

RESPONSABILIDADE CIVIL E DÉBITO CONJUGAL: BREVE ANÁLISE DO DANO IMATERIAL PELA QUEBRA DO DEVER SEXUAL NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Olívia Marcelo Pinto de Oliveira*

Jorge Ferreira Sinde Monteiro**

SUMÁRIO: *Introdução; 1.1 Família e Deveres Conjugais; 2 Deveres Conjugais – Conteúdo e Características; 2.1 Dever Sexual e Direito de Personalidade; 2.2 Dever Sexual e Fidelidade; 3 Incumprimento do Dever Sexual e Responsabilidade Civil; 3.1 Responsabilidade do Cônjuge pela Ausência de Ato Sexual; 3.2 Responsabilidade do Cônjuge pela Infidelidade Sexual; 3.3 Responsabilidade de Terceiro pela Infidelidade do Cônjuge; 3.4 Responsabilidade Civil de Terceiro pela Incapacidade Sexual do Cônjuge; 4 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: Partindo-se do pressuposto de que o dever sexual faz parte do rol de deveres conjugais, procura-se investigar se a sua violação constituiria um ilícito civil, passível de apreciação jurídica, especialmente no âmbito da responsabilidade civil, com a conseqüente apuração do dano e quantificação da respectiva indenização ao cônjuge lesado. Assim, a problemática em torno da situação apresentada refere-se à análise de quatro situações oriundas da quebra do dever sexual e a eventual possibilidade do lesado ser reparado civilmente: a) responsabilidade civil do cônjuge pela omissão do dever sexual; b) responsabilidade civil do cônjuge por infidelidade; c) responsabilidade civil de terceiro por infidelidade do cônjuge; e, d) responsabilidade civil de terceiro pela incapacidade sexual do cônjuge. Não se pretende, pois, apurar e quantificar indenização civil em razão do fim do casamento ou do “deixar de amar”, também estudado enquanto abandono afetivo, mas, sim, com relação à quebra do dever sexual, compreendido como tal em razão da esperada plena comunhão de vida no casamento. A pesquisa contou com metodologia de caráter exploratório, descritivo e analítico, com apreciação doutrinária, legislativa e jurisprudencial no âmbito dos Direitos Português e Brasileiro. O trabalho dividiu-se em três capítulos. Inicialmente, apresenta-se o atual retrato da família ocidental, em especial a família

* Advogada; Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Docente do curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: oliviapinto.adv@gmail.com.

** Docente catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre; Doutor pelo Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, de Hamburgo; Membro do “Centro de Direito Biomédico” da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coordenador nacional no âmbito do European Civil Code Group (Osnabrück); Membro do European Tort Law Group (Tilburg-Viena) e Membro associado da Academia Internacional de Direito Comparado.

brasileira e a família portuguesa, destacando três aspectos principais: a pluralidade, a desestatização e a repersonalização da família. Uma vez identificado que o Direito Português e o Direito Brasileiro possuem origem romanista e, mesmo após a evolução da percepção jurídico-familiar, tais ordenamentos ainda guardam previsão expressa e mediante um rol acerca dos deveres conjugais. Parte-se, por isso, para a análise minuciosa de cada um dos deveres conjugais previstos legal e doutrinariamente, destacando o dever sexual, uma vez que se trata do objeto do presente estudo. Após, analisa-se a possibilidade do incumprimento do dever sexual como causa para apuração da responsabilidade civil, o que é feito a partir da identificação dos pressupostos da responsabilidade civil e à luz de elementos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais portugueses e brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Dever Sexual; Dano Moral; Responsabilidade Civil; Direito Português; Direito Brasileiro.

CIVIL RESPONSIBILITY AND MARITAL DEBT: A BRIEF ANALYSIS OF PORTUGUESE AND BRAZILIAN LAWS ON IMMATERIAL DAMAGE THROUGH BREACHES IN SEXUAL DUTY

ABSTRACT: Since sexual intercourse is on the list of marital duties, current research investigates whether its violation is an illicit civil act liable of juridical appreciation, especially within the context of civil responsibility, and of consequent investigation for damage and the amount of liability to the injured partner. The issue refers to the analysis of four situations derived from breaches of sexual rights and the eventual possibility of the injured partner receiving civil reparation: a) civil responsibility of the partner by the omission of sexual rights; b) the partner's civil responsibility through marital unfaithfulness; c) civil responsibility of third party through the partner's unfaithfulness; d) civil responsibility of third party for marital partner's sexual incapacity. Current investigation does not comprise the quantification of civil indemnity owing to the end of the marriage contract or lack of love, analyzed as affective abandonment, but failure of sexual right, as a break in the expected full life communion in marriage. An exploratory, descriptive and analytic methodology was employed for the doctrinal, legislative and jurisprudential appreciation of Portuguese and Brazilian law. Research was divided into three parts. A current analysis of the Western family was provided, especially the Brazilian and Portuguese family, underscoring three main topics: plurality, de-statization and re-personalization of the family. Although Portuguese and Brazilian law is foregrounded on Roman law and even posterior to the evolution of the juridical and family perception, it still contemplates provisions on marital rights and duties. A detailed analysis is further

endeavored for each marital right according to legal and doctrinarian concepts, especially the sexual right. The non-compliance with the sexual right is investigated as cause for civil accountability. The latter is achieved by the identification of the presuppositions of civil responsibility and in the light of Portuguese and Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence.

