

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

JÚLIA RODRIGUES OLIVEIRA SOUSA

**O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INCIDÊNCIA NAS
QUESTÕES DE INFIDELIDADE VIRTUAL**

UBERLÂNDIA/MG

2017

JÚLIA RODRIGUES OLIVEIRA SOUSA

**O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INCIDÊNCIA NAS
QUESTÕES DE INFIDELIDADE VIRTUAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Keila Pacheco Ferreira.

UBERLÂNDIA/MG

2017

RESUMO

Este trabalho visa discutir a possibilidade de haver indenização, principalmente a título de danos morais nos casos de traição virtual ocorrida na constância do casamento. A responsabilidade civil é regida, de maneira geral, pela teoria da culpa que considera a subjetividade da conduta e prevê o ato ilícito em situações de negligência, imprudência e imperícia; e pela teoria do risco, de caráter objetivo, fundada na solidariedade. Além disso, para ser possível a compensação civil é preciso observar os elementos da responsabilidade, quais sejam, conduta, dano e nexo causal. No âmbito familiar a responsabilidade civil pela dissolução do casamento tem como respaldo a quebra dos deveres conjugais, contudo em respeito à Constituição Federal que possui como base axiológica o princípio da dignidade da pessoa humana, a culpa tornou-se irrelevante para o fim do casamento, os indivíduos possuem direito potestativo de terminar a família. Assim é possível haver um culpado para o término do relacionamento afetivo? O dever de fidelidade recíproca, previsto no Código Civil, tem o condão de gerar a obrigação de indenizar no âmbito real e virtual? O presente trabalho realiza um estudo dos princípios aplicados na seara familiar, da constitucionalização do Direito Civil, do instituto casamento, bem como faz uma análise do ambiente virtual e as mudanças por ele trazidas para se chegar a uma resposta.

Palavras-Chave: Constituição Federal; efeitos jurídicos do casamento; responsabilidade civil no âmbito familiar; infidelidade virtual.

ABSTRACT

This work aims to discuss the possibility of compensation in terms of pain and suffering in cases of virtual infidelity occurred during the marriage. Civil liability is usually ruled by the theory of guilty that considers the subjectivity of conduct and provides the wrongful act in situations of negligence, recklessness and malpractice. It is also ruled by the theory of risk based on solidarity. Moreover, to make the civil compensation possible it is important to observe the elements of liability, which are conduct, damage and causation. In the family context, the civil liability for the dissolution of marriage is supported by the violation of the marital duties, however, in respect of the Federal Constitution that has the dignity of the human person principle as an axiological basis, the guilty has become irrelevant for the end of the marriage and each of the parts have the unilateral right to end the family. Therefore, is it possible to have a guilty for the end of the affective relationship? The duty of reciprocal fidelity, provided on the Civil Code, has the power to generate an obligation of compensation in the virtual and real field? This work conducts a study of the principles applied in the family field and of the marriage institute, through the constitutionalization of the Civil Law, as well as it also analyzes the virtual field and the changes brought by it with the purpose to find answers.

Key words: Federal Constitution. Legal effects of marriage. Civil liability in the family field. Virtual Infidelity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 CONCEITO DE FAMÍLIA ATUAL: A INCIDÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ..	8
2.1 A FAMÍLIA SOB UMA PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA:.....	13
2.1.1 Princípios gerais aplicados ao direito de família.	14
2.1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	14
2.1.1.2 Princípio da Igualdade.....	15
2.1.1.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso	17
2.1.2 Princípios específicos do direito de família.	18
2.1.2.2 Princípio da solidariedade familiar.....	19
2.1.2.3 Princípio da proteção ao idoso	21
2.1.2.5 Princípio da plena proteção das crianças e dos adolescentes	22
2.1.2.6 Princípio da convivência familiar.....	24
2.1.2.7 Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família ...	26
2.1.2.8 Monogamia.....	28
2.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	29
3 CASAMENTO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA. ...	32
3.1 ESPÉCIES DE CASAMENTO	39
3.2 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO.	42
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.	48
4.1 REPARAÇÃO DOS DANOS POR INFIDELIDADE VIRTUAL.	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.	64
Referências Bibliográficas.....	66

1 INTRODUÇÃO.

O trabalho terá como tema a possibilidade de haver indenização, principalmente a título de danos morais, nos casos de traição virtual ocorrida no casamento.

Este estudo analisará a fundo os institutos do casamento e os deveres conjugais decorrentes de sua concepção, bem como os institutos da família, da responsabilidade civil, os princípios constitucionais e específicos aplicados ao Direito de Família, tendo como principal foco a análise do dever de fidelidade entre os cônjuges e o efeito patrimonial de sua violação. Trataremos mais especificamente sobre a questão da transposição da infidelidade para o mundo virtual e como a responsabilidade civil por quebra dos deveres conjugais se aplica neste caso. Questionaremos assim, qual o alcance desses deveres e se seu descumprimento realmente deve ser punido com uma sanção de cunho patrimonial e se este tipo de infidelidade pode ser percebido como uma analogia a infidelidade ocorrida no mundo real. Analisando para chegar a esta conclusão as evoluções e transformações sofridas na seara familiar através do tempo.

Com o tema escolhido, temos o intuito de verificar se é realmente possível as pessoas serem obrigadas a pagar indenização por traição virtual com base na incidência dos elementos necessários para caracterização do instituto da responsabilidade civil, que na seara familiar seria observada na separação do casal com base na quebra dos deveres conjugais, previstos no Código Civil. Iremos demonstrar as mudanças sofridas nas interações sociais e nos tradicionais conceitos existentes no Direito de Família, fato que faz surgir a necessidade de um direito que difunda amor, afeto e solidariedade, nascendo assim a utilidade de superação da discussão do instituto da culpa no divórcio. Tal acontecimento desencadeia enormes transformações jurisprudenciais e doutrinárias referentes à aplicação do direito de família perante a sociedade, visto que possibilita a ocorrência de decisões judiciais conflituosas devido à polêmica existente acerca do tema.

O objetivo geral é fazer uma análise das várias transformações sofridas atualmente no âmbito do Direito de Família, em seus costumes, seus conceitos e sua aplicação. E como estas mudanças provocaram o afastamento de entendimentos tradicionais e fizeram surgir novos questionamentos, que ainda não possuem resposta jurídica, um consenso entre os doutrinadores e entre jurisprudências de diferentes tribunais. Nesse sentido, surge a infidelidade no mundo virtual, trata-se de um instituto moderno, que traz ao ordenamento jurídico várias questões polêmicas que serão analisadas, até chegar ao principal objetivo deste trabalho: concluir sobre a possível caracterização da indenização a título de dano moral nos casos de infidelidade virtual.

Já os objetivos específicos são analisar a importância da evolução do conceito de família atual; analisar a evolução e as transformações sofridas aos institutos base da família no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o surgimento de novas questões polêmicas no Direito de Família devido a essas mudanças; fundamentar as análises supracitadas com a aplicação da Constituição e de seus princípios nas questões familiares atuais, principalmente os princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana; entender o instituto da infidelidade virtual e seus efeitos no campo da responsabilidade civil familiar e chegar à conclusão sobre a incidência ou não da responsabilidade civil na hipótese de infidelidade virtual, levando em consideração a proteção dos direitos a personalidade dos cônjuges.

O aprendizado do Direito Civil brasileiro, como um todo e, principalmente o do Direito de Família, não pode ser realizado sem uma interpretação civil e constitucional, atualmente, o instituto da família, considerado como um pilar da sociedade é dotado de uma função social. Assim, compreende-se que o instituto da família contemporânea tem o objetivo de possibilitar que seus membros sejam felizes e realizem suas metas pessoais de vida.

A vigência do Código Civil atual de 2002 ainda não consegue abranger de modo efetivo os valores e princípios inerentes ao Direito de Família, sendo preciso recorrer a Constituição Federal para dar respostas jurídicas mais condizentes com a evolução sofrida pelo direito através do tempo.

Logo, devido à ocorrência de um processo de constitucionalização sofrido pelo Direito Civil brasileiro nos últimos anos, a função da família se modificou, sendo nítida o objetivo da realização pessoal de seus membros. A pessoa humana e sua dignidade passaram a ser o principal foco das normas vigentes na seara familiar e não mais o instituto do casamento, como era antigamente.

Além disso, o uso e acesso à Internet e outras tecnologias de comunicação, permite que informações sejam compartilhadas instantaneamente com diversas pessoas ao redor do mundo. Sendo assim, a Internet transformou significativamente o comportamento social humano e trazendo reflexos em todas as áreas de nossas vidas, incluindo no Direito. Surgindo nesse meio uma nova modalidade de traição, a virtual, capaz de trazer ao ordenamento jurídico vários questionamentos.

Desta forma, em um primeiro momento será analisado, no desenvolvimento do trabalho, o conceito atual de família, havido sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e a aplicabilidade de seus princípios no âmbito do Direito de Família, dando especial atenção ao

princípio da boa-fé nessas relações. Em seguida, será discutido o desenvolvimento histórico, o conceito e a natureza jurídica do instituto do casamento, bem como os deveres que surgem a partir de sua concepção. Por fim, serão averiguados o instituto da responsabilidade civil, os requisitos necessários para sua caracterização e se a violação dos deveres conjugais, previstos de modo expreso no Código Civil, dá ensejo a indenização para o consorte traído.

Destacaremos também, outro ponto de grande relevância, para o estudo do problema, a verdadeira importância do conceito de fidelidade para o ordenamento jurídico brasileiro, discutindo sobre a verdadeira importância do dever de fidelidade atualmente. E também examinar em qual proporção esta conduta, deslocada para o meio virtual, influenciará a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares.

Assim, este trabalho busca analisar a incidência ou não da indenização nos casos da infidelidade praticada no meio virtual, comparando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema e visualizando as transformações sofridas pela sociedade e pelo direito no transcorrer do tempo.

O principal instrumento a ser usado para análise deste tema será a pesquisa do tipo teórica e bibliográfica, pois serão analisadas doutrinas, periódicos, legislação, artigos científicos e jurisprudências já publicadas sobre o tema.

O procedimento metodológico será o dedutivo, visto que após análise textual temática interpretativa sobre posições divergentes a respeito da aplicabilidade ou não do instituto da responsabilidade civil quando houver traição virtual, será delimitado o que for necessário para o ideal desenvolvimento do trabalho, com base em fundamentos legais, princípios constitucionais, e tendências da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA ATUAL: A INCIDÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A instituição do Código Civil de 2002 não trouxe grandes alterações com relação às estruturas familiares, quando comparado com o Código Civil de 1916. O Código anterior foi elaborado sob uma ótica patriarcal e monogâmica, com forte influência dos valores oriundos da religião cristã, sendo o casamento o único meio de se constituir família.

Com a vigência do atual Código Civil, os modos de formação da entidade familiar, antes compreendidos apenas no instituto do casamento, se expandiram, muito embora o casamento ainda seja encarado como a forma, por excelência, de constituir família¹.

O Código Civil, em seu artigo 1.723, trouxe o instituto da união estável entre um homem e uma mulher apenas, como outro modo de formação da entidade familiar, sendo necessário à sua caracterização a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família. Entretanto, o Código previa direitos sucessórios inferiores e diferentes entre os cônjuges e os companheiros, estes últimos regulados em seu artigo 1.790².

Sobre o tema abordado no parágrafo anterior, cabe ressaltar uma inovação ocorrida neste ano, que foi o reconhecimento, pelo Superior Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários (Res) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral, da inconstitucionalidade existente na distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, prevista no artigo 1.790 do mencionado Código. Devendo, assim, ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto de união estável, o regime previsto no artigo 1.829 do Código.

Luiz Edson Fachin já apontava a ilegalidade do artigo mencionado:

Com esse processo reflexivo e didático atingimos o entendimento de que o art. 1.790 do CC/2002 efetiva a injustificada diferenciação de condições sucessórias ao convivente, se colocando em contraste às mesmas condições dispensadas ao cônjuge, ensejando uma hierarquização de entidades familiares, que vai de encontro à determinação constitucional retratada no art.226 e parágrafo da CF/1988, o que se reflete numa violação à dignidade da pessoa humana por impor, quantitativa e qualitativamente, condições (reais) distintas de desenvolvimento da personalidade tão somente pela escolha da entidade familiar³.

¹REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

²Ibidem, p. 72-73.

³FACHIN, Luiz Edson. **Soluções Práticas de Direito –Pareceres -**: Família e Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 57.

É cediço que o Código Civil atual foi gerado com valores sociais diferentes de seu predecessor, trazendo novos conceitos e princípios ao âmbito familiar, como exemplo podemos citar a ampliação do conceito de família e a regularização do princípio da igualdade entre os filhos e entre marido e mulher. Contudo, o Código Civil vigente, em sua criação, ainda manteve certos paradigmas, hoje já ultrapassados, como o instituto da culpa para obtenção de alimentos originados na separação do casal.

O conceito de família se relaciona, de maneira intrínseca, a sociedade e aos costumes de determinada época, desempenhando a família diversos fins, que variam dependendo do momento histórico no qual se encontra. Em seu conceito tradicional, como já mencionado, a família era reconhecida apenas sob a égide do casamento e servia a objetivos patrimoniais⁴.

Neste contexto, nota-se que as relações familiares devem ser percebidas e reguladas também sob a luz da Constituição Federal de 1988, capaz de introduzir uma ampliação ao rígido conceito de família e ao tratamento dado a esta instituição. Além disso, a Constituição, na época de sua expedição, trouxe inovações até então não tratadas no Código Civil, tais como o reconhecimento da família monoparental, em seu artigo 226.

Assim, pode-se observar que o Código Civil de 2002 nasceu obsoleto, por não considerar a Constituição brasileira e a jurisprudência, consagradora da dignidade da pessoa humana como valor principal do ordenamento, dando maior proteção a personalidade humana do que aos direitos patrimoniais, ou seja, o Código não disciplina de modo satisfatório diversas questões pertinentes a família moderna, um exemplo é a respeito das famílias socioafetivas⁵.

Sobre o assunto, defende Gustavo Tepedino:

Os exemplos não têm fim. No direito de família a situação é crítica. Aqui, também, a questão central não são as omissões, o silêncio absoluto do projeto em face da agenda atual do direito de família (marcada pela pluralidade de modelos familiares e pelas novas técnicas de biotecnologia). O mal maior é a reprodução de uma dogmática matrimonialista, institucionalizada, que focaliza a família através da lente do casamento e dos seus diversos regimes patrimoniais. Também aqui a Constituição da República e o Superior Tribunal de Justiça encontram-se muito além do que prevê o projeto do novo Código. Tutelam a família como realidade plural e instrumentalizada à dignidade dos

⁴FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Alves Fabiana. **A Abertura do conceito de família no direito brasileiro**: da família matrimonializada a proteção dos arranjos familiares plurais. Disponível em:

<<file:///C:/Users/Usuário/Documents/Livros%20TCC/A%20ABERTURA%20DO%20CONCEITO%20DE%20FAMÍLIA%20NO%20DIREITO%20BRASILEIRO%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁵TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**- Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 358.

seus membros, sejam eles cônjuges, companheiros ou filhos sob a guarda monoparental (...) ⁶.

E, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Conclui-se, pois, que a Constituição Federal, como é da tradição brasileira, mais uma vez veio a atender aos anseios sociais no sentido de se modernizar, adequando-se a realidade atual, sem no entanto deixar de adotar como norma principiológica o reconhecimento da família e do casamento como fundamentais no contexto nacional, merecedores de proteção do Estado que, ao contrário do que muitos pregam, deve envidar esforços no sentido de estimular a vida familiar saudável, responsável, independentemente da forma de sua constituição, sempre tendo como norte a busca do engrandecimento moral, material, cultural do organismo familiar e de cada um de seus integrantes ⁷.

Deve-se ainda lembrar que, devido a característica multidisciplinar e a complexidade das relações familiares, a matéria não deve ser tratada utilizando-se apenas o Direito, deve-se utilizar também outros ramos, tais como a psicologia, a antropologia e a sociologia para que seja possível alcançar soluções mais eficazes e adequadas na seara familiar, considerando as peculiaridades existentes em cada caso concreto. Daí a importância da mediação e do mediador familiar nas varas de família e no âmbito extrajudicial, pois na maioria das vezes tais profissionais possuem formação interdisciplinar capaz de auxiliar na obtenção da melhor solução para o conflito.

É importante não confundir a mediação com a conciliação ou mesmo com a arbitragem, de acordo com Águida Arruda Barbosa, “a mediação utiliza terceira pessoa neutra para auxiliar as partes conflitantes a despertar recursos pessoais para que consigam transformar o conflito, chegando a uma solução” ⁸. Já a conciliação pode ser compreendida como um meio de encerrar o conflito através de um acordo realizado entre as partes e na arbitragem as partes procuram um árbitro, que é um terceiro e não é um juiz estatal, para solucionar o conflito.

