnologia no direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.