KEY WORDS: Sexual Right; Moral Damage; Civil Responsibility; Portuguese Law; Brazilian Law.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DÉBITO CONYUGAL: BREVE ANÁLISIS DEL DAÑO INMATERIAL POR EL ROMPIMIENTO DEL DEBER SEXUAL EN EL DERECHO PORTUGUÉS Y BRASILEÑO

RESUMEN: Partiendo de la idea de que el deber sexual hace parte del rol de deberes conyugales, se busca investigar si su violación constituiría un ilícito civil, pasible de ser apreciado jurídicamente, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil, con el consecuente cálculo del daño y cuantificación de la respectiva indemnización al cónyuge lesionado. Así, la problemática alrededor de la situación presentada se refiere al análisis de cuatro situaciones advenidas del rompimiento del deber sexual y la eventual posibilidad del lesionado ser reparado civilmente: a) responsabilidad civil del cónyuge por la omisión del deber sexual; b) responsabilidad civil del cónyuge por infidelidad; c) responsabilidad civil del tercero por infidelidad del cónyuge; y, d) responsabilidad civil del tercero por la incapacidad sexual del cónyuge. No se pretende, pues, calcular y cuantificar indemnización civil en razón del fin del matrimonio o del ‘dejar de amar’, también estudiado como abandono afectivo, pero, sí con relación al rompimiento del deber sexual, comprendido como tal en razón de la metodología de carácter exploratorio, descriptivo y analítico, con apreciación doctrinaria, legislativa y jurisprudencial en el ámbito de los derechos Portugués y Brasileño. El trabajo se dividió en tres capítulos. Por primero, se presentan las características actuales de la familia occidental, en especial la familia portuguesa y la brasileña, destacándose tres aspectos principales: la pluralidad, la desestabilización y la (re)personalización de la familia. Una vez identificado que el Derecho Portugués y el derecho Brasileño poseen origen románica y, tras la evolución de la percepción jurídico-familiar, tales ordenamientos todavía mantienen previsión expresa frente al rol de los deberes conyugales. Se parte, por ello, al análisis minucioso de cada uno de los deberes conyugales previstos legal y doctrinariamente, destacando el deber sexual, una vez que se trata del objeto de ese estudio. Enseguida, se analiza la posibilidad del no cumplimiento del deber sexual como causa para el cálculo de la responsabilidad civil, lo que es hecho a partir de la identificación de los postulados

de la responsabilidad civil y a la luz de elementos legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales portugueses y brasileños.

PALABRAS-CLAVE: Deber-sexual; Daño Moral; Responsabilidad Civil; Derecho Portugués; Derecho Brasileño.

INTRODUÇÃO

Inobstante as transformações pelas quais a concepção familiar sofre de forma crescente ao longo da história, alguns ordenamentos ainda tomam o casamento como paradigma familiar, como é o caso do Direito Português e do Direito Brasileiro. Ainda, independentemente da visão eudemonista da família, do movimento de desestatização da família, bem como do princípio da não interferência na vida privada, o Direito de Família elenca deveres conjugais vários, como, por exemplo, o dever sexual.

Tal dever sexual costuma encontrar-se implicitamente previsto no ordenamento jurídico, supostamente oriundo do desdobramento dos deveres de fidelidade e comunhão plena de vida. Ao dever sexual de um cônjuge corresponde o direito sexual do outro, enquanto direito de personalidade.

Partindo-se do pressuposto de que o dever sexual faz parte do rol de deveres conjugais, procura-se investigar se a sua violação constituiria um ilícito civil, passível de apreciação jurídica, especialmente no âmbito da responsabilidade civil, com a consequente apuração do dano e quantificação da respectiva indenização ao cônjuge lesado. Ressalte-se que a violação pode dar-se por um dos cônjuges ou, dependendo do caso, em razão de um terceiro alheio à relação matrimonial.

Assim, a problemática em torno da situação apresentada refere-se à análise de quatro situações oriundas da quebra do dever sexual e a eventual possibilidade do lesado ser reparado civilmente: a) responsabilidade civil do cônjuge pela omissão do dever sexual; b) responsabilidade civil do cônjuge por infidelidade; c) responsabilidade civil de terceiro por infidelidade do cônjuge; e d) responsabilidade civil de terceiro pela incapacidade sexual do cônjuge.