A Constituição de 1988 surge no Estado Democrático de Direito, que consolidou novos valores na sociedade, sendo os valores preponderantes no ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Agora o direito patrimonial e a propriedade, não mais figuravam como foco da proteção estatal, ou seja, o homem passou a ser o foco dos direitos, e não mais seu patrimônio e sua propriedade, que agora deve respeitar o princípio da

⁶Ibidem, p. 359

⁷GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 56.

⁸ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PERERIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2004. p. 32-34.

função social, pois a Lei Maior tem por objetivo concretizar a igualdade formal e material na sociedade⁹.

Nesse diapasão, segundo Luiz Edson Fachin: “[...] não é em vão o Código Civil brasileiro de 1916 ser designado de o “Estatuto Privado do Patrimônio” [...] É por isso que, o sujeito de direito, abstratamente considerado, é o sujeito do patrimônio. Para ser sujeito do patrimônio é preciso adquiri-lo”¹⁰. Portanto, de acordo com o autor, existia um modelo de família, como existia um de contrato, que reflete nos direitos patrimoniais dos indivíduos. O filho ilegítimo, por exemplo, não era assim considerado apenas por valores culturais e costumes da sociedade na época, o filho ilegítimo, por não ser reconhecido, não era principalmente herdeiro, logo, não era sujeito de patrimônio da família.

A projeção dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar, é a consequência da passagem do Código de 1916 para a Constituição e posteriormente para o Código de 2002, criados sob uma nova perspectiva na qual o matrimônio não é mais o único meio de se estabelecer legitimidade jurídica para a família.

Logo, diante deste quadro, é necessário interpretar o direito de família com o auxílio da Constituição, e não apenas por intermédio do Código Civil, pois se faz necessária a aplicação do Direito de modo modernizado, capaz de trazer alterações e flexibilização ao conceito de família, realizando uma interpretação mais justa e condizente com a realidade social. Nesse âmbito, cumpre ressaltar que, o Direito não consegue acompanhar as mudanças sofridas pela sociedade, principalmente nas temáticas que versam sobre questões familiares, toda lei passa por um processo de deterioração gerado pelas mudanças tecnológicas e sociais, que fazem a sociedade se transformar rapidamente, sendo o papel dos operadores do Direito o preenchimento das lacunas criadas pela imperfeição da lei.

Pertinente a essa direção escreveu Samir Namur:

Família e direito são instituições culturais em pleno descompasso. Direito e poder obrigam a formação da família pelos mecanismos convencionais, ainda que a sexualidade e o afeto das pessoas se manifestem de forma plural. [...] A tutela dessa autonomia privada deve que é realizada na esfera infraconstitucional, deve corresponder a infungibilidade dos modelos de família, a ausência de deveres pré- concebidos para moldar a conduta sexual

⁹SILVA, Cristiane Pereira da. **Constitucionalização do Direito de Família, sua repersonalização e o valor jurídico do afeto**. Disponível em: <<http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170602115624.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

¹⁰FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: À luz do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 327.

e afetiva, a despatrimonialização da família, para que afeto e união patrimonial sejam escolhas desvinculadas[...]”¹¹.

A composição familiar é um direito fundamental de todos e imprescindível para que seus membros efetivem sua dignidade. Como percebido nos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal, as formas de constituição da família, atualmente, foram ampliadas para além do instituto do casamento, considerando como entidade familiar a união estável, a homoafetividade, o concubinato e a monoparentalidade, que possuem como fundamento para sua formação os laços de afeto, de amor e de solidariedade¹². O conceito de família contemporâneo abrange diversos temas, dentre eles as questões relacionadas ao casamento, a união estável, as relações de parentesco, a filiação, os alimentos, o bem de família e sobre a tutela, a curatela e a guarda¹³.

Deve-se destacar aqui que o rol contido no artigo 226 da Constituição Federal não é taxativo e excludente, as entidades familiares, para serem assim reconhecidas, devem ter em sua formação a afetividade, a estabilidade e a convivência pública¹⁴.

Bem asseverou, a propósito, Maria Berenice Dias:

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional - cujo núcleo é a vontade - para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. 1 2 Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas¹⁵.

Assim, a família atual se tornou plural e se baseia na igualdade e no afeto entre seus membros¹⁶. Como bem observou Maria Celina Bodin de Moraes: “Em termos sociológicos, a

¹¹NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Brasil. 2012. 203f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 6.

¹²OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de família no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=727>>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹³TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5, p.35.

¹⁴FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Alves Fabiana. op.cit. p. 10.

¹⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.133.

¹⁶SILVA, Cristiane Pereira da. op. cit. p. 13.

tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e valores compartilhados”¹⁷. A família contemporânea tem como objetivo ser um meio que possibilite a realização pessoal e a alegria de seus componentes, sendo regida por relações de afeto e amor, agora o indivíduo não mais vive em função da família, como ocorria antigamente, esta passou a ser um instrumento de proteção, com o objetivo de ajudar a realização pessoal de seus integrantes.

2.1 A FAMÍLIA SOB UMA PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA:

Os princípios incidentes na seara familiar, previstos legalmente na Constituição Federal e no Código Civil, são divididos em gerais e especiais.

É importante destacar que, os princípios aplicados a família moderna, pela doutrina, são vários e este trabalho irá tentar expor, de maneira geral, os princípios de maior destaque para melhor compreensão do Direito de família.

Segundo Robert Alexy, os princípios constituem “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”¹⁸. O autor ainda afirma que não existe hierarquia entre regras e princípios, mas existe divergência entre ambos, os princípios são normas de comportamento, sendo assim, mais flexíveis. Por outro lado, as regras são normas mais rígidas e entre ambos os institutos existe uma distinção qualitativa.

Completa Maria Helena Diniz ao dizer que os princípios possuem função sistematizadora. Os princípios não têm existência própria, somente quando o magistrado faz uso dos princípios é que eles ganham força normativa e em sua ausência o ordenamento jurídico não será sistematizável ou sujeito a valoração, o sistema jurídico será diluído ao conjunto de várias normas positivas, desordenadas e incapazes de acompanharem as evoluções sociais. Devido ao fato de serem os princípios gerais os capazes de romperem a rigidez do sistema e de lhe auferir dinamicidade¹⁹.

¹⁷MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Família Democrática**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/31.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹⁸ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015. p. 91.

¹⁹DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 214.

Desse modo, os princípios possuem força normativa, logo são capazes de produzirem efeitos concretos, principalmente os princípios constitucionais, por vezes tidos como direitos fundamentais. Tal fenômeno ocorreu desde a constitucionalização do Direito e com a aclamação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundação do Estado Democrático de Direito. Assim, os princípios passaram a fundamentar e incorporar o ordenamento jurídico brasileiro, daí a importância do estudo dos princípios fundamentais existentes no âmbito do Direito de família.

2. 1.1 Princípios gerais aplicados ao direito de família.

Neste tópico será apresentado resumidamente os principais princípios gerais aplicáveis na seara familiar, de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁰:

2.1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Como mencionado anteriormente, este princípio ganhou especial enfoque com a promulgação da Constituição de 1988 e figura como um grande avanço do Direito brasileiro ao resguardar os direitos humanos e a justiça social, quando comparado com o Código Civil de 1916.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como o mais geral de todos, do qual surgem diversos outros princípios éticos, tais como igualdade e solidariedade. Tal princípio, que figura também como um princípio constitucional, tem por escopo garantir a qualidade mínima de vida para que uma pessoa possa viver com dignidade. E mais, visa garantir também o direito de ter uma vida plena, com intervenção estatal e/ou particular mínimas.

Este princípio é inerente ao Estado Democrático de Direito, pois a dignidade de uma pessoa interessa a todos e não somente a ela mesmo e está regulado no artigo 1, inciso III, da Constituição Federal com a seguinte redação: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; ”.

Houve uma inversão dos valores sociais e o indivíduo foi colocado como centro dos direitos, representando para o Estado, um limite em sua atuação, bem como, uma orientação

²⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 65-76.

para sua atuação, visto que, o Estado possui o dever de proteger a dignidade da pessoa e realizar medidas que tornem efetivas o cumprimento do princípio.

Nesse diapasão, bem asseverou, Ingo Wolfgang Sarlet:

Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedirem as pessoas de viverem com dignidade. Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de promover medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais [...]. Para além dessa vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre os particulares²¹.

Para os autores mencionados, pode-se concluir que, diante o exposto “[...] a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito a dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações pessoais”²².

E complementa Maria Berenice Dias:

[...] O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado as várias formas de filiação ou vários tipos de constituição de família [...] A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem²³.

Desse modo, é imperioso deduzir que o cumprimento do referido princípio somente poderá ser completo e eficiente se também for aplicado nas relações familiares, pois como estudado, atualmente as famílias são plurais, não sendo legal não reconhecer juridicamente algum tipo de arranjo familiar, visto que, todos estão protegidos pela Lei Maior.

2.1.1.2 Princípio da Igualdade

Este princípio também constitui um grande marco no Direito brasileiro e é um reflexo da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. A lei oferece a todos tratamento igual. Entretanto, é necessário que os operadores do direito, considerem as desigualdades existentes entre as pessoas não hora de aplicar a lei.

²¹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 90.

²²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 68.

²³DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 45.

Nesse sentido, bem disse Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica, por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais ²⁴.

No âmbito familiar o princípio da igualdade ganha relevância quando se trata da igualdade dada pela Constituição ao tratamento jurídico oferecido aos homens e as mulheres na sociedade conjugal formada pelo casamento ou por qualquer outro tipo de arranjo familiar. Contudo, apesar da conquista deste direito pelas mulheres elas ainda recebem remuneração inferior à dos homens, conforme demonstra pesquisa realizada pelo IBGE.

No ano de 2015, as mulheres receberam, em média, 23,6% a menos do que os homens, de acordo com a análise, o salário médio mensal delas foi de R\$ 2.191,59 e deles de R\$ 2.708,22 mensais. A pesquisa também revelou que o percentual de homens desempregados, que foi de 56% foi maior do que das mulheres, que atingiu o percentual de 44%²⁵.

Tal princípio está previsto, de maneira expressa, nos seguintes artigos da Constituição, artigo 226, §5º: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. E no artigo 5, inciso I “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...] I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”.

Além disso, o Código Civil em seu artigo 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, também estabelece expressamente a aplicação do princípio da igualdade.

Logo, como decorrência houve a despatriarcalização da família, a figura paterna deixa de reter todo o poder de decisão com relação a família, o pátrio poder agora cedeu lugar ao poder familiar. O artigo 1.565 do Código Civil e seus parágrafos (Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. §1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome

²⁴CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. p. 63.

²⁵Fonte: Brasil Econômico. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2017-07-05/ibge-diferenca-salarial.html>>. Acesso em: 20 out. 2017.

do outro. §2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas), demonstram que, na família contemporânea, a decisão cabe a ambos os parceiros.

A incidência do princípio da igualdade no âmbito familiar deve guiar-se pela solidariedade entre seus integrantes, se não existe acordo entre o casal quem decidirá a questão será o judiciário, a vontade de nenhum pode prevalecer sob a do outro²⁶.

Outro efeito do princípio da igual foi o reconhecimento da igualdade entre os filhos, consagrado no artigo 227, §6º, da Constituição: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” e no Código Civil, em seu artigo 1.596, de redação igual a contida na Lei Maior. Portanto, não há mais a proteção absoluta ao casamento existente no Código Civil anterior.

Os exemplos da aplicação do princípio da igualdade são infinitos, temos o reconhecimento das uniões homoafetivas e mais recentemente, a apuração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sendo os direitos sucessórios do companheiro os mesmos do cônjuge. Assim, pode-se observar que, na seara familiar este princípio está sempre inovando a aplicação da lei com o objetivo de gerar justiça e eficácia as normas brasileiras.

2.1.1.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso

Este princípio consagra o entendimento de que uma lei posterior não pode retirar a eficácia da lei constitucional.

Por exemplo a Constituição estabelece a igualdade entre os filhos e entre homem e mulher, bem como entre todas as entidades familiares, tais normas integram direito subjetivo dos indivíduos, bem como uma garantia constitucional. Sendo assim, tais igualdades não podem ser limitadas, ou ainda, terem seu alcance social reduzido por uma norma ordinária posterior.

Para Ricardo Maurício Freire Soares, como mostrado a seguir, este princípio é ainda um reflexo e respeito do princípio da dignidade da pessoa humana:

Sendo assim, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. A seu turno, a eficácia vedativa do retrocesso se afigura como uma derivação da eficácia

²⁶DIAS, Maria Berenice. op. cit. p.48.

negativa, segundo a qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. A vedação ao processo permite, assim, que se possa impedir, pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que contemplem direitos fundamentais do cidadão, desde que não haja a previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto da perspectiva qualitativa²⁷.

Logo, o Estado ao garantir direitos sociais em sede constitucional se obriga a agir de maneira positiva, capaz de garantir o cumprimento de tais garantias e a agir também de maneira negativa, não podendo ficar inerte quando ocorre fatos capazes de impedirem sua realização. O legislador deve respeitar o tratamento igualitário previsto na Constituição e não pode, por seu entendimento, estabelecer tratamento diferenciado, sob pena de estar agindo inconstitucionalmente.

Maria Berenice Dias traz outro exemplo interessante para a compreensão do assunto:

Por exemplo, todas as omissões da lei, deixando de nominar a união estável quando assegura algum privilégio ao casamento, devem ser tidas por inexistentes. Quando a lei. Não fala na união estável, é necessário que o intérprete supra essa lacuna. Assim, onde se lê cônjuge, necessário passar-se a ler cônjuge ou companheiro. E, sempre que a lei. trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tal referência como não escrita. Também afronta a proibição de retrocesso social a omissão do Código Civil em regular as famílias monoparentais, às quais a Carta Constitucional assegurou especial proteção²⁸.

Sendo assim, as leis que afrontam o princípio da vedação ao retrocesso devem ser tidas como inexistentes e as que possuem lacunas, ou seja, omissões devem ser interpretadas de modo ampliativo afim de se reconhecer e proteger o entendimento regulado pela Lei Maior.

Esta foi uma breve exposição e explicação dos princípios gerais aplicados na seara familiar, necessários para melhor compreensão do tema, agora será o momento de expor e esclarecer também os princípios especiais aplicados ao direito de família.

2.1.2 Princípios específicos do direito de família.

No entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho existem sete princípios específicos do direito de família, são eles:

2.1.2.1 Princípio da afetividade

²⁷SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: A Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33465-43126-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁸DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 51.

Este princípio também é tido como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, a palavra afeto não está prevista expressamente no texto constitucional ou no código civil, mas não se pode negar que constitui um aspecto intrínseco ao direito de família. O princípio da afetividade fundamenta o reconhecimento da igualdade de proteção judiciária dos vários tipos de arranjo familiares e não apenas do casamento, tal mudança ocorreu devido a transformação dos costumes e crenças da sociedade. A sociedade atual exigiu a abertura do rígido conceito de família, instituindo novos valores, como o afeto, na formação familiar.

Com base neste princípio, por exemplo, é possível o reconhecimento da união homoafetiva e da família homoafetiva. A aplicação do princípio da afetividade é extensa, principalmente na prática, desse modo, segundo Maria Helena Diniz:

Diante das transformações sociais, juristas e juízes passaram a interpretar extensivamente normas de ordem pública e até mesmo a própria Constituição Federal, dando azo a um fenômeno eficácia no qual há incidência normativa, geradora de efeitos, privilegiando a pessoa e a realização, no seio da comunidade familiar, de seus interesses afetivos, transformando a ordem jurídico-positivo-formal numa ordem jurídica personalista. Tais fenômenos são conducentes a uma releitura de todo ordenamento jurídico-positivo, baseada na prudência objetiva, levando em consideração os valores positivados na Constituição Federal, a exaltação de uma reforma do direito civil e o respeito à dignidade da pessoa humana²⁹.

A família moderna, como já mencionado, passa a ser ambiente de promoção da felicidade e de ajuda nas realizações pessoais de seus integrantes, logo o Estado além de não intervir nas relações familiares deve oferecer instrumentos de proteção capazes de auxiliarem no cumprimento da função da família. Desse modo, conclui-se que, a concepção familiar contemporânea está intimamente ligada com o afeto e amor oferecidos por seus integrantes, se afastando da formação patriarcal e patrimonialista que uma vez já possuiu.

2.1.2.2 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade social está prevista na Constituição Federal no artigo 3, inciso I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I-constituir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

Este princípio repercute na seara familiar, pois a solidariedade também deve existir nas relações pessoais, e fundamenta o pagamento de alimentos com base no binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, conforme o artigo 1.694 do Código Civil, o pagamento de alimentos dos pais para os filhos, regulado na Constituição pelo artigo

²⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. v.5, p. 26.

229, bem como, o dever de assistência as pessoas idosas, nos termos do artigo 230 da Lei Maior. Contudo, é importante destacar que, o princípio da solidariedade familiar também possui cunho afetivo e não apenas patrimonial, assim o princípio em comento tem sobretudo essência ética, pois compreende a reciprocidade entre as pessoas, que no direito de família, pode ser denominada de mútua assistência.