Não se pretende, pois, apurar e quantificar indenização cível em razão do fim do casamento ou do “deixar de amar”, também estudado enquanto abandono afetivo, mas, sim, com relação à quebra do dever sexual, compreendido como tal em razão da esperada plena comunhão de vida no casamento.

Para tanto, a pesquisa contou com metodologia de caráter exploratório, descritivo e analítico, com apreciação doutrinária, legislativa e jurisprudencial no âmbito dos Direitos Português e Brasileiro.

O trabalho dividiu-se em três capítulos. Inicialmente, apresenta-se o atual retrato da família ocidental, em especial a família brasileira e a família portuguesa, destacando três aspectos principais: a pluralidade, a desestatização e a repersonalização da família. Uma vez identificado que o Direito Português e o Direito Brasileiro possuem origem romanista e, mesmo após a evolução da percepção jurídico-familiar, tais ordenamentos ainda guardam previsão expressa e mediante um rol acerca dos deveres conjugais. Parte-se, por isso, para a análise minuciosa de cada um dos deveres conjugais previstos legal e doutrinariamente, destacando-se o dever sexual, uma vez que se trata do objeto do presente estudo. Após, analisa-se a possibilidade do incumprimento do dever sexual como causa para apuração da responsabilidade civil, o que é feito a partir da identificação dos pressupostos da responsabilidade civil e à luz de elementos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais portugueses e brasileiros.

1.1 FAMÍLIA E DEVERES CONJUGAIS

A existência de vínculos afetivos é algo inerente aos seres vivos em geral. A família, enquanto formadora de laços de afeto, segundo Vicente de Faria Coelho¹, “é um fato natural”. O ser humano, em especial, estabeleceu grupos sociais que se formaram a partir dos laços familiares, ora poligâmicos, ora monogâmicos. A família pré-monogâmica surge na transição da fase média para a fase superior da barbárie.² A Grécia antiga traz a família monogâmica, mas não como “fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha a ver, já que os casamentos continuavam sendo, como antes, casamentos de conveniência.”³ A monogamia, segundo Friedrich Engels:⁴

[...] não entra de modo algum na história como uma conciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de casamento. Pelo contrário, surge sob a forma de subjugação

¹ COELHO, Vivente de Faria. **O desquite na jurisprudência dos tribunais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 15.

² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Traduzido por Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, [s.d.]. p. 68

³ *Ibidem*, [s.d.], p. 71

⁴ *Idem*

de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, em toda a pré-história:

Interessante observar o esclarecimento de Sá Pereira⁵ acerca da família como fenômeno natural e da natureza do homem frente as suas necessidades, prevalecendo seu instinto animal sobre a razão:

A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato e êste, então, se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda parte êle constitui família, dentro da lei, se é possível, fora da lei, se é necessário.

Clóvis Bevilacqua⁶ entende a família como uma criação natural, mas já assume que recebe influências sociais que irão moldá-la e aperfeiçoá-la:

A esses fatores biológicos e psíquicos se vêm aliar outros de natureza sociológica. [...] Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervém, pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade doméstica se vai, proporcionalmente, afeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escritores querem que exista a família, que assim seria um produto seródico da vida social. Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa. Sabe-se, no entanto, que a família não é resultado apenas de um fato natural, recebendo influências culturais dos povos, sendo moldada de acordo com aspectos religiosos, culturais, sociais.

Sabe-se que a instituição familiar encontra-se em constante mudança, advinda de aspectos religiosos, culturais, profissionais, sexuais, sociais. Períodos houve em que a religião configurava-se como o elemento identificador da família, que seria uma associação religiosa⁷. Ressalte-se que o Código Civil Português⁸ (CCP) vigente ainda apresenta influência religiosa – católica – manifesta, especialmente quando da equiparação e efeitos entre o casamento católico e o casamento civil.

Dessa forma, as alterações sociais modificam a concepção da família ao longo do tempo. Um exemplo claro foi a mudança da família poligâmica e poliândrica para a monogâmica e do matriarcalismo para o patriarcalismo. No que tange ao

⁵ SÁ PEREIRA apud COELHO, Vivente de Faria. *O desquite na jurisprudência dos tribunais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 18.

⁶ BEVILACQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 17.

⁷ COULANGES, Foustel. *Cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 36.

⁸ Art. 1.587º/CCP. O casamento é católico ou civil.

sistema patriarcal, sabe-se que o mesmo predominou e, até hoje, influencia a família moderna. No Direito Romano, que bastante influenciou os Direitos Português e Brasileiro, a figura do *pater familias* era a personificação do princípio do patriarcado. O poder do chefe da família, “ascendente comum vivo mais velho”⁹ era tamanho, que poderia ser analogamente comparado com o poder estatal: “A analogia é realmente profunda pela sujeição dos membros da família, a uma só soberania e jurisdição, podendo igualar-se a *manus* e *potestas* com a autoridade do rei.”¹⁰ Com o passar do tempo, “o pátrio poder se tornou dever de afeição.”¹¹

No Direito Brasileiro Moderno, Clóvis Bevilacqua¹² conceituava a família como:

[...] conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consaguineidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesiaco, o amor, que aproxima os dois sexos, em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar.