É importante observar as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a respeito do assunto: “A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana”³⁰.

Embora tal princípio seja dotado de conteúdo fraterno e ético existe uma crítica a sua criação, é cediço que o Código Civil atual manteve a presença dos interesses patrimoniais nos institutos destinados a regulamentação dos direitos pessoais. Consequentemente, as causas suspensivas do casamento, contidas no artigo 1.523, em sua maioria são destinadas aos direitos patrimoniais, em destaque quanto à partilha de bens. Por exemplo, a viúva está impedida de se casar por até dez meses depois da viuvez não por razões de proteção a pessoa humana do nascituro, mas de proteção a seus futuros direitos sucessórios. Nesse sentido, o curador ou tutor também se encontram impedido de casar com a pessoa curatelada ou tutelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, pois a lei compreende que tal união seria resultado de interesse econômico. Na regulamentação da dissolução da sociedade conjugal e do casamento, o Código não deixa de dar especial enfoque nos direitos patrimoniais. A imprescritibilidade do direito de impugnar o reconhecimento judicial da paternidade, regulada no artigo 1.601, também é dotada de caráter econômico, principalmente no que se refere a herança, mesmo que haja negação da convivência familiar já construída. A respeito do regime de bens adotado pelos cônjuges, o Código, em seu artigo 1.641, inciso II, impõe aos nubentes que contraiam núpcias em desrespeito as causas suspensivas e aos maiores de 70 anos o regime da separação de bens, como forma de sanção, tal previsão constitui flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana consagrado constitucionalmente, pois a afetividade entre os cônjuges é prejudicada em favor dos interesses dos possíveis herdeiros³¹.

³⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 82.

³¹LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 71. Cabe destacar que, o autor se refere em seu texto original ao artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, antes da alteração de sua redação pela Lei nº 12.344 de 9 de dezembro de 2010 que mudou de 60 para 70 anos de idade a adoção obrigatória do regime de separação de bens no casamento.

Por fim, cabe destacar que, para o Estado existe grande interesse de assegurar a eficácia do princípio da solidariedade na esfera familiar, devido ao fato de que tal obrigação quando realizada pela família desobriga o Estado de fornecer o auxílio. E que o comentário crítico realizado no parágrafo anterior não retira do princípio da solidariedade sua importância para o direito, em especial nas relações familiares.

2.1.2.3 Princípio da proteção ao idoso

Este princípio pode ser entendido como decorrência do princípio da solidariedade social está previsto no artigo 230, *caput*, da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Os maiores de 65 são portadores de cuidados mais relevantes, tais como garantia de gratuidade dos transportes urbanos públicos, prevista no §2º, do mencionado artigo.

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de 2003, protege os direitos assegurados às pessoas com idade igualdade ou superior a 60 anos, possuem direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, garantindo-lhes todas as oportunidades e facilidades para preservar sua saúde mental e física, bem como seu aperfeiçoamento intelectual, social, moral e espiritual, em condições de dignidade e liberdade. A obrigação de proteger os direitos fundamentais dos idosos recai sobre a família, a comunidade e sobre o Estado.

O princípio em comento, no cenário atual, é de suma de relevância, visto que a expectativa de vida das pessoas aumentou devido aos avanços na medicina. Devido ao aumento da longevidade, o número de idosos na sociedade moderna vem aumentando de modo rápido quando comparado com o número de jovens. Assim, tal grupo merece especial proteção por parte do Poder Público, para que tenha condições e garantias capazes de permitirem aos idosos de viverem com dignidade e com qualidade.

O Estatuto do Idoso estabelece ainda, em seu artigo 12 a obrigação solidária de pagar alimentos ao idoso, ou seja, o idoso poderá escolher entre os credores qual irá pagar os alimentos de modo integral, logo, não existe ordem de preferência entre os credores. Tal disposição constitui evidente reflexo do princípio da solidariedade na seara familiar. Tais normas possuem aplicação imediata já que protegem direitos e garantias fundamentais.

2.1.2.4 Princípio da função social da família

O princípio em comento possui especial enfoque no Código Civil de 2002 principalmente quanto a propriedade. Mas, nas relações familiares este princípio também se faz

presente e é previsto no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal dispõe que a família é a base de toda a sociedade

A função da família, com o decorrer do tempo e com a mudança dos costumes vigentes em cada sociedade, vai sofrendo diversas alterações. O princípio da igualdade e o pluralismo das entidades familiares decorrem também deste princípio, com o objetivo de executar a finalidade social da família. Por exemplo, a função social é capaz de fundamentar o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva, bem como, para o reconhecimento de outros arranjos familiares, tais como os homoafetivos.

Miguel Reale aponta outro cenário para a aplicação do princípio em comento, qual seja, em virtude da função na seara familiar o juiz, diante solicitação do Ministério Público ou de um parente, está autorizado a bloquear o poder familiar dos pais caso algum deles abuse de sua autoridade e não observe seus deveres para com os filhos. Assim, compete ao magistrado o dever de apurar se a guarda dos filhos deve ficar com os pais ou com outra pessoa, em cada caso concreto, tendo em consideração para decisão a afinidade e o grau de parentesco das partes, conforme consta no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.009/90)³².

Logo, nos dizeres de Flávio Tartuce, se pode concluir que: “... não reconhecer a função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade”³³. Como princípio norteador da formação dos arranjos familiares atuais, o presente princípio busca considerar a efetivação das pretensões e anseios dos indivíduos e valorizar os anseios e costumes existentes na sociedade para formação da família.

2.1.2.5 Princípio da plena proteção das crianças e dos adolescentes

As mudanças dos valores sociais e a consequente transformação da estrutura familiar fez surgir o princípio em comento, a família se dispersou de sua função econômica e passou a ser regida, principalmente, pela afetividade e igualdade, e a veicular a valorização e dignidade de seus membros. Neste cenário, chama atenção em especial os menores de dezoito anos que por não terem atingido maturidade, não são completamente capazes de praticarem os atos civis de forma independente. Os genitores, ou a pessoa que exerça a guarda precisa ajudar o menor a realizar suas escolhas até ele ser capaz de exercer sua autonomia. Diante todas essas mudanças surge no ordenamento jurídico o princípio em comento.

Para Paulo Lôbo:

³²REALE, Miguel. **A função social da família no Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³³TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 31.

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança — deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos³⁴.

Previsto no artigo 227, caput, da Constituição Federal, tal proteção é regulada de modo específico no Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera como criança os indivíduos entre zero e doze anos incompletos de idade e como adolescente aqueles com idade entre doze e dezoito anos. Além disso, o artigo 3 do Estatuto regula, de modo expresso, que a criança e ao adolescente possuem todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral e os assegura todas as oportunidades e facilidades, por lei ou por outros meios.

O Código Civil também consagra esse princípio em vários dispositivos, a título de exemplo, o artigo 1.566, inciso IV, determina como dever conjugal, o sustento, guarda e educação dos filhos, tal dever deve ser observado inclusive na união estável, conforme dispõe o artigo 1.724. No casamento putativo a regra não é diferente, o casamento contraído de boa-fé por um dos nubentes ou de má-fé por ambos gerará efeitos civis para os filhos, nos termos do artigo 1.561 e seus parágrafos³⁵.

Ademais, nota-se quanto a guarda que, sendo unilateral ou compartilhada, sempre deve observar o melhor interesse dos filhos, de acordo com o artigo 1.583 do Código Civil. E, na hipótese de o estabelecimento da guarda não ser de acordo entre os pais, esta deverá ser atribuída para quem possuir as melhores condições de exercer-la, nos termos do artigo 1.584 do mesmo Código. Logo, pode-se perceber que a culpa não mais influencia na decisão quanto a guarda dos filhos, tal decisão agora é regida pelo princípio da plena proteção das crianças e dos adolescentes.

³⁴LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 75.

³⁵TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 88.

O conteúdo deste princípio é relativo, pois pode sofrer alterações de acordo com os valores culturais presentes na sociedade de cada época e, por isso, a fixação do conteúdo irá depender do caso concreto, assim, a guarda deverá ser definida de acordo com a situação real. Os princípios funcionam como fonte de orientação do ordenamento jurídico e legislativo, nesse diapasão, segundo Gustavo Tepedino entende que existem três motivos do filho ser o objetivo da tutela prioritária pelo poder público:

a) o legislador fixou como critério interpretativo do Estatuto da Criança e do Adolescente a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo se em detrimento da vontade dos pais; b) os filhos são chamados a participar com voz ativa na própria educação, de modo que possam opinar sobre os métodos pedagógicos aplicados; c) os pais e educadores são submetidos a um controle ostensivo, de forma a reprimir ilícitos e abuso de direito³⁶.

A proteção integral fundamenta-se na condição específica de fragilidade e vulnerabilidade da criança e do adolescente, que demandam maior resguardo para que seja possível seu desenvolvimento com dignidade. Nesse sentido, afirma a doutrina:

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoa em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227)³⁷

Por fim, cabe mencionar que o interprete quando for utilizar do princípio não pode levar consigo juízos de valor preconcebidos do que acredita ser a melhor solução para o menor, pois o princípio não tem papel de servir como orientação ética. Os princípios têm a função de otimizar o Direito e os operadores da matéria, na análise de cada caso, devem utilizar-se de ponderação ao proferir decisões ou aconselhamentos jurídicos, visando sempre atender o melhor interesse do menor.

2.1.2.6 Princípio da convivência familiar

A priori devem os pais e os filhos conviverem juntos. No entendimento de Paulo Lôbo o presente princípio “é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que

³⁶TEPEDINO, Gustavo. **A tutela jurídica da filiação: aspectos constitucionais e estatutários**, 1922, p.273 apud CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157f. Tese (Doutorado em Direito) - setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2004. p. 93.

³⁷DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 58.

compõe o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”³⁸. Logo, é possível notar que retirar a criança de sua família é medida de caráter excepcional.

O princípio da convivência familiar é regulado, no ordenamento jurídico brasileiro principalmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a título de exemplo pode-se citar a inclusão do menor em família substituto, artigos 28 a 32, que não admitem o desmembramento da família apenas por razões econômicas. Estas normas possuem natureza garantista, ao regular a manutenção do poder familiar devido à falta de recursos econômicos, o princípio em comento impossibilita que a ausência de tais recursos seja usada como razão para estabelecer a guarda, certificando a convivência familiar para as famílias de baixa renda. Contudo, é preciso fazer tal garantia ser aplicada de modo efetivo, mediante discussão interdisciplinar, pois atualmente muitas ações levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, carecem de devida atenção e solução adequada, já que o judiciário não está equipado para lidar com questões tão complexas sem o auxílio de outras disciplinas como a psicologia³⁹.

Sobre a regulamentação e características do princípio completa ainda a doutrina:

No fato da vida, em projeção de transeficácia, hauriu o princípio normativo seus elementos para assegurar direitos e deveres envolventes. A casa é o espaço privado que não pode ser submetido ao espaço público. Essa aura de intocabilidade é imprescindível para que a convivência familiar se construa de modo estável e, acima de tudo, com identidade coletiva própria, o que faz que nenhuma família se confunda com outra. O inciso XI do art. 5º da Constituição estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”. Mas a referência constitucional explícita ao princípio será encontrada no art. 227. Também no Código Civil, o princípio se expressa na alusão do art. 1.513 à não interferência “na comunhão de vida instituída pela família”. A Convenção dos Direitos da Criança, no art. 9.3, estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”⁴⁰.

Deve-se notar, por fim, que mesmo na hipótese de os pais estarem separados, o direito a convivência ainda perdurará, sendo vedado a um dos pais impedir a convivência com outro. E ainda que o direito a convivência não está relacionado apenas aos pais e aos filhos, mas a família toda, por consequente o direito dos avós de participar da vida dos netos, também tem como razão o princípio da convivência familiar.

³⁸LÔBO, Paulo. op. cit. p.75.

³⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 90.

⁴⁰LÔBO, Paulo. op. cit. p. 76.

2.2.1.7 Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família

Conforme o artigo 16, inciso III, da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Ou seja, a família é a base de toda a sociedade, é nela que os indivíduos amadurecem e se desenvolve, a família possui caráter essencial pois modela a personalidade de seus membros além de os oferecer suporte e incentivo para sua existência e felicidade pessoal.

Diante desse cenário e da prevalência dos interesses de ordem pública diante dos interesses individuais, questiona-se qual é o limite entre as normas de direito público e privado que regem o Direito de Família? O artigo 1.513 do Código Civil prevê: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Tal artigo consagra o princípio da autonomia no Direito de Família, princípio fortificado também pelo artigo 1.565, §2º, do mesmo Código: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”. Assim, fica claro que a autonomia privada também está presente na seara familiar e não somente na contratual. Deve-se atentar para o fato de o poder público estar vedado de intervir de modo coativo nas relações familiares, mas tem o dever de garantir a aplicabilidade e oferecer os recursos necessários para proteção e dignidade a família e seus integrantes. Não se esqueça de uma norma existente, a Lei 13.010 de 2014- Lei Menino Bernardo, que traz tendência contrária ao princípio da intervenção mínima do Estado nas família⁴¹.

A aplicabilidade do princípio da intervenção mínima esta intrinsecamente ligada a autonomia, daí a discussão entre normas públicas e privadas. De maneira acertada dissertam Paulo Lôbo⁴², Carlos Roberto Gonçalves⁴³ e Caio Mário da Silva Pereira⁴⁴, que o Direito de Família possui natureza privada. É importante destacar que, apesar das normas vigentes na seara familiar serem em sua maioria de direito cogente, não significa que houve a mudança da natureza jurídica do Direito de Família para o direito público.

Nesse sentido, aponta Maria Berenice Dias:

⁴¹TARTUCE, Flávio. op. cit. p.26/27.

⁴²LÔBO, Paulo. op. cit. p. 46.

⁴³GONÇALVES Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p.28-29.

⁴⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5, p.60.

[...]. Como tem assento no direito privado, tal permite afirmar seu caráter privado. No entanto, em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de **normas imperativas**, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São **normas cogentes** que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil **publicista**. Por isso são consideradas **de ordem pública**, assim entendidas por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo. A tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que busca tutelar as entidades familiares mais do que os seus integrantes. O fato de permearem as relações familiares, interesses que dizem com a **capacidade**⁴⁵.

Retornando ao princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, com a promulgação do Estado Democrático de Direito, o Estado perde seu caráter intervencionista e assistencialista característico do Estado Liberal, para assumir feição diferente, na qual não cabe intervenção no ambiente familiar.

Bem asseverou, a propósito, Rodrigo da Cunha Pereira:

O Estado abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal).

A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*.

A Constituição Federal de 1988 definiu e não deixou margem para dúvidas quanto à concepção da intervenção do Estado e assunção deste papel de “Estado-protetor” e não um “Estado-interventor”, ao dispor no art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”⁴⁶.

Portanto, não compete ao poder público intervir na seara familiar, mas os órgãos públicos podem ser invocados a interceder se houver prejuízo ou ameaça dos interesses jurídicos dos componentes da família. Um exemplo disto é quando o magistrado da vara de família ou da infância e da juventude regulamenta questões relacionadas a guarda, ou quando defere medida acautelatória urgente para saída de um dos cônjuges do lar em comum⁴⁷.

O desafio principal existente entre o âmbito familiar e as suas normas reguladoras reside na harmonização da autônoma privada dos integrantes familiares e os interesses coletivos,

⁴⁵DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 32.

⁴⁶CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. op. cit. p. 112.

⁴⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 91.

que exigem atuação do Estado para garantir sua efetivação⁴⁸. Tal harmonização deve ser realizada de modo a garantir a aplicação dos princípios e direitos fundamentais da ordem jurídica familiar.

2.1.2.8 Monogamia

Este tema é bastante polêmico, pois ao se considerar a monogamia como princípio será inevitável o debate a respeito da função da fidelidade no ordenamento jurídico brasileiro. A fidelidade é um valor juridicamente protegido no Código Civil, sendo considerada como dever originado no casamento, de acordo com o artigo 1.566, ou das relações estáveis, nos termos do artigo 1.724.

A não observação desse dever em conjunto com a insuportabilidade da vida em comum servia como razão para separação conjugal, além de ações indenizatórias⁴⁹. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº66 em 2010 e o fim da separação e a instituição divórcio, direito potestativo, a discussão da infidelidade perdeu sua importância.

A fidelidade não pode ser considerada um valor absoluto na ordem jurídica, deve ser vista mais como uma orientação. Contudo, apesar da consagração do princípio da intervenção mínima no Direito de Família, o Estado não se abstém de vedar condutas contrárias a fidelidade, a título de exemplo há o impedimento das pessoas casadas de casarem novamente, conforme artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil e se essas pessoas a despeito da norma contraírem matrimônio tal ato será nulo, nos termos dos artigos 1.521, inciso VI e 1.548, inciso II, do mesmo Código. Além disso, a bigamia é considerada crime pelo artigo 235 do Código Penal e a doação realizada a favor do cúmplice do adúltero é passível de anulação, como reza o artigo 550 do Código Civil.