A concepção do afeto como elemento do conceito de entidade familiar tem sido responsável pelo conceito de família plural adotado pela doutrina e jurisprudência vigente em diversos Estados, notadamente no Brasil, França e em Portugal.

Outro aspecto a ser observado é a superação do modelo patriarcal pela família nuclear: cônjuges e filhos. Entretanto, as mudanças continuaram. E, hoje, tem-se entendido como entidade familiar não somente o modelo tradicional da família nuclear. A concepção familiar tem-se ampliado, uma vez que apresenta o afeto como elemento fundamental. Dessa forma, são também entidades familiares a união de fato, ou também chamada de união estável, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e a união homoafetiva. Doutrina e jurisprudência têm sido responsáveis pela regulação de outros tipos de entidades familiares que, ainda,

⁹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 4, p. 22.

¹⁰ COELHO, op. cit., 1956, 16.

¹¹ Ibidem, 1956, p. 23

¹² BEVILAQUA, op. cit., 1976, p. 17

não encontram previsão expressa no ordenamento jurídico. Uma vez que as mudanças sociais e familiares são uma constante, constata-se que os fatos sociais antecedem a regulamentação jurídica.

A família foi, portanto, “o primeiro agente socializador do ser humano.”¹³ E, por fundar-se essencialmente no afeto entre seus membros, o Direito Moderno vem se opondo à estatização do afeto, de forma que a doutrina dominante posiciona-se pela menor intervenção possível do Estado nas relações familiares. Maria Berenice Dias¹⁴ considera, inclusive, que a família “de há muito deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade”.

Tratando-se a família do primeiro agente socializador do ser humano, na qual o indivíduo deverá crescer e aprender a viver em comunidade, manifesta é a necessidade de proteção familiar e do convívio com entes familiares para a manutenção da dignidade humana. Pietro Perlingieri¹⁵ parte do conceito de família como: “[...] formação social, lugar comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”.

Não se fala em decadência da família, mas de mudança de paradigmas. O afastamento entre o público e o privado também provoca repercussões familiares. A especial proteção pelo Estado à família não afasta a relação privada entre seus membros, não podendo o Estado intervir restringindo a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos componentes das entidades familiares¹⁶. Ressalte-se, ainda, a aplicabilidade do princípio da mínima intervenção estatal como reflexo da desestatização do afeto.

A família de outrora, matrimonial, patriarcalista, hierarquizada, patrimonialista, cede espaço a uma pluralidade familiar, ou seja, diversidade de entidades familiares onde, em quaisquer delas, o indivíduo pode buscar a realização da dignidade humana. A despatrimonialização proporciona o surgimento da família como local de realização pessoal e afetiva. Entende-se lar familiar como Lugar de Afeto e Respeito – LAR¹⁷.

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

¹⁴ Idem

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 178-179.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 153.

¹⁷ DIAS, op. cit., 2007, p. 49.

Com a mudança de valores sociais, amplia-se a concepção familiar, que atualmente não corresponde a um modelo estanque, mas composta por diversidade de entidades familiares. Essa diversidade revela o caráter plural da família que, não obstante as diferenças existentes entre os variados tipos familiares, todos guardam entre si um elemento formador: o afeto.

A mudança do paradigma formador da família é um reflexo da mudança dos valores sociais e, conseqüentemente, familiares, sendo a recíproca também verdadeira, o que provoca repercussões na ordem jurídica. Nesse sentido, Gustavo Tepedino¹⁸ acredita haver:

[...] relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Além disso, ajuda a compreender que qualquer estudo sobre o tema deve pressupor a correta interpretação do momento histórico e do sistema normativo vigente. No caso brasileiro, há de se verificar, com base nos valores constitucionais, os novos contornos do direito de família, definindo-se, a partir daí, a disciplina jurídica das entidades familiares.

A família, outrossim, encontra-se em constante transformação; contudo, isso não significa dizer que estaria fadada ao fim. Tomando-a como base da sociedade, a família apenas sofre metamorfoses, alterando-se conforme os valores religiosos, culturais e sociais de um determinado tempo e espaço.

Elisabeth Roudinesco¹⁹ explica a evolução familiar, dividindo-a em três momentos: a família tradicional, a moderna e a pós-moderna.