Sobre o assunto, cabe ressaltar as palavras de Maria Berenice Dias;

Uma ressalva merece ser feita quanto à monogamia. Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimoniais, constituídas sob a chancela do Estado. Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de **fidelidade**, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas.

O Estado tem interesse na manutenção da estrutura familiar, a ponto de proclamar que a família é a base da sociedade. Por isso, a monogamia sempre foi considerada **função ordenadora** da família. A monogamia não foi

⁴⁸CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. op. cit. p. 116.

⁴⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p.92.

instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões matrimoniais, sucessórias e econômicas⁵⁰.

Assim, a instituição da monogamia como princípio fere a autonomia, a escolha das em algo que diz respeito a elas. Além do mais, se a monogamia for um princípio como serão regulados os casos reais de poliamor, caracterizado por ser um relacionamento pessoal entre duas pessoas ou mais. Desse modo, é por esta razão que a monogamia deve ser encarada como orientação, uma inclinação existente no sistema brasileiro e não como princípio.

2.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES FAMILIARES.

De acordo com Lauro Augusto Moreira Maia os princípios fundamentais que regem o Código Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade. De acordo com o último princípio as normas têm maior operacionalidade, ou seja, foram formulados com menor rigidez técnica e maior coerência. Pelo princípio da socialidade as normas e institutos do direito privado deixam de ter o caráter individualista e patrimonial e passam a ser regidos pela Constituição Federal e princípios basilares, principalmente a dignidade da pessoa humana⁵¹.

E, por fim, o princípio da eticidade está ligado, de certo modo, a princípio da socialidade, e traz novos valores ao Código Civil tais como a ética e a boa-fé. A boa-fé sai do campo subjetivo e passa a integrar os atos e práticas, torna-se objetiva. A boa-fé objetiva dispersou por todos os capítulos do Código e integra todos os institutos civis⁵². O novo Código de Processo Civil também consagra o princípio da boa-fé objetiva em suas normas, a título de exemplo há o artigo 5, que prevê as partes o dever de se comportarem com boa-fé no processo.

Nesse tópico será abordado a possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família. Segundo o Enunciado nº26 da I Jornada de Direito Civil a boa-fé objetiva é compreendida como a exigência de comportamento leal entre os contratantes. Nesse sentido, complementa Maria Berenice Dias “A boa-fé objetiva é definida como cláusula geral que impõe deveres de lealdade e respeito à confiança recíproca entre as partes de uma relação jurídica”⁵³.

A boa-fé está relacionada aos deveres anexos, aqueles inerentes ao negócio jurídico, conforme Flávio Tartuce:

⁵⁰DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 46-47.

⁵¹MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos Paradigmas**: Do Direito Civil. Curitiba: Juará, 2007. p. 22-40.

⁵²Ibidem, p.31.

⁵³DIAS, Maria Berenice. op. cit. p.59.

A quebra desses deveres anexos gera a responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva.

Como deveres anexos, podemos citar, entre outros: a) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial; b) o dever de respeito; c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; c) o dever de agir conforme a confiança depositada; d) o dever de lealdade e probidade; e) o dever de colaboração ou cooperação; f) o dever de agir conforme a razoabilidade e a equidade⁵⁴.

Além dos mencionados deveres, o Código Civil prevê três funções distintas para o princípio da boa-fé objetiva. A primeira a ser comentada será a função de controle, prevista no artigo 187 do mencionado Código, nela comete abuso de direito a pessoa que não respeita a boa-fé objetiva. A segunda função é a interpretativa, regulada no artigo 113 do Código Civil que prevê a aplicação da boa-fé e dos costumes do lugar da celebração aos negócios jurídicos. E por fim, a função integrativa, presente no artigo 422 do Código mencionado, que prevê a aplicação da boa-fé em todas as fases do negócio jurídico⁵⁵.

Nelson Rosenvald conceitua as funções do princípio da boa-fé objetiva da seguinte maneira:

No plano hermenêutico da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico, o art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. O magistrado não apelarà a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente as convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida.

Adiante, como estabelecido no art. 422, as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte- deveres anexos ou laterais-, o que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e a pessoa da outra parte, estendendo-se as fases pré e pós-contratual.

Relativamente a chamada “função de limite” ao exercício de direitos subjetivos, declara o art.187 do novo Código Civil que comete ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, exceder o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé. O princípio atua como máxima de conduta ético-jurídica. O problema aqui posto é o abuso do direito. O juiz poderá decidir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos privados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta⁵⁶.

Além disso, o princípio em comento veda o comportamento contraditório, também chamado de *venire contra factum proprium*, ou seja, a pessoa não pode em momento posterior mudar seu comportamento inicial, pois isto quebra a confiança recíproca entre as partes e fere

⁵⁴TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/48.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

⁵⁵Idem.

⁵⁶ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 - (Coleção Prof. Agostinho Alvim). p. 86-87.

a boa-fé objetiva na relação, além de ser capaz de gerar um futuro prejuízo para uma das partes⁵⁷.

Segundo Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, tal vedação: “é a modalidade de abuso de direito que surge da violação do princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva”⁵⁸. A coibição ao comportamento contraditório também se aplica ao âmbito familiar, a título de exemplo existe a vedação ao cônjuge ou companheiro, que renunciou ao direito de perceber pensão alimentícia, venha a solicitá-los o que surpreenderá o antigo parceiro, visto que ele não possuía a expectativa da necessidade de pagamento de tais alimentos⁵⁹.

Sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na seara familiar, seguem alguns exemplos fornecidos pela doutrina. A quebra de promessa de casamento futuro, enseja a responsabilidade civil pré-negocial casamentária, sob o fundamento do artigo 187 do Código Civil, que é capaz de compreender danos morais. Quanto ao reconhecimento dos filhos, a boa-fé pode ensejar no dever de indenizar para a pessoa que por má-fé, incumbiu paternidade inexistente a outra, aqui há abuso de direito e conforme o mencionado artigo há a obrigação de indenizar⁶⁰.

Cabe mencionar, por fim, que a violação do princípio da boa-fé objetiva é capaz de ensejar responsabilidade civil objetiva, ou seja, a existência ou não de culpa é indiferente para que seja possível a caracterização da obrigação de indenizar, mas a boa-fé deve ser observada em todos os âmbitos das relações que o indivíduo mantém em sociedade. É o que regula os Enunciados n°37⁶¹ e n°24⁶² aprovados na I Jornada de Direito Civil, sendo que, a previsão do artigo 187 é aplicada inclusive no ramo familiar, como defende o Enunciado n°414 da V Jornada de Direito Civil⁶³.

⁵⁷DIAS, Maria Berenice. op. cit. p.60.

⁵⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. v. 6, p. 113.

⁵⁹Ibidem, p. 114.

⁶⁰TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**, p. 21.

⁶¹Reza o Enunciado n°37: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalística”.

⁶²Regula o Enunciado n°24: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

⁶³De acordo com o Enunciado n°414: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

3 CASAMENTO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.

Caracterizado como uma instituição formadora da unidade familiar, o casamento pode ser visto como o resultado da organização social do sistema, antigamente tal organização era baseada na efetivação das regras formais de cunho espiritual, desse modo, o casamento consistia num ato sem qualquer fundo afetivo, sendo no ocidente o único meio legítimo de se constituir família, a entidade formadora de toda sociedade.

Neste contexto, vale destacar a atuação do Concílio de Trento, criado em 1563 que regulou as diversas solenidades a respeito da celebração e as respectivas garantias do casamento. Segundo Clóvis Beviláqua:

Assim foi prescrito por essa assembleia religiosa: 1º, que o casamento fosse precedido por três enunciações feitas pelo pároco do domicílio de cada um dos contraentes; 2º, que fosse feita, de modo inequívoco, diante do pároco celebrante, a manifestação livre do mútuo consentimento; 3º, que a celebração fosse realizada pelo pároco de um dos contraentes ou por um sacerdote devidamente autorizado, na presença de duas testemunhas, pelo menos; 4º; finalmente, que o ao se concluísse pela solenidade da benção nupcial. O livre consentimento dos contraentes, a presença do pároco e das testemunhas é que são essenciais para que haja casamento católico.

Foi esta, por longo tempo, a forma de matrimônio, exclusivamente, recebida pelo direito pátrio. Enquanto a quase totalidade dos brasileiros era católica, ao menos por tradição, nenhum grave inconveniente havia em mostrar-se o Estado desconhecedor ou descurado de seus direitos nesta matéria. A imigração, porém, e o derramamento de novas crenças vieram impor a necessidade de ser decretada uma forma de casamento, mais ampla e mais compatível com os reclamos da civilização⁶⁴.

Com as transformações sociais e históricas sofridas no decorrer do tempo, a religião passou a atuar de maneira reduzida, mas não inexistente, na regulação da sociedade quanto as questões referentes ao casamento. A primeira Constituição brasileira, do ano de 1824, não continha nenhuma disposição relacionada a família, entretanto, devido ao forte momento migratório para o Brasil, o governo imperial ficou obrigado a regular o instituto do casamento. Anos depois, surgiu a Lei 11 de setembro de 1861 que regulou o casamento de pessoas não pertencentes a religião católica, porém a competência da Igreja não foi abalada, pois no plano da eficácia, os que não eram cristãos ou católicos continuaram impossibilitados de realizarem matrimônio com efeitos perante o Estado⁶⁵.

⁶⁴BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Disponível em: <http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/03clovis/Direito%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁶⁵ GOULART, Patrícia Krempel. **A origem e a evolução do casamento na história do direito de família**. Brasil. 2002. 42f. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciência Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2002. p. 21.

Após a publicação e regulamentação da referida lei, o direito nacional passou a reconhecer três modos de casamento: o primeiro, o casamento católico regulado pelas disposições contidas no Concílio de Trento; o segundo era a forma mista que consistia uma possibilidade para aqueles que não eram católicos e nem integravam outro tipo de religião incompatível com a católica, era realizado pelas normas do direito canônico e o terceiro era o casamento de pessoas de seitas dissidentes, realizado em respeito à respectiva religião. Nota-se, assim, que na época cabia somente a religião regular as solenidades do casamento⁶⁶.

No ano de 1889 o Gabinete do Império apresenta um projeto de casamento civil, que não entrou em vigor. Posteriormente, em 24 de janeiro de 1890 o governo republicano promulga o Decreto-lei nº 181, aqui nasce o estado laico e o casamento civil, aplicado a todos os integrantes da sociedade, independentemente de sua religião⁶⁷.

Entre o período compreendido entre 1890 a 1916 houve uma situação de conflito, a Igreja não concordava com o casamento civil e o governo destacava a validade exclusiva somente do casamento civil. Um ano depois a Constituição de 1891 trouxe a separação entre o Estado e a sociedade de forma definitiva, porém, a sociedade por não ter conhecimento da norma ou por respeitar seus costumes se opôs a exclusividade do casamento civil. Logo, muitos casais celebravam apenas o casamento religioso e não eram reconhecidos como casados pelo ordenamento jurídico⁶⁸.

Depois veio o Código Civil de 1916 voltado aos valores patriarcais e patrimoniais vigentes, tal norma instituiu como base da formação familiar o casamento, sendo dadas as outras entidades familiares o caráter de concubinato, conseqüentemente tais relações não eram passíveis de proteção ou regulamentação pelo Estado.

Posteriormente a Constituição de 1934, diante da inconveniência gerada pela recusa da sociedade em celebrar o casamento civil, em seu artigo 146 admitiu a existência jurídica do casamento realizado diante ministro ou autoridade religiosa de qualquer religião, havendo a exigência da presença de autoridade civil capaz de verificar a habilitação dos cônjuges e observar a existência ou não de impedimentos, para que o casamento fosse juridicamente

⁶⁶Ibidem, p. 22.

⁶⁷Idem.

⁶⁸Ibidem, p.23.

válido. A Constituição de 1937, em seu artigo 124, apenas dispôs que a família constituída pelo casamento está protegida pelo Estado⁶⁹.

A Constituição de 1946, no artigo 163, reconheceu os efeitos civis do casamento religioso, caso houvesse o processo de habilitação prévia e posterior das partes. E a Lei nº 1.110 de 23 de maio de 1950 regulamentou os efeitos civis do casamento religioso e o procedimento de habilitação dos cônjuges. A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, em seu artigo 226 em seu *caput*, se limitou a informar que a família, base da sociedade, é protegida pelo Estado e no §1º também prevê os efeitos civis do casamento religioso⁷⁰.

O §6º inserido pela Emenda Constitucional nº66 de 2010 dispõe: “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, através desta norma os requisitos necessários para o divórcio, que eram a separação judicial por mais de um ano ou a separação de fato por mais de dois anos, foram removidos e encerrou-se também o debate sobre a existência da culpa na dissolução do casamento. Com isso, passaram a existir no ordenamento jurídico brasileiro três modos de divórcio, o consensual, o litigioso e o extrajudicial⁷¹.

A Emenda atendeu aos anseios da sociedade e se baseou na celeridade, na economia processual, na liberdade e na felicidade para consagrar e estabelecer o divórcio. O divórcio passou a ser um direito potestativo, logo para divorciar-se não é mais necessário haver um motivo específico, basta a mera vontade da pessoa.

A Constituição de 1988, como já comentado, constituiu grande avanço para o âmbito familiar, pois tal área passou a ter como princípios basilares a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a afetividade, além de expandir o conceito de família, dando reconhecimento jurídico a diversos arranjos familiares, tais como a família monoparental e a união estável. E, por fim, o Código Civil de 2002, regulou a família mediante novos preceitos sociais, porém conforme já explicado, tal codificação já nasceu ultrapassada.

Diversos são os conceitos do casamento na doutrina, de acordo com Flávio Tartuce: “O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”⁷². Consigne-se relevante também o conceito dado por Maria Helena

⁶⁹Ibidem, p. 26.

⁷⁰Ibidem, p. 28.

⁷¹OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **Divórcio: Fim da Separação Judicial?** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/EC%2066_2010%20Div%C3%B3rcio%2023_12_2011.pdf. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁷²TARTUCE, Flávio. op. cit. 2017, p. 41.

Diniz, “O vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”⁷³.

Já para Sílvio de Salvo Venosa:

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 etc⁷⁴.

Por sua vez Paulo Lôbo preleciona: “O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”⁷⁵. E ainda é importante destacar as observações feitas por Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenthal sobre o instituto, que afastam o casamento moderno de noções preconcebidas: “*Primus*, é preciso apartar o casamento da ideia de procriação. Com efeito, para ter filhos não é preciso casar. Casamento é comunhão de vida entre pessoas humanas, independentemente da procriação”⁷⁶.

O Código Civil mesmo não definindo o conceito do casamento define sua finalidade, no artigo 1.511 prevê que: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Todavia, diferentemente da concepção tradicional, atualmente existe o reconhecimento do casamento para pessoas do mesmo sexo (casamento homoafetivo), como visto nos entendimentos do Superior Tribunal Federal, na ADI 4.277, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1. 183.378 e do Conselho Nacional de Justiça, na Resolução n. 175, é importante destacar, contudo, que até o presente ano não houve a criação de lei própria capaz de admitir a nova entidade familiar.

É importante destacar que, o casamento não é a única forma de se constituir família, visto que devido as mudanças sociais a família moderna passou a se formar com base no amor e no afeto, assim surgiu o reconhecimento dos diversos arranjos familiares. Nesse sentido, de acordo com Flávio Tartuce além da família matrimonial, há no ordenamento jurídico brasileiro: a família informal, originada através da união estável; a família homoafetiva; a família monoparental, formada por apenas um dos pais e seus filhos; a família anaparental, constituída

⁷³DINIZ, Maria Helena. op. cit. 2008, p. 25.

⁷⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 6, p. 25.

⁷⁵LÔBO, Paulo. op. cit. p. 100.

⁷⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 144.

por meio da convivência entre pessoas, inclusive as não parentes, se baseia no afeto familiar e a família eudemonista, aquela que se baseia nos laços de amor e afeto entre seus integrantes, buscando concretizar a felicidade de cada um deles⁷⁷.

A família contemporânea possui a função de auxiliar e apoiar seus componentes, contribuindo para sua felicidade. Nesse diapasão, bem asseverou, Rose Melo Vencelau Meireles: “A família-instrumento ou a família-serviente é a formação social na qual a pessoa se desenvolve. Assim, é a família que serve ao desenvolvimento da personalidade dos seus membros, de modo que a mesma não pode ser obstáculo daqueles que dela pertencem”⁷⁸.