Podemos distinguir três grandes períodos na evolução da família. Numa primeira fase, a família dita 'tradicional' serve acima de tudo para assegurar a transmissão de um patrimônio. Os casamentos são então arranjados entre os pais sem que a vida sexual e afetiva dos futuros esposos, em geral unidos em idade precoce, seja levada em conta. Nessa ótica, a célula familiar repousa em uma ordem do mundo imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino. Numa segunda fase, a família dita 'moderna' torna-se o receptáculo de uma lógica afetiva cujo modelo se impõe entre o final do século XVIII e meados do XX. Fundada no amor romântico, ela sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnis por intermédio do

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 372.

¹⁹ ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 19.

casamento. Mas valoriza também a divisão do trabalho entre os esposos, fazendo ao mesmo tempo do filho um sujeito cuja educação sua nação é encarregada de assegurar. A atribuição da autoridade torna-se então motivo de uma divisão incessante entre o Estado e os pais, de um lado, e entre os pais e as mães, de outro. Finalmente, a partir dos anos 1960, impõe-se a família dita 'contemporânea' – ou 'pós-moderna' -, que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual. A transmissão da autoridade vai se tornando então cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam.

A família tradicional caracteriza-se pelo patriarcalismo, identificando-se o pai, chefe da família, como a figura real, divina. Marcada pela autoridade do marido, mulher e filhos subordinam-se ao homem/pai. Trata-se de uma entidade formada pelo casamento, marcada pela desigualdade entre os cônjuges e os filhos. Além de hierarquizada, também é patrimonialista, tendo seus membros como força de trabalho, unidades de produção.

A mudança do papel feminino, advinda, dentre outros motivos, da sua necessária entrada no mercado de trabalho, gerou transformações significativas no ambiente familiar. A luta pela igualdade de gênero trouxe reflexos nas relações familiares, surgindo, assim, a família moderna. Diferentemente da tradicional, a família moderna se funda no amor, na vontade de ambos os nubentes de unirem-se pelo laço matrimonial. Entende como família apenas a resultante do vínculo conjugal; entretanto, já se preveem direitos e deveres para ambos os cônjuges e a possibilidade de divorciar-se.

Nesse contexto, Clóvis Bevilacqua²⁰ afirma que “os diferentes modos pelos quais se podem estabelecer as relações entre os cônjuges e os filhos determinam várias formas de família”. Logo, o reflexo dos valores da família tradicional desemboca no âmbito jurídico com a limitação da concepção familiar, admitindo-se como família apenas aquela advinda do casamento.

A família pós-moderna, por sua vez, é marcada pelo afeto e pela pluralidade. Não obstante o Estado proteja a família e implicitamente preveja o direito fundamental ao convívio familiar, o que está em voga é a desestatização do afeto. Por tratar-se a família de uma relação entre particulares, não poderia o Estado intervir, senão para garantir a prevalência de direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

²⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 3. ed. São Paulo: Red Livros, 2001. p. 31.

A pluralidade revela uma face do Estado Democrático de Direito. Para assegurar a democracia é necessário assegurar o pluralismo. Como poderia ser livre o homem se a ele somente fosse possível enquadrar-se num único modelo familiar existente? Não há, portanto, “o” modelo de família, mas relações familiares marcadas pelo afeto que poderão ser entendidas juridicamente como entidade familiar a título de merecimento de especial proteção do Estado.

Nas palavras de Hanna Arendt²¹, “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”. E, com a família, também não poderia ser diferente, razão pela qual se fala em famílias plurais, diversidade de entidades familiares.

Fala-se aqui, também, em família democrática, na qual as relações entre seus membros são regidas pela igualdade e liberdade. Não somente os pais, mas seus filhos possuem direito de participar das decisões familiares. Desaparece a hierarquia entre pais, bem como entre filhos legítimos e ilegítimos, deixando até mesmo de ser referenciada esta última expressão.

José Renato Nalini²² apresenta o quadro da família pós-moderna:

Arranjos pós-modernos salientam a tolerância de práticas que o tradicionalismo repudiaria. Ex-casais se freqüentam para visitar, assistir socorrer, infelizmente sepultar ou – o que é mais prazeroso – para festejar com os filhos comuns. Proles diversas convivem e não se estranham. Filhos aprendem a partilhar com os enteados do pai ou da mãe os seus espaços, seus pertences e seu tempo.

A filha solteira grávida já não tem de sair de casa, banida, repudiada. Pais assumem a criação dos netos e se renovam no contato com a infância. Filhos que preferem iguais já não são ignorados. Convivem diversas formas de reação. Mas a mídia investe massivamente para atenuar a indignação e a revolta. Contribuí para evidenciar que o mundo mudou e que o preconceito é crime. Respeitar as diferenças é um valor republicano. É um dever cívico do Estado democrático de direito que o Brasil perfilhou.

O valor família continua a residir em todos os discursos. Mas é uma família diferente. Múltiplas as suas conformações. Impossível concluir que uma delas seja vedada pelo ordenamento. O mundo é como é, não como cada um gostaria de que ele fosse.

²¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 16.

²² NALINI, José Renato. Ética e família na sociedade pós-moderna. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt**: a revisão do direito de família. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 399-400.

Não obstante as transformações constatadas, não se pode afirmar que as famílias tradicional e moderna não mais existem. A família pós-moderna é uma realidade a qual coexiste com diversos lares familiares onde predominam ideias mais tradicionais. Esse fato, inclusive, revela o respeito que se deve ter à esfera privada, sem, contudo, afastar a especial proteção do Estado à família, bem como valores constitucionais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Segundo Luiz Edson Fachin²³, “o corpo da família sem deixar de ser o que é, vive a paixão de ser outro. Sobrevive, pois, na razão jurídica e no espaço social, prefaciando o futuro com a afirmação de sua história em contínua reconstrução, não raro com especial valor ao afeto”.

A propósito, José Renato Nalini²⁴ entende que a família poderia ser entendida, então, como uma comunidade de amor formada por “um grupo de pessoas que se irmana, se reconhece como portadora de tradições comuns, interesses e afinidades comuns, preordenada a satisfazer a realização pessoal de cada integrante seu, até que todos atinjam a plenitude possível ao ser humano”.

Partindo-se desse pressuposto, tem-se a família contemporânea – pós-moderna – como instrumento de realização da dignidade humana. Deve o Estado, portanto, tutelar adequadamente os interesses dos membros familiares.

Destaca-se, portanto, a necessidade de existência de um ramo próprio do Direito para regular as relações familiares. De tal orientação não diverge Clóvis Bevilacqua:²⁵

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, fácil é de ver que se torna ela potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar. É um círculo dentro do qual se agitam e se movem ações e reações estimuladas por sentimentos e interesses especiais, que lhes emprestam feição suficientemente caracterizada, para exigirem classe à parte, na distribuição das matérias do direito privado.

A regulamentação do casamento, seus efeitos pessoais e econômicos, sua duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever de alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela, são os enfeix-

²³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 10.

²⁴ NALINI, op. cit., 2009, p. 414.

²⁵ BEVILAQUA, op. cit., 2001, p. 33-34.

amentos de relações principais, que se originam da família e cuja exposição pertence a esta parte do direito civil, a que se dá o título de – direito de família.

O mencionado doutrinador restringe-se basicamente à regulação das relações advindas do casamento, que seria a “regulamentação social do instinto de reprodução, trabalhada de um modo lento, através de muitas e diversíssimas vicissitudes, até a acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos.”²⁶

Em meio a um momento marcado pela pluralização e repersonalização das relações familiares – com a modificação do elemento central entre seus membros, deixando de ser o patrimônio para ser a proteção da pessoa humana, a solidariedade, o afeto e o desenvolvimento da personalidade de cada um dos entes da família –, como pode ainda o ordenamento estipular deveres entre cônjuges, os quais são aplicados subsidiariamente às uniões de fato (ou estáveis) e aos casais homoafetivos?

Tais questionamentos fazem sentido quando se constata, nas palavras de Diogo Leite Campos²⁷, que:

O casamento e a família servirão antes de mais os interesses individuais, a prossecução da felicidade de cada um, na medida em que cada um a quiser e se a quiser. O papel social da família terá como pressuposto a prossecução da felicidade, só sendo assegurado, eventualmente, como produto desta prossecução.

Inobstante a reflexão apresentada revelar o pensamento da autora no tocante ao afastamento de previsões expressas e listagem taxativa de deveres entre cônjuges, companheiros ou parceiros, faz-se necessário, ainda, a partir desse contexto histórico-jurídico, analisar os deveres conjugais e, principalmente, as consequências de seu incumprimento pelo cônjuge ou por terceiro.

2 DEVERES CONJUGAIS – CONTEÚDO E CARACTERÍSTICAS

Os países seguidores do sistema romanístico apresentam legal e expressamente os efeitos pessoais do casamento²⁸. É o caso, por exemplo, de Portugal e do Brasil.

²⁶ Idem

²⁷ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 46.

²⁸ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal*: os deveres conjugais sexuais. Portugal: Almedina, 2004. p. 31.

A existência de tais deveres e, mais ainda, sua expressa previsão legal são objeto de crítica doutrinária, notadamente em razão das relações pessoais atualmente serem “deixadas à liberdade dos cônjuges que as desenvolverão e extinguirão conforme entenderem”.²⁹

Importante ainda registrar que as relações conjugais são marcadas pela igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e direção conjunta da família. Sobre o assunto, Diogo Leite Campos³⁰ afirma que “a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges implica, naturalmente, que a direção da família pertença a ambos, devendo estes acordar sobre a orientação de vida em comum”.³¹

O CCP³² dispõe que o “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. Destaque para o objetivo de “plena comunhão de vida”, que se dará com base nos deveres conjugais, previstos no art. 1672³³ do mesmo diploma, quais sejam: respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

O Código Civil Brasileiro (CCB), por sua vez, divide o Livro de Direito de Família, especialmente no que tange ao casamento, em Direito Pessoal e Direito Patrimonial. Dentro do Direito Pessoal, prevê³⁴ que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Destaque, igualmente, para a comunhão plena de vida, que se dará com base na assunção da “condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”,

²⁹ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 47.

³⁰ Ibidem, 2010, p. 243.

³¹ Art. 226/CRFB 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.

Art. 1.567/CCB A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

Art. 36º/CRP Família, casamento e filiação.

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

Art. 1671.º/CCP (Igualdade dos cônjuges)

1. O casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. 2. A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro.

³² Art. 1.577º/CCP (Noção de casamento) Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

³³ Art. 1.672º/CCP (Deveres dos cônjuges) Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

³⁴ Art. 1.511/CCB O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

conforme dispõe o art. 1565³⁵ do referido diploma, bem como no cumprimento dos deveres conjugais, previstos no art. 1566³⁶, quais sejam: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

Uma vez que os deveres conjugais de ambos os ordenamentos se compatibilizam, serão, portanto, analisados doutrinariamente de forma conjunta. Ressalte-se, ainda, que o dever sexual, compreendido como desdobramento da comunhão plena de vida³⁷, bem como o dever de fidelidade, serão analisados oportunamente e com maior dedicação, vez que são a base do trabalho.

Ao decidir ela extensa previsão legal do rol de deveres conjugais, Diogo Leite Campos³⁸ entende que o legislador tentou “aprofundar o conceito de comunhão da vida, decompondo-a em deveres conjugais”. Tarefa meritória esta, embora os deveres conjugais para serem correctamente entendidos devam estar sempre em diálogo com o amor (em todos os seus graus de realização), ainda que este não possa ser exigido pelo Estado.

Ainda, é importante ressaltar que, apesar da suposta exigência de um núcleo intangível matrimonial, a interpretação dos deveres conjugais deve se pautar em três parâmetros jurídicos: no princípio da igualdade dos cônjuges, na proteção da personalidade e na regra do acordo em assuntos comuns.³⁹

Inobstante tal entendimento, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira⁴⁰ entendem que tais deveres são imperativos, não podendo ser excluídos convencionalmente. E dispõem ainda:

³⁵ Art. 1.565/CCB Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§1o Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome 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.

³⁶ Art. 1.566/CCB São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

³⁷ CAMPOS, op. cit., 2010.

³⁸ Ibidem, 2010, p. 252.

³⁹ PINHEIRO, op. cit., 2004, p. 744.

⁴⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. v. 1, p. 347/348

A questão de saber se a enumeração do art. 1.672º é taxativa – ou, como às vezes se diz, se ao lado dos deveres conjugais explícitos naquele preceito haverá implícitos – é às vezes posta na doutrina. A solução aformativa poderia basear-se na “plena comunhão de vida” (art. 1577º) que constitui, em síntese, o conteúdo da relação conjugal. Mas se não se vêem facilmente deveres que não se reconduzam ou que não caibam em algum dos deveres explícitos previstos no art. 1672º. Assim, o dever de sinceridade cabe no dever de respeito; o dever de cada cônjuge informar o outro sobre a sua situação patrimonial, sobretudo para lhe permitir exigir o que for devido como contribuição para os encargos da vida familiar, também poderá caber no dever de respeito ou, talvez mais apropriadamente, no de cooperação; etc.

(...) é imperativo, no sentido de que não é possível excluir convencionalmente qualquer dos deveres que ele impõe aos cônjuges. Mas a lei oferece por vezes a possibilidade de estes os cumprirem de modo diverso, de acordo com os seus interesses e conveniências. Assim, o cumprimento do dever de coabitação reveste-se de grande plasticidade (...); e o modo como deve ser cumprido por cada um dos cônjuges o dever de contribuir para os encargos da vida familiar depende do que seja acordado entre eles.

Iniciando a análise de cada um dos deveres conjugais, o dever de respeito trata-se de um dever residual, pois somente será considerado como tal os atos que se enquadrem como violação direta de qualquer outro dever legalmente mencionado⁴¹. Trata-se, ainda, de um dever com aceção negativa e positiva.

Como dever negativo, ele é, em primeiro lugar, o dever que incumbe a cada um dos cônjuges de não ofender a integridade física ou moral do outro, compreendendo-se na “integridade moral” todos os bens ou valores da personalidade (...)