Realizada a conceituação do casamento, agora será discutido a natureza jurídica do instituto, matéria polêmica do direito civil brasileiro. Existem três teorias que procuram esclarecê-la, a primeira é a teoria contratualista, originada no direito canônico, que colocava em primeiro lugar o consentimento das partes e posteriormente a participação da autoridade religiosa para validade do casamento. Por essa corrente, o casamento é tido como um contrato civil, que tem sua origem no consentimento dos nubentes, não sendo um contrato comum e sim um *contrato sui generis* de natureza especial e por isso, nele incidem normas especiais.

Paulo Nader está incluído nessa corrente, o autor define a natureza do casamento do seguinte modo: “Trata-se de negócio jurídico complexo, pois se perfaz com o consentimento dos interessados seguido da formalização pelo representante do Estado”⁷⁹.

Nesse sentido, entende Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal:

E com o advento da Lei nº 11.441/07, que permitiu a dissolução consensual do casamento em cartório, através de mero procedimento administrativo, fundado na vontade das partes, supera-se a histórica discussão doutrinária no seio do Direito das Famílias, notadamente quanto à natureza jurídica do casamento. Nesse quadrante, a nova sistemática da dissolução, por mútuo consenso, do casamento vem a confirmar o vaticínio da corrente contratualista: de acordo com as concepções filosóficas, legais e sociológicas hoje predominantes, não pode haver mais qualquer dúvida acerca da natureza do casamento, que, de uma vez por todas, se confirma como negocial⁸⁰.

Caio Mário considera o casamento como:

[...] um “contrato especial”, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou “contrato de Direito de Família”, em razão das relações específicas por ele

⁷⁷TARTUCE, Flávio. op. cit. 2017, p. 35.

⁷⁸MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **O poder de Disposição nas Relações familiares**: a adoção e a separação ou divórcio consensual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2, p.533-534.

⁷⁹NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de família. 7. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5, p. 107.

⁸⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 150.

criadas. Particularizando, não é a circunstância de se admitir ou não o divórcio que lhe atribui ou lhe recusa a natureza contratual, pois que, em doutrina como em presença do direito positivo, as teses adversas são sustentadas com igual cópia de argumentos, independentemente de se assentar a indissolubilidade do vínculo⁸¹.

Outro doutrinador que compreende a natureza jurídica do casamento como contratual é Fábio Ulhoa Coelho:

O casamento é um contrato de direito de família. Quer isso significar que está disciplinado por regras próprias, não se sujeitando a muitos dos preceitos reguladores dos contratos em geral. Aliás, não se sujeita nem mesmo a certas normas aplicáveis aos demais negócios jurídicos. Por seu um contrato *sui generis*, o casamento não se submete ao direito das obrigações. Ele não é resolúvel, nem resilível como os contratos em geral, mas de acordo com as regras próprias do direito de família⁸².

A segunda teoria é a institucionalista nesta acepção o casamento seria uma instituição social, que surge pela vontade dos nubentes, mas que as normas e demais solenidades estão reguladas pela lei. O matrimônio é um estado preexistente regido por normas imperativas e preestabelecidas, ao qual as partes, ao se casarem, aderem.

Este entendimento é defendido por Maria Helena Diniz:

A ideia de matrimônio é, ante essas considerações, oposta à de contrato. Considerá-lo como um contrato é equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins. Deveras, difere o casamento, profundamente, do contrato em sua constituição, modo de ser, alcance de seus efeitos e duração⁸³.

A terceira e última corrente é a mista ou eclética, e será a teoria adota para a acepção deste trabalho, esta corrente estabelece que o casamento é um ato complexo, sendo ao mesmo tempo um contrato, no que se refere a sua formação e uma instituição, no que diz respeito a seu conteúdo. Silvio de Salvo Venosa defende esta corrente, em seu entendimento: “Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”⁸⁴.

Flávio Tartuce é adepto deste entendimento, em seus dizeres:

Das três correntes expostas, somos adeptos da terceira (*teoria eclética ou mista*). Quanto à primeira corrente, entendemos que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, achamos exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio

⁸¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p. 111.

⁸²COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 63.

⁸³DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* 2008, p. 42-43.

⁸⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.* p. 26.

jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com *conteúdo patrimonial*. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos.

Desse modo, melhor considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição⁸⁵.

Maria Berenice Dias entende que a discussão a respeito da natureza jurídica do casamento é inútil e ultrapassada, se casar ou não é prerrogativa de cada um, mas as partes ao se casarem estarão sujeitas aos deveres do casamento, independentemente de sua vontade. O casamento é um ato que decorre e se dissolve com o consentimento e vontade das partes, trata-se de uma convenção individual, daí não existe razão para tentar identificar a natureza jurídica do casamento com questões de ordem exclusivamente obrigacional. Nesse sentido, fica claro que o instituto pode ser caracterizado como um negócio jurídico especial, regido pela Constituição Federal, pelo interesse público e por questões específicas do Direito de Família⁸⁶.

No entendimento da autora acima mencionada o casamento:

É uma convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e aos pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair. Por isso é descabido tentar identificar o casamento com institutos que tenham por finalidade exclusivamente questões de ordem obrigacional. Os pressupostos dos contratos de direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo direito das famílias. Assim talvez, a ideia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Mas ninguém duvida que é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família: lugar idealizado onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade⁸⁷.

Por fim, é importante mencionar que, o instituto do casamento é dotado de especificidades e faz surgir primeiramente o debate entre normas de direito público ou direito privado no Direito de Família, debate já discutido em momento anterior. Certas peculiaridades envolvem o casamento, é cediço que o Estado tem interesse em regular a entidade base de toda a sociedade, a família, muitas vezes constituída através do casamento. Mas, por outro lado, sob a nova perspectiva afetiva e consagradora da dignidade humana, é essencial que o casamento seja realizado com base nos sentimentos e vontade dos nubentes, sendo a autonomia da vontade das partes imprescindível para a celebração do matrimônio.

⁸⁵TARTUCE, Flávio. op. cit. 2017, p. 43.

⁸⁶DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 149.

⁸⁷Ibidem, p. 150.

3.1 ESPÉCIES DE CASAMENTO

A legislação brasileira reconhece duas modalidades de celebração do casamento o religioso com efeito civil e o civil, o primeiro é regulado pelo artigo 1.515 e o segundo pelo artigo 1.516, ambos sendo regidos apenas pelo Código Civil. Existe ainda, formas especiais de celebração, que serão abordadas posteriormente nesse tópico.

O casamento civil é aquele realizado diante o oficial do Cartório de Registro Civil, trata-se de um ato solene efetuado, na presença de duas testemunhas, no próprio local do cartório ou em outro lugar. A celebração do casamento civil é gratuita, conforme artigo 1.512 do Código Civil e artigo 226, §1º, da Constituição Federal, entretanto devem os nubentes que não declararam pobreza, pagar as custas pertinentes a habilitação e primeira certidão do casamento.

Ao casamento religioso pode ser atribuído efeito civil caso haja habilitação prévia ou posterior. Assim, o casamento religioso deve respeitar as causas suspensivas, contidas nos artigos 1.523 e 1.524 do Código Civil; os impedimentos, regulados nos artigos 1.521 e 1.522, do mesmo Código; a capacidade matrimonial, prevista no artigo 1.516 também do Código Civil e as prescrições regidas pela lei, para produzir efeitos no sistema jurídico, desde que também haja registro público do ato. Esta é a disposição contida no artigo 1.515 do Código Civil: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”. Deve-se atentar ainda para a norma prevista no artigo 1.516, §2º, do mesmo Código, que diz respeito a validade do casamento celebrado sem a observação das solenidades da lei⁸⁸.

O casamento por procuração, constitui um meio de se casar e está previsto no artigo 1.542 do Código Civil. Tal procuração tem de ser feita por instrumento público que confere ao outorgado poderes especiais e tem eficácia não superior a noventa dias. Os dois noivos podem ser representados no casamento e a revogação do mandato dá-se somente por instrumento público, na hipótese da revogação não for de conhecimento do mandatário e o casamento for

⁸⁸Art.1.516. “§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532”.

celebrado, o mandante responderá por perdas e danos. Sendo que, posteriormente poderá ser anulado, conforme o artigo 1.550, inciso V, do mesmo Código. Existe ainda o fato do casamento ser válido e eficaz, mesmo quando o mandato estiver revogado se houver coabitação entre os consortes.

Reza o artigo 1.539 do Código Civil: “ No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever”, tal artigo regula a espécie de casamento por moléstia grave. Na falta ou impedimento da autoridade para presidir o casamento seus substitutos legais podem presidir o ato, já a falta do oficial de justiça pode ser compensada por outro ad hoc, nomeado pelo presidente do ato, conforme artigo 1.539, §1º, do Código. O oficial ad hoc lavrará um termo avulso que será registrado no respectivo registro no prazo de cinco dias diante duas testemunhas, ficando arquivado, nos termos do §2º do mencionado artigo.

O artigo 1.540 do Código Civil regula o casamento nuncupativo ou *in extremis vital momentis*, tal casamento ocorre quando um dos nubentes está em eminente risco de vida e não havendo nenhuma autoridade por perto, capaz de realizar o ato, é permitido que o casamento seja celebrado na presença de seis testemunhas, tais pessoas não podem possuir parentesco em linha reta, ou colateral com os contraentes.

O dispositivo ainda prevê em seus incisos que celebrado o casamento nuncupativo devem as testemunhas comparecerem diante a autoridade judicial mais próxima, no prazo de dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração que foram convocadas por parte do enfermo; que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo e que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.

Essa forma especial de celebrar o casamento não pode continuar existindo se for realizado com o objetivo de enriquecimento sem causa, fato que pode levar a nulidade absoluta do ato, ou se for ato realizado por simulação absoluta, fato capaz de levar também a sua nulidade⁸⁹. O juiz então procederá as diligencias necessárias após atuar o pedido e tomar as declarações das testemunhas, ouvindo os interessados que o requererem dentro de quinze dias, segundo o §1º, do artigo 1.541, do Código Civil. Verificada a idoneidade dos consortes para o casamento especial, a autoridade competente assim o decidirá e abrirá recurso para os cônjuges, conforme §2º, do mesmo artigo. Se não houver recurso da decisão ou caso ela transite em

⁸⁹TARTUCE, Flávio. op. cit. 2017, p. 56.

julgado, independentemente dos recursos ajuizados, a decisão será registrada no livro do Registro dos Casamentos por ordem do juiz, nos termos do §3º, do artigo mencionado.

O assento lavrado faz com que os efeitos do casamento retroajam, quanto ao estado dos cônjuges, para a data da celebração, como reza o §4º do artigo 1.541. E por fim, o §5º deste artigo regula a dispensa das formalidades expostas, caso o enfermo venha a convalescer e puder autenticar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.

Outra forma de se contrair casamento é por meio do casamento putativo, regulado no artigo 1.561 do Código Civil. Sobre o assunto diz Paulo Nader:

Chama-se *putativo* o casamento contraído de boa-fé, quando os nubentes desconheciam o impedimento, vício existente ou a incompetência do celebrante, que tornou o casamento nulo ou anulável. Em outras palavras, ignorava-se a causa de invalidade.

De acordo com a doutrina, a boa-fé se caracteriza simplesmente com a ignorância, antes do casamento, da causa determinante da invalidade, embora alguns autores já tenham sustentado que não bastava a ignorância, pois o erro devia ser escusável⁹⁰.

Assim, quanto aos filhos os efeitos do casamento irão subsistir sendo o fato do casamento sido realizado com a boa-fé de um dos noivos ou com a má-fé de ambos indiferentes. Se apenas um dos noivos casou-se em observância a boa-fé apenas em relação a ele o casamento possuirá efeitos até a sentença. Já se ambos estavam de boa-fé, para os dois haverá efeitos até a sentença⁹¹.

O casamento consular esta regido pelo artigo 1.544 do Código Civil, trata-se do casamento celebrado no estrangeiro, diante autoridade ou cônsul brasileiro. Logo, o cidadão brasileiro pode casar conforme a lei de seu país quando reside no exterior, o casamento deve ser registrado em até cento e oitenta dias, contados da volta de um ou de ambos os conjugues ao território nacional. O registro no respectivo cartório de domicílio dos cônjuges ou no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

Outro modo de celebração no Brasil é o casamento de estrangeiros, para validar essa união quando os cônjuges passam a residir em território nacional, é preciso registro da certidão do casamento com a devida tradução e autenticação feita pelo agente consular brasileiro, nos termos do artigo 7 das Leis de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por último, é válido lembrar que existe a alternativa de converter a união estável em casamento de acordo com o artigo 226, §3º, da Constituição Federal e com artigo 1.726 do

⁹⁰NADER, Paulo. op. cit. p. 296.

⁹¹DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 153.

Código Civil, que prevê a necessidade de intervenção judicial com posterior assento no registro civil para a conversão.

3.2 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO.

A efetivação do casamento produz diversas consequências para os cônjuges, por exemplo, altera o estado civil dos nubentes de solteiro para casado. O estado civil é uma qualidade da personalidade, que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves pode ser conceituada como “a qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres”⁹². A celebração do casamento gera diversos efeitos classificados em sociais, pessoais e patrimoniais que constituem os direitos e deveres mútuos aos casados, reforçando a ideia prevista no Código Civil de plena comunhão de vida na constância do casamento.

Os efeitos do casamento se disseminam por toda a sociedade e seu principal efeito social é a formação da família matrimonial ou legítima, instituto basilar da sociedade sendo detentor de proteção especial por parte do Estado em conjunto com os demais arranjos familiares, como estabelece o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal. O casamento também leva a emancipação do cônjuge menor de idade e o torna plenamente capaz, nos termos do artigo 5, parágrafo único, II do Código Civil e cria o parentesco por afinidade, conforme regula o artigo 1.595, §1º e §2º, do mesmo Código. Há também a presunção de filiação na constância do casamento, que possui início com a convivência conjugal e fim com o encerramento da sociedade conjugal⁹³.

No efeito social ainda se inclui a questão do planejamento social da família submetido a autonomia do casal, devendo, contudo, ser guiado pela ética e pelo melhor interesse do menor, compete o Estado somente “propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de intuições privadas ou públicas”, segundo o artigo 1.565, §2º, do Código Civil. As núpcias ao alterarem o estado civil dos nubentes para casado e legaliza as relações sexuais e determina a monogamia entre os cônjuges⁹⁴.

Devido a importância da formação de uma família e suas consequências, não há razão para que o cônjuge incapaz seja considerado inábil de praticar os demais atos da vida social. É

⁹²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 94.

⁹³DINIZ, Maria Helena. op. cit. 2008, p. 128.

⁹⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. 2012, p. 163.

importante destacar que, a emancipação concedida no casamento não pode ser revogada caso haja futura viuvez, divórcio ou separação. Com o casamento, surge o parentesco entre um cônjuge e os parentes consanguíneos do outro, conhecido como parentesco por afinidade, tal parentesco estabelece importantes consequências jurídicas, tais como o impedimento matrimonial⁹⁵.

A respeito da presunção relativa de paternidade dos filhos tidos na constância do casamento, cabe mencionar a crítica realizada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

De nossa parte, diante da situação gerada pela exclusão da incidência da presunção *pater is est* na união estável, concluímos que, apesar da regra expressa na Constituição Federal de proibição de todo e qualquer tratamento discriminatório entre os filhos persiste uma diferença teórica e prática entre os filhos na legislação civil. Ao aplicar a presunção de paternidade somente no casamento, está o Código Civil criando duas diferentes categorias de filhos: os filhos de pessoas casadas (que gozam de presunção e podem, automaticamente, os seus direitos decorrentes do parentesco paterno) e os filhos de mulheres não casadas (que, não dispondo da presunção, precisam de investigar a paternidade, aguardar a decisão judicial para, somente então, exigir os direitos respectivos). Há flagrante tratamento discriminatório entre os filhos (violando a conforme a Constituição, estendendo-se, assim, os efeitos práticos da presunção também a união estável. Não é, contudo, a solução que decorre da literalidade do texto do Código Civil de 2002⁹⁶.

Para além da esfera social o casamento também gera efeitos pessoais para os consortes, sendo o principal deles a “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, artigo 1.511 do Código Civil. É importante destacar que, tal comunhão não se aplica apenas as famílias originadas pelo casamento, mas a todos os arranjos familiares. Segundo Paulo Nader: “As normas que dispõem sobre os efeitos pessoais são de natureza cogente, não podendo as partes ampliá-las ou suprimi-las por convenção”⁹⁷.

Com a vigência da Constituição Federal não é mais admitido tratamento discriminatório entre o homem e a mulher, com o casamento “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” regula o artigo 1.565 do Código Civil. Diante disso, estabelece-se a chefia conjugal conjunta fato que encerra a predominância na lei e nos costumes, de modo gradativo, do poder do marido sobre a mulher.

⁹⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 236.

⁹⁶Ibidem, p. 237.

⁹⁷NADER, Paulo. op.cit. p. 308.

Da igualdade entre homem e mulher surge a possibilidade de qualquer um dos nubentes adotar o sobrenome do outro, nos termos do artigo 1.565, §1º, do Código Civil, ou se for de sua vontade preservar seu nome de solteiro. Por não haver vedação legal, nada impossibilita que um ou ambos os cônjuges venham a excluir um de seus patrocínios originários. Tal opção, geralmente, vem contida na certidão de casamento, entretanto, durante a convivência podem as partes escolherem alterar seu patrocínio posteriormente.

Na hipótese de dissolução do casamento, a regra é a permanência do nome adquirido que somente poderá ser retirado com a anuência de seu titular, visto que o nome é um direito da personalidade. Tal fato elimina de vez o papel da culpa na dissolução do matrimônio, a Emenda Constitucional nº66 reforça essa concepção ao instituir o divórcio como direito potestativo⁹⁸.

Outra consequência da igualdade entre os cônjuges na relação conjugal trata sobre a fixação do domicílio conjugal, antes o domicílio conjugal era o domicílio do marido, atualmente dispõe o artigo 1.569: “domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”. Por um lado, em respeito ao princípio da intervenção mínima, não cabe ao Estado estabelecer normas de caráter pessoal como esta, pois tais decisões competem exclusivamente a vontade do casal. Apesar disso, o legislador racionalmente admitiu a ausência do cônjuge do domicílio conjugal nas situações reguladas.

Outra consequência da igualdade entre marido e mulher é o estabelecimento de direitos e deveres recíprocos para os consortes, com a finalidade de aperfeiçoar e regular a vida em comum do casal. Os deveres são regulados, de modo expreso, pelo artigo 1.566 do Código Civil, são eles, a vida comum no domicílio conjugal (coabitação), a mútua assistência, o sustento, a fidelidade recíproca, o respeito e a consideração mútuos e a guarda e a educação dos filhos. O artigo 1.724 do mesmo Código trata dos deveres da união estável, trazendo o termo lealdade entre seus companheiros em sua redação, o dever de respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos. Nota-se que, o requisito da coabitação não está presente nas condições necessárias a caracterização da união estável, basta haver convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de estabelecer família, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil.

Para Sílvia de Salvo Venosa o dever de fidelidade:

⁹⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p.241.

É corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma, tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo. Contudo, embora atue em todas essas esferas, é também norma jurídica, porque sua transgressão admite punição nas esferas civil e criminal⁹⁹.

Nesse sentido, temos também Carlos Roberto Gonçalves:

O dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter *monogâmico* do casamento. É dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta, enquanto os demais deveres reclamam comportamentos positivos. A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o *adultério*, indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge. Se extrapolar a normalidade genérica, pode ensejar indenização por dano moral¹⁰⁰.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também reconhecem o intuito de preservar a monogamia ao se estabelecer como dever a fidelidade recíproca, para eles “atualmente, não se pode proceder à análise do dever de fidelidade dissociado do dever de respeito e consideração mútuos”¹⁰¹. O respeito mútuo deve estar presente em qualquer relação social nos dias de hoje, logo, tal dever transcende a esfera particular e tem aplicação geral. Nesse entendimento lecionam os autores mencionados: “o respeito recíproco entre os cônjuges precisa ser compreendido na complexidade social e na confiança estabelecida entre o casal, permitindo notar uma perspectiva bem mais ampla do que, tão somente, uma visão sexual”¹⁰²

Por outro lado, Maria Berenice Dias entende que:

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do Casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil, nem na criminal. Com o fim do instituto da separação, perdeu completamente o sentido sua imposição como dever do casamento¹⁰³.

Fábio Ulhoa possui compreensão similar sobre o tema: “A fidelidade é o menos importante dos deveres matrimoniais[...] Como de qualquer forma, é em tudo absolutamente indiferente para a sociedade se os casados estão guardando a fidelidade ou não, o tema deveria ser ignorado pela ordem jurídica. É assunto de exclusiva alçada dos casais”¹⁰⁴.

É certo que a violação de qualquer um desses deveres pode gerar consequências jurídicas, até mesmo de natureza indenizatório. Nesse sentido, cumpre ressaltar o entendimento de Pablo Stolze: “a fidelidade, posto não traduza um dogma absoluto, é um valor juridicamente

⁹⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p. 147.

¹⁰⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. 2012, p. 168.

¹⁰¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 245.

¹⁰²Idem.

¹⁰³DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 170.

¹⁰⁴COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 54.

tutelado”¹⁰⁵. Entretanto, nos parece estranho que o Estado, em observância ao princípio da intervenção mínima na seara familiar, venha impor regras de conduta estritas e passíveis de sanção dentro da esfera particular.

Posto isto, segue o entendimento jurisprudencial do Tribunal do Rio Grande do Sul nos seguintes julgados:

Apelação cível. **Ação de divórcio litigioso direto. Indenização por dano moral.** Cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Agravo retido desprovido. Cabe ao julgador apreciar, com base no artigo 130 do Código de Processo Civil, quais as provas necessárias para a instrução do feito, sendo-lhe facultado o indeferimento daquelas que entenda inúteis ou então protelatórias. Infidelidade. Dano moral. Descabimento. **A apelante pretende a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da conduta ilícita do apelado: infidelidade, isto é, relação extraconjugal do apelado com a mãe e tia da apelante. Esta Corte entende que a quebra de um dos deveres inerentes ao casamento, à fidelidade, não gera o dever de indenizar.** Além disso, não evidenciada a ocorrência dos alegados danos morais, porque os fatos delituosos de infidelidade não são recentes, nem são a causa direta do divórcio movido pelo apelado. A apelante somente veio alegar os danos decorrentes da infidelidade do apelado, em reconvenção, na ação de divórcio direto ajuizada pelo apelado, quando já está separada de fato do apelado há mais de três anos e já convivendo com outro companheiro. Preliminar rejeitada, e agravo retido e recurso de apelação desprovido¹⁰⁶.

E também:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO ENTRE EX-MARIDO E AMANTE. INEXISTENTE ATO ILÍCITO INDENIZÁVEL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA.

1. **A traição, por si só, bem como as conseqüências dela oriundas, não geram o dever de indenizar.**

2. A doutrina e a jurisprudência reconhecem a indenização por abalo moral entre cônjuges ou conviventes quando há cometimento de ilícito penal um contra o outro, mas não quando apenas há infração aos deveres matrimoniais. APELO DESPROVIDO¹⁰⁷.

Logo, quanto aos deveres conjugais previstos no Código Civil, principalmente quanto ao dever da fidelidade recíproca, entendemos que se trata de uma mera orientação para os casais, sendo que apenas seu descumprimento não dá ensejo à caracterização da responsabilidade civil.

O casamento produz também efeitos patrimoniais, que são formados pelos recursos financeiros do casal. Cabe ressaltar que o regime de bens não compreende a totalidade dos interesses patrimoniais dos nubentes, por exemplo, o dever de assistência mútua pode possuir natureza alimentar. Sobre o assunto leciona Paulo Nader: “Diferentemente dos efeitos pessoais,

¹⁰⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 254.

¹⁰⁶TJRS, Acórdão 70023479264, Santa Maria, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 16.07.2008, DOERS 22.07.2008.

¹⁰⁷TJRS, Apelação Cível nº 70044272532, Santa Maria, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Iris Helena Medeiros.

os patrimoniais em sua maior parte se compõem de normas dispositivas, que podem ser substituídas por pacto antenupcial”¹⁰⁸.

Via de regra, nos regimes de bens impera o princípio da autonomia da vontade, ou seja, os nubentes possuem liberdade de escolha quanto a qual regime de bens irão adotar, entretanto, tal princípio sofre restrições, a título de exemplo temos a adoção compulsória do regime do regime da separação ao nubente com mais de setenta anos de idade.

Resumindo os efeitos do casamento segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Os efeitos sociais regulamentam a projeção de consequências do casamento para terceiros, aqui cabendo a lembrança dos parentes de cada um deles. Já os efeitos pessoais estabelecem uma série de direitos e deveres recíprocos entre os consortes, materializando, de certo modo, a própria comunhão de vida. Finalmente, os efeitos patrimoniais indicam o reconhecimento da existência de um impacto econômico decorrente das núpcias¹⁰⁹.

Assim, temos que por meio do casamento os consortes constituem família, ao estabelecerem o vínculo conjugal é facultado a qualquer um dos cônjuges alterar seu sobrenome, há o estabelecimento de direitos e deveres recíprocos entre eles e por fim, o casamento traz consequências patrimoniais diversas as partes, que vão além do regime de bens.

Concluindo, vale a pena lembrar que todos os ramos de direito civil, incluindo o direito de família, devem impor estrita obediência aos princípios basilares na Carta Magna, visto que nela se encontram os principais valores do ordenamento jurídico brasileiro. Logo, o direito civil como um todo não pode, ao ser interpretado, se afastar da legalidade constitucional¹¹⁰.

¹⁰⁸NADER, Paulo. op. cit. p. 311.

¹⁰⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 234.

¹¹⁰_____. **A Proclamação da Liberdade de não permanecer casado** (ou: Um Réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). Disponível em: [file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%208_04%20\(AM\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%208_04%20(AM).pdf) . Acesso em: 20 nov. 2017.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.

Primeiramente, será feito uma breve explanação a respeito do instituto da responsabilidade civil para, posteriormente ser analisado a incidência de tal instituto nas relações entre os cônjuges. Antes de averiguar as espécies, o conceito e os requisitos necessários para a classificação da responsabilidade civil é precisa saber qual é o conceito jurídico da responsabilidade.

Para Sergio Cavalieri Filho a responsabilidade é:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há assim um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo¹¹¹.

O ordenamento jurídico impõe limites a liberdade individual dos que vivem em sociedade e prevê sanções para aqueles que não respeitam tais regras. A título de exemplo temos o artigo 186, do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O artigo 187 do Código Civil também prevê o ato ilícito: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Fica claro assim, que quem cometeu ato ilícito ou praticou abuso de direito e causou danos a outra pessoa, está obrigado a repará-lo.

Deve-se notar que a responsabilidade civil diverge da responsabilidade moral, a primeira está relacionada a um dever jurídico e está positivada, logo quem a infringe é capaz de sofrer sanções pelo Estado. A responsabilidade civil, ao impor sanções de caráter compensatório, busca restabelecer a situação de equilíbrio entre as partes que perdurava até a ocorrência do evento danoso. Já a segunda é formada pelas crenças e costumes da sociedade não sendo capaz de gerar punição ou ressarcimento, visto que falta coercitividade a essa responsabilidade moral.

¹¹¹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

Posto isso, é possível dividir a responsabilidade em três espécies, responsabilidade civil e penal, responsabilidade contratual e extracontratual e responsabilidade subjetiva e objetiva. Tais qualificações estão ligadas a origem da obrigação e ao tipo de elemento subjetivo existente na conduta¹¹². Quanto a primeira espécie, a responsabilidade penal trata de condutas mais graves, que atingem bens sociais de maior magnitude e são reguladas pela lei penal, capaz de restringir a liberdade do condenado.

Assim, de acordo com Rogério Greco a finalidade do direito penal é:

A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade. Com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito¹¹³.

É importante destacar que, o mesmo fato pode originar responsabilidade civil e responsabilidade penal, existe a dupla ilicitude, neste caso não ocorre *bis in idem*, tendo em vista o bem por elas tutelado e as penas aplicadas em cada espécie de responsabilidade. Deve-se ter em mente o disposto no artigo 935 do Código Civil que regula a independência entre responsabilidade civil e penal, como regra geral.

Agora vamos ao conceito de responsabilidade civil, oferecido por Maria Helena Diniz, lembrando que o ato ilícito pode ser administrativo, penal ou civil:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal¹¹⁴

Já Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho oferecem o seguinte conceito: “[...] diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas”¹¹⁵. A responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana dependem da natureza da norma infringida, por aquele que causou o dano, para sua caracterização. A primeira resulta da quebra total ou parcial de uma obrigação regulada no contrato firmado entre as partes, está

¹¹²Ibidem, p. 15.

¹¹³GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v. 1, p. 2.

¹¹⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7, p. 50.

¹¹⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3, p. 55.

regulada nos artigos 389 a 393 do Código Civil. Já a segunda consiste na violação de uma norma positivada e vem regulamentada nos artigos 186 a 188 e 927 a 943 do mesmo Código.

As distinções entre as duas responsabilidades, conforme Stolze e Pamplona Filho são “[...] a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto a culpa; e a diferença quanto à capacidade”¹¹⁶. Desse modo, na responsabilidade civil as partes já possuíam uma relação antes do surgimento do dever de indenizar, por outro lado na responsabilidade civil extracontratual, não havia relação alguma entre as partes, aqui viola-se o dever de não causar dano a outrem.

Por isso que o ônus da prova na responsabilidade contratual cabe ao devedor, ele deve provar a ocorrência do inadimplemento sem a culpa, ou devido a presença de qualquer excludente capaz de romper o nexo causal. Por último, vale lembrar que a capacidade do menor de 18 e maior de 16, somente o permite se vincular a algum contrato na hipótese de estar assistido por representante legal, ou caso, por má-fé, haja se declarado maior de idade, nos termos do artigo 180 do Código Civil.

Por fim, a respeito das espécies temos a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, a última origina-se como consequência dano causado devido a ato culposos ou doloso praticado pelo agente, a primeira independe de culpa para ser caracterizada, ou seja, a culpa é irrelevante para que haja a obrigação de indenizar basta haver o nexo causal entre conduta e dano, essa responsabilidade se baseia na teoria do risco, conforme regula o artigo 927 do Código Civil. A culpa em comento ocorre quando o agente pratica ato ilícito, nos termos do artigo 186 do mesmo Código.

Não existe consenso a respeito de quais são os pressupostos da obrigação de indenizar, a maior parte da doutrina tradicional possui o entendimento de que a culpa genérica faz parte dos elementos necessários para criar a obrigação de indenizar. Nesse sentido para Maria Helena Diniz a responsabilidade civil requer:

a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada judicialmente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco; b) Ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro; c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade)¹¹⁷.

¹¹⁶Ibidem, p. 64.

¹¹⁷DINIZ, Maria Helena. op. cit. 2014, p. 53-54.

Carlos Roberto Gonçalves também possui entendimento semelhante: “quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano”¹¹⁸. E ainda, Sergio Cavalieri Filho acredita que os elementos da responsabilidade civil são: “a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexo causal; c) dano”¹¹⁹. Por outro lado, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho conceituam apenas três elementos da responsabilidade civil a conduta (positiva ou negativa), o dano e o nexo de causalidade¹²⁰. Tais autores encaram, acertadamente, a culpa como pressuposto accidental da responsabilidade civil.

O dever de indenizar nasce a partir da caracterização de três elementos: a conduta, que pode ser caracterizada como a ação ou omissão voluntária. Para que haja o dever de indenizar a regra é que a conduta seja ilícita, logo, as causas de exclusão de ilicitude da conduta, previstas nos artigos 23 do Código Penal, quais sejam estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito e 188 do Código Civil¹²¹, afastam o dever de indenizar.

O primeiro tipo de conduta refere-se ao meio pelo qual a conduta humana ocorre, ou seja, se foi positiva ou negativa, a primeira se relaciona com a volatilidade da conduta, o agente deve ter percepção do ato que está praticando, fato que não implica no dolo caso haja dano. O segundo tipo tem a ver com a omissão, ou conduta negativa, deixar de praticar um ato também pode ser capaz de gerar dano¹²².

É importante destacar que, se no exercício de uma excludente o agente causar dano a direito do agressor, nada terá de indenizar, contudo, se causar dano a direito de terceiro deverá indenizá-lo, tendo direito de cobrar em regresso do agressor ou daquele cujo direito estava protegendo, conforme artigos 929: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram” e 930 do Código Civil: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que

¹¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p.50.

¹¹⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit. p.19.

¹²⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. 2016, p. 55.

¹²¹Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

¹²²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. 2016, p. 77.

tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano”.

Outro elemento é o dano, não existe responsabilidade civil sem a caracterização do dano, existem várias espécies de dano tais como dano moral, material e estético, sendo possível cumular pedido de indenização por diversos danos em uma única ação, nos termos das Súmulas 387 e 37 do Superior Tribunal de Justiça. Apesar de haver outros tipos de danos, como o estético, os principais danos reparáveis são o moral e o material.

De acordo com Paulo Nader tais danos podem ser conceituados do seguinte modo:

Os danos materiais implicam não apenas a deterioração ou perda de coisas, mas ainda os prejuízos decorrentes de lucros cessantes, isto é, o que se deixou de adquirir. Exemplo típico deste último são os danos provocados em veículo de praça, impedindo o taxista de trabalhar durante alguns dias.

Danos morais são as práticas que constroem, injustamente, outrem, causando-lhe sofrimentos na esfera espiritual. São os que atingem a honra, nome, reputação; são, também, os que ferem os sentimentos mais profundos da pessoa humana¹²³.

O último elemento é o nexo de causalidade, que figura como a ligação entre a conduta e o dano, se não houver nexo não existe responsabilidade civil, por isso as cláusulas de exclusão do nexo afastam o dever de indenizar, são elas: a) culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente, regulada no artigo 945 do Código Civil, não afasta o dever de indenizar, apenas o diminui; b) culpa exclusiva de terceiro, existe uma exceção a esta regra, prevista no artigo 735 do Código Civil e Súmula 187 do Superior Tribunal Federal, o transportador de pessoas não pode alegar tal culpa exclusiva para não ser responsabilizado civilmente, assim, o fornecedor deverá indenizar a vítima e cobrar em regresso do terceiro; e c) caso fortuito ou força maior, nesta cláusula a norma de mais destaque é aquela contida na Súmula 479 do Superior Tribunal Federal, que prevê o fortuito interno, aquele ligado a atividade do agente e por isso não afasta o dever de indenizar.

Segundo Flávio Tartuce: “o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa - ou o risco criado -, e o dano suportado por alguém”¹²⁴. Por conseguinte, tal elemento deve estar presente inclusive nos casos de responsabilidade civil objetiva.

Resumindo os elementos expostos, nos dizeres de Silvano Alvares Alcântara, temos:

¹²³NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7, p. 55.

¹²⁴TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 542.

É preciso que o agente tenha tido uma conduta – por ação ou por omissão- e que esta conduta tenha ocasionado um dano. Ou seja, deve existir um nexo causal entre o ato praticado, ou a omissão de sua prática, e o evento danoso, pois somente assim poderão estar consolidadas a responsabilidade civil e o dever de indenizar¹²⁵.

Após breve análise sobre o conceito, as espécies e os elementos da responsabilidade civil será averiguado a possibilidade de tal instituto incidir nos casos de dissolução do casamento depois da Emenda Constitucional nº 66/2010. Trata-se de um assunto polêmico e que para ser examinado precisa do auxílio de outras matérias tais como psicologia e sociologia, deve haver interdisciplinaridade, pois o Direito de Família é um ramo complexo.

Inclusive, no ramo do próprio Direito figura o entendimento de que o Direito Civil dever ser apreciado, de modo complementar, com os valores presentes no Direito Constitucional, visto que a Constituição contém os pressupostos necessários do Estado Democrático de Direito, cuja base axiológica é a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, este trabalho terá como fundamento as normas relativas ao Direito de Família previstas na Constituição Federal, após as alterações trazidas com a vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010. Bem como, o Direito das Obrigações, principalmente o instituto da responsabilidade civil e também as regras contidas no Código Civil.

Em primeiro plano é fundamental a discussão a respeito da culpa, é certo que a referida Emenda retirou do ordenamento jurídico a discussão da culpa em sede de dissolução do vínculo conjugal. Mas, para ser possível haver responsabilidade civil é preciso haver conduta culposa ou dolosa. A culpa genérica pelo ato ilícito, prevista no artigo 186 do Código Civil, é a mesma capaz de viabilizar a indenização pela conduta ilícita de um consorte que infringe direitos do outro.

Nesse diapasão, segue entendimento proferido por Caroline Vaz:

O que se quer dizer, objetivamente, é da admissibilidade, caso haja no decorrer da relação matrimonial uma conduta, por parte de um dos cônjuges, que ilícita, nos termos do artigo 186 do Código Civil, gerando a humilhação, o sofrimento, o abalo psíquico (não sendo necessária a configuração de doença, *in casu*) do outro, de se cumular o pedido de separação ou divórcio com o de compensação de danos morais. E, logrando êxito em comprovar os fatos que preenchem os requisitos para caracterizar tal dano, pode obter a condenação do infrator¹²⁶.

¹²⁵ALCÂNTARA, Silvano Alvares. **Direito Empresarial e Direito do Consumidor**. 1. ed. Curitiba: Editora InterSaberes, 2017. p.135.

¹²⁶VAZ, Caroline. **Responsabilidade Civil**: A compensação dos danos morais no divórcio, após a EC nº 66 de 13 de julho de 2010. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina (Orgs.). *Direito de Família*: Em Perspectiva Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 69.

Em segundo plano, mesmo entre aqueles que consideram especial a natureza do casamento, não se pode negar que a responsabilidade originada nas relações conjugais é extracontratual. Visto que, não é certo encarar o casamento como um contrato, pois o instituto não é regido somente pelas leis obrigacionais. Nasceram conceitos pós-modernos de contratos, que correlacionam os contratos a conteúdos existenciais, contudo tal concepção não deve prevalecer, porque senão o Direito Civil será composto apenas por contratos presentes em todos os ramos. Mesmo entre os que enxergam no casamento um contrato de natureza especial, a responsabilidade dele surgido só pode ser extracontratual pois, não é possível reconhecer aos consortes a legalidade na prática de ato ilícitos capazes de violar os direitos alheios. Assim, tal responsabilidade tem fundamento em norma legal e não contratual¹²⁷.

Realizadas as considerações iniciais, é importante destacar que, será abordado a responsabilidade civil pela infidelidade como causa de dissolução do casamento, nota-se aqui o termo usado é infidelidade e não adultério, visto que o adultério não mais constitui crime devido a revogação realizada pela Lei 11.106/2005.

O Código Civil prevê a fidelidade recíproca como dever dos cônjuges no casamento, nesse quadro, frisa-se que a fidelidade apesar de estar contida na lealdade, com esta não se confunde¹²⁸. A respeito do assunto é indispensável para compreensão do tema os elementos basilares da responsabilidade civil, quais sejam a conduta, o dano e o nexo causal.

Atualmente, surgiram novos paradigmas do instituto, conceituados por Anderson Schreiber, são eles, o ocaso da culpa, a flexibilização do nexo causal (a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil), o amplificação dos danos reparáveis, a seleção dos bens tutelados e, por fim: “(iv) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; e (v) a perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos¹²⁹. Assim, as premissas caracterizadoras da responsabilidade foram flexibilizadas objetivando a reparação das vítimas que sofreram danos.

Entretanto, mesmo com a flexibilização dos elementos da responsabilidade, é imperioso concluir que a simples quebra do dever de fidelidade não enseja a reparação civil. A fidelidade prevista no Código Civil trata-se de uma mera orientação de conduta, até porque não cabe ao Estado regular o relacionamento íntimo de seus cidadãos. É o que defende Paulo Lôbo:

¹²⁷TARTUCE, Flávio. op. cit. 2017, p. 174.

¹²⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. 2012, p. 253.

¹²⁹SCHREIBER, Anderson. **Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra outro, quando o relacionamento chega ao fim¹³⁰.

Até mesmo porque não existe alguém responsável para o fim do relacionamento, a culpa não é mais discutida em sede de divórcio. A mera vitimização de um dos consortes não traz nenhum dano prático, seja a respeito da partilha de bens, quanto a guarda dos filhos ou ainda, quanto a instituição dos alimentos. Não mais cabe a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal, com a mudança das crenças e costumes no século XXI, o Direito de Família deve ser norteado pela realidade social e, acima de tudo, pela Constituição.

A respeito do tema diz Cristiano Chaves de Faria: “Ora, como cláusula geral de proteção à vida privada e familiar promove a dignidade do homem, não há dúvida de que se é direito da pessoa humana constituir família, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna”¹³¹.

Assim, perquirir a culpa em momento posterior a vigência da Constituição de 1988, que tem como valor basilar o princípio da dignidade da pessoa humana, tornou-se ato desnecessário, além disso, a apreciação da lide, no judiciário, não pode deteriorar publicamente um dos cônjuges, já que a intimidade do relacionamento compete somente ao casal. Assim, ainda que um dos consortes tenha de fato infringido o dever da fidelidade recíproca, discutir-se a culpa, afronta acima de tudo a própria Lei Maior do nosso ordenamento jurídico.

A fidelidade após a reforma, em caráter constitucional, do direito brasileiro deixou de ser um direito passível de represália e de ser tutelado juridicamente, nesse sentido, interessante são as palavras de Maria Berenice Dias: “Infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, nada justifica a permanência da previsão legislativa, como um dever legal, até porque ninguém é fiel porque assim determina a lei, ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem legal”¹³².

Ademais, o Direito de Família atualmente é fundado no princípio da afetividade, que prevê o amor e afeto no âmbito familiar, a família, acima de tudo, serve de instrumento a felicidade de seus integrantes. Logo, nada mais lógico do que se admitir a separação de um

¹³⁰LÔBO, Paulo. op. cit. p. 144.

¹³¹FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os Contornos da Dissolução do Casamento** (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Coord.). op. cit. 2004, p. 115.

¹³²DIAS, Maria Berenice. **O dever de fidelidade**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_549\)2_o_dever_de_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_549)2_o_dever_de_fidelidade.pdf)>. Acesso em 28 nov. 2017.

casal cujo relacionamento chegou ao fim. A EC nº 66/2010 regula o divórcio como um direito potestativo dos cônjuges, ou seja, um direito que não admite contestação. Não se pode obrigar alguém a gostar, desse modo, o simples desrespeito ao dever de fidelidade não é capaz de ensejar o dever de indenizar. Entretanto, mediante análise de cada caso concreto, se um dos cônjuges tenha cometido conduta ilícita, durante o casamento, e tal conduta tenha infringido algum direito do outro cônjuge, tal fato será sim passível de reparação cível.

4.1 REPARAÇÃO DOS DANOS POR INFIDELIDADE VIRTUAL.

Antes de ser feita a análise sobre a infidelidade virtual serão feitas algumas considerações sobre o meio virtual, local onde tais relações ocorrem. A internet surgiu na Guerra Fria, foi concebida como projeto e tinha como meta ser uma forma ágil de comunicação. Com o surgimento dos computadores pessoais, no final da década de oitenta, a internet começa a ser aberta ao público.

Patrícia Peck conceituou a internet da seguinte maneira:

A Internet é mais um meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos. Indivíduos com letra maiúscula, porque estão inseridos em um conceito mais amplo, que abrange uma individualização não só de pessoa físicas como também de empresas instituições e governos. A Internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada. Isso Significa profunda mudança na forma como o Direito deve encarar as relações entre esses Indivíduos¹³³.

Logo, tal fenômeno também influenciou o Direito, exigindo uma mudança na compreensão e no modo de como as normas são aplicadas e interpretadas pelos operadores jurídicos. O meio virtual alterou de modo significativo, a interação entre os indivíduos possibilitando a seus usuários o anonimato e a interação por novos meios de socialização. Apenas um computador é necessário para se estabelecer uma relação com outra pessoa de identidade desconhecida. Além disso, o material publicado na Internet é de difícil remoção e fica disponível na rede para o acesso de todos por tempo ilimitado, fato que infringe a privacidade, a intimidade e a vida privada dos indivíduos, pois os levam a uma situação de superexposição.

A internet altera as relações sociais e o que importa são as consequências que essa alteração traz no âmbito jurídico. De acordo com Marcel Leonardi:

¹³³PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-2.

Esse quadro é particularmente preocupante em relação a privacidade, cuja violação é exponencialmente facilitada pelas mesmas características e peculiaridades que tornam a Internet tão atraente, a tremenda facilidade de disseminação, de busca e de reprodução de informações, em tempo real, sem limitações geográficas aparentes.

A Internet e outras tecnologias de informação podem não ter, ainda, acabado com a privacidade; no entanto, elas redefiniram o que o termo significa. Em uma era de processadores, sensores e redes extremamente baratos, a liberdade corre o risco de se tornar inversamente proporcional a eficiência dos meios disponíveis de vigilância. Na feliz expressão de **Victor Drummond**, o perigo para a privacidade na Internet é um só: o perigo de não existir¹³⁴.

O conceito de privacidade é de difícil aceção e tal dificuldade segundo o autor mencionado acima: “[...] cria complicações para definir políticas públicas e para resolver casos práticos, pois se torna muito complexo enunciar os danos ocorridos em uma situação fática [...]”¹³⁵. Logo, como não se tem um conceito oferecido pela norma positivada, tal direito pode receber tratamento diferenciado no judiciário, de acordo com os costumes e contexto social, bem como, devido a própria discricionariedade dos juízes nos casos concretos.

A Carta Magna não emprega de modo expreso o termo privacidade, mas declara a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas garantindo o dever de reparar moral ou materialmente originado da violação de tais direitos. O Código Civil também não utiliza o vocábulo privacidade, se limita a declarar como inviolável a vida da pessoa natural. É possível compreender, frente ao exposto, que a privacidade faz parte dos direitos inerentes a personalidade e consequentemente, deve ser um bem tutelado e protegido pelo Estado.

Na seara familiar, a privacidade possui caráter importante, muitos processos são mantidos em sigilo devido ao interesse particular das causas, ou seja, as causas não possuem interesse social, logo são mantidas em segredo de justiça. A questão da traição virtual possui grande relevância nesse âmbito, pois reabre os conflitos ainda existentes na esfera do direito civil real como, a indagação da culpa nos casos de separação e divórcio e a possibilidade de haver responsabilidade civil a título de dano moral para a parte traída.

Diversas são as razões capazes de induzir ao relacionamento virtual, alguns utilizam a Internet para pesquisar, estudar, trabalhar, realizar compras e vendas e inclusive jogar. Outros a usam como meio de combater a solidão e preencher carências nos relacionamentos afetivos e

¹³⁴LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

¹³⁵Ibidem, p. 47.

enxergam no meio virtual atraente solução para melhorar suas relações pessoais e fugir da rotina e do tédio da vida real¹³⁶.

No ambiente virtual os aplicativos de mensagem instantânea, como o WhatsApp e os de rede social, como a Facebook, Orkut, Twitter e Instagram facilitaram sobremaneira a comunicação virtual. Na internet é possível idealizar as pessoas e construir uma realidade de entretenimento e mais atraente. Não se sabe o sexo, a nacionalidade, a idade, o verdadeiro nome da pessoa, a profissão ou as características físicas da pessoa com quem se mantém contato na rede virtual, características essas que principalmente discernem tais relações das relações pessoais.

Agora se faz necessário saber o que vem a ser a infidelidade virtual, de acordo com Helen Cristina Leite de Lima Orleans: “A infidelidade virtual se relaciona a um vínculo amoroso ou sexual do indivíduo com terceira pessoa, diversa daquela com o qual possui relacionamento no mundo dito "real", através de meios eletrônicos, nesse caso, através na Internet”¹³⁷.

Os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acreditam que:

Aliás, já se fala, contemporaneamente, em adultério virtual, em alusão a possibilidade de práticas sexuais pela Internet, o que sem dúvida, pode violar o respeito e a lealdade esperados, naturalmente, nas relações afetivas. Esse relacionamento afetivo virtual motiva o imaginário da pessoa humana, rompendo a necessidade de contato físico para troca de afetos, já tendo sido explorado por película hollywoodianas. É claro que o adultério virtual não implica em violação do dever de fidelidade, pela falta de contato físico, mas sim em martirizarão ao dever conjugal de respeito e lealdade. Quebra a confiança, a lealdade esperada entre as partes¹³⁸.

Por outro lado, diz Maria Berenice Dias:

Ora, não há como falar em traição quando alguém se relaciona com outro exclusivamente por meio de trocas virtuais. Não se pode confundir o mero ciúme do cônjuge, que se considera preterido pelo momento prazeroso desfrutado pelo parceiro, com infidelidade ou adultério. Descabe considerar alguém culpado por fazer uso de um espaço imaginário e se relacionar com uma pessoa "invisível “. Postados diante do terminal de computador, ocorre um mergulho em uma realidade diversa, na qual não há mais separação entre o ator, a plateia e o palco: tudo se confunde, nada/tudo existe¹³⁹.

¹³⁶GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério Virtual, Infidelidade Virtual**. Disponível em: <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2017.

¹³⁷ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Infidelidade e Internet**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuário/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%2008_01%20\(AM\).pdf](file:///C:/Users/Usuário/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%2008_01%20(AM).pdf)> . Acesso em 28 nov. 2017.

¹³⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p.246.

¹³⁹DIAS, Maria Berenice. op. cit. 2015, p. 172.

Para a autora a diferenciação entre fidelidade física e fidelidade moral importa na caracterização da infidelidade virtual. O primeiro se relaciona a manutenção de relações sexuais apenas com o cônjuge, já o segundo viola o dever de fidelidade recíproca¹⁴⁰.

Já Maria Helena Diniz entende que o contato com outra pessoa pela internet figura elemento capaz de causar a separação litigiosa do casal. Segundo ela:

Diante do fato de haver possibilidade do internauta casado participar, por meio de programa de computador, como o ICQ, de *chats*, de *mirc* e sala de bate-papo voltados a envolvimento amoroso geradores de laços afetivo-eróticos virtuais, pode surgir, na Internet, infidelidade, por e-mail e contatos sexuais imaginários com outra pessoa, que não seja seu cônjuge, dando origem não ao adultério, visto falar conjunção carnal, mas à conduta desonrosa. 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 sem identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, p. ex., 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 seu consorte. 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 não memória do computador e no provedor de acesso à internet e, mesmo que se utilize senha para bloquear o acesso do correio eletrônico, os especialistas podem descobri-la. Pode tal correspondência ser invadida por técnicos e até mesmo, em certos casos, requisitada judicialmente [...] Assim, a infidelidade virtual é uma nova forma de relacionamento que pode causar separação judicial litigiosa e indenização por danos materiais e/ou morais¹⁴¹.

Como mencionado no tópico anterior, entretanto, acreditamos que lealdade e fidelidade não se confundem. Não existe um conceito ideal sobre o que é a fidelidade, devido ao fato de que, tal consideração depende do subjetivo de cada pessoa, depende das atitudes que cada um espera de seu cônjuge, assim, o que uma pessoa considera como ato infiel, outra pessoa pode encarar o mesmo ato com diferente percepção.

Independentemente de seu conceito, ou se a infidelidade virtual fica restrita a um mundo de fantasia. Aqui também surge a indagação, existe alguém culpado pelo fim do relacionamento afetivo? É possível responsabilizar alguém por não ser fiel? O fenômeno da infidelidade deve ser compreendido como a terminação de uma relação amorosa que já estava chegando ao fim, assim, o poder judiciário deve analisar as causas relativas às separações com uma visão objetiva, pois não há modo de se regular por lei a atividade e conduta de cada cônjuge

¹⁴⁰Ibidem, p. 171.

¹⁴¹Diniz, Maria Helena. op. cit. 2008, p. 294-295.

em um relacionamento. O que é analisado na separação judicial são apenas as questões de cunho patrimonial e as referentes aos filhos, tais como guarda, visitas e alimentos, devido ao fato de a relação ter chegado ao fim por falta de interesse de ambos os cônjuges, não existe a hipótese de se vincular moralmente qualquer das partes pelo encerramento do relacionamento.

Patrícia Peck ao comentar a respeito da responsabilidade civil no direito digital afirma que:

Para o Direito Digital, a teoria do risco tem maior aplicabilidade, uma vez que, nascida na era da industrialização, vem resolver os problemas de reparação do dano onde a culpa não é um elemento indispensável, ou seja, onde há responsabilidade mesmo que sem culpa em determinadas situações, em virtude do princípio de equilíbrio de interesses e genérica equidade.

No Direito Digital, a responsabilidade civil tem relação direta com grau de conhecimento requerido de cada prestador de serviço e do consumidor-usuário também. Nenhuma das partes pode alegar sua própria torpeza para se eximir de culpa concorrente em algumas hipóteses.

Um dos pontos mais importantes é o da responsabilidade pelo conteúdo. Considerando que é o conteúdo que atrai as pessoas para o mundo virtual e que ele deve estar submetido a valores morais da sociedade e atender aos critérios de veracidade, é importante determinar os limites da responsabilidade dos provedores, dos donos de websites, das produtoras de conteúdo, dos usuários de e-mail e de todos os que tenham algum modo de participação¹⁴².

Em conformidade com o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, prevê o artigo 18 que: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. E complementa o artigo 19 que para assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor só pode ser responsabilizado civilmente por atos de terceiros, caso depois de ordem judicial específica, fique inerte e não tome providências para tornar indisponível o conteúdo requerido.

Sobre o assunto segue jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO FACEBOOK. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROVEDOR DE CONTEÚDO NA INTERNET SOMENTE NAS SITUAÇÕES EM QUE, DEVIDAMENTE NOTIFICADO, DEIXA DE REMOVER A POSTAGEM OFENSIVA OU ILÍCITA. Os provedores de conteúdo na internet respondem civilmente por publicações em seus sítios eletrônicos apenas quando, devidamente notificados, deixam de remover as postagens ofensivas aos interessados. FACEBOOK. POSTAGEM DE FOTOGRAFIA. ATO SEXUAL. EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA DA IMAGEM DA AUTORA. DIREITO À IMAGEM. ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE. Caso concreto em que o réu publicou, indevidamente e sem consentimento, em seu perfil na rede social denominada Facebook, imagem íntima da autora, divulgando-a a grupo restrito de amigos virtuais. Indemonstrada pelo réu pessoa física a existência de um "fake" (perfil falso)

¹⁴²PINHEIRO, Patrícia Peck. op. cit. p. 298.

na rede social. Ônus da prova. Art. 333, inc. II, do CPC. Violação à imagem. Situação desprimorosa e constrangedora que dá margem à indenização por danos morais. DANOS MORAIS IN RE IPSA. Postagem no FACEBOOK de fotografia da autora em cena íntima, sem autorização. **O usuário da rede social deve indenizar os danos causados à esfera extrapatrimonial do titular do direito personalíssimo violado. Dano "in re ipsa", dispensando a prova do efetivo prejuízo.** ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. VALOR MAJORADO. Montante da indenização... arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Toma-se em consideração os parâmetros usualmente adotados pelo colegiado em situações similares. JUROS DE MORA. SÚMULA 54 DO STJ. Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. MAJORAÇÃO. Exarada sentença condenatória, a fixação da verba honorária deve atentar aos percentuais do § 3º do art. 20 do CPC. Honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da condenação. APELO DO RÉU DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE¹⁴³. (*grifo nosso*).

Desse modo, conclui-se que a simples conduta da infidelidade virtual, como a infidelidade real, não é capaz de gerar a reparação civil. O que deve ser analisado é se a conduta do agente ao violar a fidelidade é capaz de gerar danos ao cônjuge.

No âmbito virtual, deve-se respeitar o direito da privacidade, ou seja, é ilícita a prova obtida sem conhecimento do usuário, a constituição Federal prevê no artigo 5, inciso XII, o direito fundamental à inviolabilidade da correspondência, logo em respeito ao mencionado artigo a prova obtida por acesso de mensagens nas redes sociais sem o conhecimento do internauta figurará como prova ilícita, sendo, portanto, inadmissível no ordenamento jurídico. Além disso, mesmo que tal conteúdo seja trazido em juízo não irá fazer diferença na decisão, diante da irrelevância da culpa na dissolução do vínculo conjugal. E se assim não fosse, o direito à privacidade consagrado pela Constituição Federal, constitui direito de maior relevância jurídica do que o Direito do cônjuge traído em provar a culpa do cônjuge traidor.

Logo, nestes casos de violação aos direitos da personalidade são capazes de gerar, na seara familiar, em regra, responsabilidade civil por danos morais. O dano moral é todo dano causado ao indivíduo que não está relacionado a perda pecuniária e não separação de um casal, ocorrem perdas emocionais que, geralmente não abrangem o patrimônio. Segundo Laura Toledo Ponzoni, é necessário clarificar que: “o desamor, por si só, não é causa de aplicação dos princípios da responsabilidade civil, já que, mesmo ao acarretar sofrimento ou dano moral, não

¹⁴³TJ-RS- AC: 70061451191 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de julgamento: 29/10/2014, Nona Câmara Cível, Data e publicação: Diário de justiça dia 04/11/2014.

constitui ato ilícito, por não-contrariar qualquer norma jurídica, faltando-lhe, portanto, requisito essencial da reparação civil”¹⁴⁴.

Nesse quadro, pensamos que a infidelidade virtual é capaz de gerar indenização em casos incomuns, quando lesiona a integridade psíquica de um dos consortes, por exemplo, nos casos de divulgação de conteúdo ofensivo na internet, tendo como fundamento aqui a dignidade humana. Mas, nesse momento também surge uma indagação, quais são os parâmetros utilizados para averiguar a extensão do dano? A respeito da quantificação do dano moral é certo que a indenização não pode ter a intenção de vingança por parte do cônjuge traído, e que não se pode condenar alguém por não mais gostar de alguém, o dinheiro não é capaz de compensar e nem recuperar a afeição perdida.

Nos dias de hoje, não consenso entre os doutrinadores e nem na jurisprudência a respeito da possibilidade de haver ou não a obrigação de reparar pela quebra do dever de fidelidade recíproca, mas é certo que em alguns casos, dependendo da conduta de algum dos cônjuges durante a ruptura do vínculo, o dever de reparação civil pode surgir.

Não é impossível que no momento da ruptura um cônjuge venha praticar ao ilícito, previsto no código civil, e cause danos, tais danos podem ser materiais, morais, ou de algum outro tipo. Destaca-se que a reparação por danos materiais, ou seja, a caracterização dos danos emergente (prejuízo efetivo) e dos lucros cessantes (o que se deixou de ganhar), é excepcional e, para tanto é preciso haver provas concretas e efetivas do prejuízo¹⁴⁵.

Quando alguém pratica ato ilícito contra outrem o ofendido tem direito de ser indenizado, incidindo no caso a responsabilidade civil. Desse modo, como diz Laura Toledo Ponzoni: “quem rompe uma relação de casamento ou de união estável por falta de amor está exercendo regularmente um direito, que é o de separar-se, sendo esta uma excludente da responsabilidade civil”¹⁴⁶.

Conclui, a mencionada autora, que:

A infidelidade é uma circunstância normalmente intolerável para a vida em comum. Mas não caberia o dano moral puro, como alguns pretendem sustentar, a menos que venha acompanhada de violência física ou moral ou de humilhação contínua diante de terceiros ou dos próprios filhos. Nestes casos nos encontraremos no âmbito do ilícito e haverá responsabilização pelo dano moral infringido. Portanto, não se admite que o conceito jurídico de dano moral deva se configurar a partir das noções de sofrimento, tristeza - porque tais sentimentos estarão presentes em praticamente todos os conflitos

¹⁴⁴PONZONI, Laura Toledo. **Infidelidade Virtual**: Realidade com efeitos jurídicos. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67784>> . Acesso em: 29 nov. 2017.

¹⁴⁵REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 284.

¹⁴⁶PONZONI, Laura Toledo. op. cit.

que surgem nos relacionamentos conjugais. Como em todas as demais relações existenciais, onde tiver havido lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade terá havido dano moral indenizável¹⁴⁷.

Assim, para que haja o dever de indenizar por danos morais nos casos de infidelidade virtual e real, é preciso haver dano a direitos da personalidade e não apenas a caracterização da infidelidade. Não se pode negar que o uso da internet se tornou uma realidade inevitável nos relacionamentos amorosos atuais, o meio virtual, cada vez mais, causa efeitos jurídicos no mundo real, nesse contexto, nota-se a importância da discussão a respeito da infidelidade virtual é importante.

¹⁴⁷Idem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente trabalho procurou analisar o tema da reparação civil nos casos de infidelidade virtual.

Para tanto, foram analisadas a constitucionalização do Direito Civil em âmbito infraconstitucional, a necessidade da interpretação do Direito de Família utilizando-se os valores consagrados na Constituição, bem como a exigência de um estudo interdisciplinar para que seja possível o proferimento de decisões mais eficazes e justas no âmbito familiar.

Ademais, foram examinados os princípios aplicados na seara familiar, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso, da igualdade, da afetividade, da solidariedade familiar, da proteção ao idoso, da função social da família, da plena proteção das crianças e dos adolescentes, da convivência familiar, da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, da boa-fé objetiva nas relações familiares. Além disso, constatou-se que a monogamia não constitui um princípio, trata-se de mera vedação legal da constituição de diversas relações matrimoniais sob conhecimento do Estado.

Posteriormente, foi estudado o instituto do casamento, sua evolução histórica, conceito, natureza jurídica, espécies e seus efeitos jurídicos. Dentre os efeitos constatou-se que o dever de fidelidade, previsto no artigo 1.566, inciso I, do Código Civil nada mais é do que uma orientação para os casais, pois tal assunto é de interesse exclusivo das partes no relacionamento, não cabendo ao Estado, em observação ao princípio da intervenção mínima estipular regras de conduta a respeito de um aspecto tão íntimo da vida dos casais.

Averiguou-se que após a vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010 e a consequente alteração do artigo 226, §6º, da constituição Federal, a culpa tornou-se irrelevante no divórcio. Foram analisados também os elementos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, a conduta e nexo causal no Direito das Obrigações. E depois de tais observações, concluiu-se que a culpa não mais gera consequências na dissolução do casamento, pois o ato de desconstituir a família tornou-se um direito potestativo, desse modo, o cônjuge que viola o dever de fidelidade no casamento não pode ser responsabilizado em âmbito civil apenas por esta conduta.

Quanto à infidelidade virtual, percebeu-se que as relações virtuais são um novo tipo de relacionamento pautado no anonimato, diferentemente dos relacionamentos tradicionais, funcionam como espécie de saída da realidade. Nesse ambiente, as informações privadas fornecidas ficam expostas e sua retirada encontra diversas dificuldades, fato capaz de levar a

superexposição da vida íntima das pessoas. Assim, o direito de privacidade, direito fundamental da personalidade, está em risco e deve ser protegido pelo Estado.

Em tal contexto, depreende-se que a conduta culposa deve ser analisada quanto a comportamentos do cônjuge capaz de violar direito alheio do outro cônjuge, a mera infidelidade não tem o condão de possibilitar a reparação de danos tanto no ambiente real quanto no virtual. Com a irrelevância da culpa e a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como base axiológica do Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica deve se adequar às mudanças e avanços sofridos na sociedade, assim, não pode o cônjuge ser degradado publicamente na análise do fim do relacionamento.

Ademais, a análise da culpa no fim da relação amorosa não produz qualquer efeito prático, seja para a guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos. Não é razoável que o poder público invada a intimidade do casal para apontar um responsável para o fim do relacionamento, até mesmo porque ninguém pode ser culpado por não mais gostar de alguém, em respeito também ao princípio da afetividade e da função social da família, os arranjos familiares buscam acima de tudo a felicidade e a realização de seus integrantes, logo, não faz sentido viver em um relacionamento desgastado que não mais traz alegria para as partes.

Por fim, cabe ressaltar que, no âmbito virtual, caso haja invasão da privacidade, violação ao direito de inviolabilidade do sigilo da correspondência, ou infração de qualquer outro direito da personalidade quando ocorrer a infidelidade, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva que regula todas as relações sócias dos indivíduos, o infrator pode ser condenado a ressarcir o ofendido por danos morais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALCÂNTARA, Silvano Alvares. **Direito Empresarial e Direito do Consumidor**. 1. ed. Curitiba: Editora InterSaberes, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PERERIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Disponível em: <<http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/03clovis/Direito%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina (Orgs.). **Direito de Família**: Em Perspectiva Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Família e Sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 5 v.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157f. Tese (Doutorado em Direito) - setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2004.

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

_____. **O dever de fidelidade**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_549\)2_o_dever_de_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_549)2_o_dever_de_fidelidade.pdf)>. Acesso em 28 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. 5 v.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 7 v.

FACHIN, Luiz Edson. **Soluções Práticas de Direito –Pareceres -**: Família e Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil: À luz do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os Contornos da Dissolução do Casamento** (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2004.

_____. **A Proclamação da Liberdade de não permanecer casado** (ou: Um Réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). Disponível em: <[file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%2004%20\(AM\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%2004%20(AM).pdf)> . Acesso em: 20 nov. 2017.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Alves Fabiana. **A Abertura do conceito de família no direito brasileiro**: da família matrimonializada a proteção dos arranjos familiares plurais. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuário/Documents/Livros%20TCC/A%20ABERTURA%20DO%20CONCEITO%20DE%20FAMÍLIA%20NO%20DIREITO%20BRASILEIRO%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Fonte: Brasil Econômico. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2017-07-05/ibge-diferenca-salarial.html>> . Acesso em: 20 out. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 6 v.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3 v.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. 1 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1 v.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6 v.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 4 v.

GOULART, Patrícia Krempel. **A origem e a evolução do casamento na história do direito de família**. Brasil. 2002. 42f. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciência Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2002.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adulterio Virtual, Infidelidade Virtual**. Disponível em: <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2017.

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

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos Paradigmas: Do Direito Civil**. Curitiba: Juará, 2007.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **O poder de Disposição nas Relações familiares: a adoção e a separação ou divórcio consensual**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Família Democrática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de família**. 7. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 5 v.

_____. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 7 v.

NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Brasil. 2012. 203f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de família no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=727>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Infidelidade e Internet**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuário/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%208_01%20\(AM\).pdf](file:///C:/Users/Usuário/Documents/Livros%20TCC/RTDoc%2001-11-2017%208_01%20(AM).pdf)> . Acesso em 28 nov. 2017.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **Divórcio: Fim da Separação Judicial?** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/EC%2066_2010%20Div%C3%B3rcio%2023_12_2011.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 5 v.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONZONI, Laura Toledo. **Infidelidade Virtual: Realidade com efeitos jurídicos**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67784>> . Acesso em: 29 nov. 2017.

REALE, Miguel. **A função social da família no Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 - (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SILVA, Cristiane Pereira da. **Constitucionalização do Direito de Família, sua repersonalização e o valor jurídico do afeto**. Disponível em:

<http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115624.pdf>. Acesso em: 11 out. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: A Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33465-43126-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 5 v.

_____. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/48.pdf> . Acesso em: 07 nov. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil- Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 6 v.