Mas o dever de respeito como dever de non facere é ainda, em segundo lugar, o dever de cada um dos cônjuges não se conduzir na vida de forma indigna, desonrosa e que o faça desmerecer no conceito público. (...) O dever de respeito como dever negativo é também o dever de não praticar actos ou adoptar comportamentos que constituam “injúrias indirectas”. Se um dos cônjuges se embriaga ou se droga com frequência, ou comete um crime infamante, está a violar o seu dever de respeito ao outro cônjuge.

O dever de respeito é, porém, ainda um dever positivo. Não o dever de cada um dos cônjuges amar o outro, pois a lei não impõe nem pode impor sentimentos. O “mariage de raison” é conforme ao direito, tanto quanto o “mariage d’amour”. Mas o cônjuge que

⁴¹ COELHO; OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 349

não fala ao outro, que não mostra o mínimo interesse pela família que constituiu, que não mantém como outro qualquer comunhão espiritual, não respeita a personalidade do outro cônjuge e infringe o correspondente dever.

Acerca do dever de coabitação, comumente tratado pela doutrina como comunhão de leito, mesa e habitação, Diogo Leite Campos ressalta que:

Pode haver coabitação sem haver necessariamente a comunhão de vida que constitui a essência do casamento. Seguramente, no caso dos cônjuges se limitarem a tomar as refeições em comum e a viverem na mesma casa. Poderão estar de relações extremamente tensas, até não se falarem, mas múltiplas razões, de ordem econômica, ou a necessidade de educarem os filhos, poderá levá-los a continuarem a viver na mesma casa. Quanto à comunhão de leito, e embora em si mesma não chegue para qualificar uma situação de casamento, traduzindo-se numa comunhão de vida, o facto de os cônjuges manterem relações sexuais normais, dado o significado humano que estas assumem, pressuporá normalmente que continua a existir uma comunhão de vida pelo menos suficiente para a qualificação do estado, como estado de casado.⁴²

Sobre o dever de cooperação:

A comunhão de vida pressupõe que cada um dos cônjuges esteja permanentemente disponível para dialogar com o outro, auxiliá-lo em todos os aspectos morais e materiais da existência, colaborar na colocação dos filhos etc. Trata-se, ao lado do débito conjugal, (o nome inadequado para algo que numa comunhão de vida deve ser, e é tão espontâneo), de um dos aspectos mais difíceis de controlar de fora, de mais difícil apreciação do actual Direito de Família. O dever de cooperação é fundamental para o casamento, para a comunhão de vida em que ele se traduz, e casos extremos, se for levado a sério o actual sistema divórcio-sanção, casamentos que já não existem, por faltar a cooperação entre os cônjuges, não se poderão dissolver por falta de prova.⁴³

Ainda, o dever de cooperação “importa para os cônjuges a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram”.⁴⁴

⁴² CAMPOS, op. cit., 2010, p. 254.

⁴³ Ibidem, 2010, p. 256.

⁴⁴ COELHO; OLIVEIRA, op. cit., 2008, p. 354

Segundo Diogo Leite Campos⁴⁵ o dever de assistência, “ao contrário do dever de cooperação, tem carácter marcadamente econômico: compreende a prestação de alimentos e a contribuição para os encargos da vida familiar (artigo 1675º, I, do Código Civil)” .⁴⁶

O dever de respeito é fundamentalmente o dever de aceitar o outro cônjuge como a pessoa que ele é.

No momento em que os cônjuges se casaram, celebraram um contrato com uma certa outra pessoa, com os seus defeitos, as suas virtudes, etc. Será esta pessoa que eles terão de aceitar, de respeitar, no decurso da sua vida conjugal.

Enunciado este princípio geral, em si pouco significativo, haverá que lhe introduzir precisões.

Existe aqui uma tensão entre dois interesses. Por um lado, o interesse de cada um dos cônjuges a ser, e a continuar a ser, aquilo que era.. por outro lado, a necessidade de cada um dos cônjuges se adaptar àquilo que o outro é, ou venha a ser. Assim, cada um dos cônjuges poderá ter, e manter, as suas opções ideológicas, religiosas, a sua actividade profissional, política, social, o seu círculo de amigos, os seus hábitos pessoais, sem que o outro cônjuge deva interferir neles. Mas deverá também, de algum modo contraditoriamente, adaptar, conformar ou restringir, os seus hábitos, a sua maneira de pensar, e maneira a não ferir os sentimentos do cônjuge. A comunhão de vida, é isto mesmo: cada um dos cônjuges, sendo o que é, adapta-se àquilo que o outro é, numa interacção mútua, de maneira a passarem a constituir uma unidade, esta completa, enquanto cada uma das metades era incompleta.

Quero chamar a atenção para mais dois pontos. Um deles é o facto de a maior proximidade dos cônjuges no seio da família, levar a que cada um deles deva ser particularmente respeitoso, particularmente cuidadoso, da personalidade do outro. Na medida em que está em condições de mais facilmente ofender os seus direitos ou perturbar a realização pessoal do outro.⁴⁷

⁴⁵ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 259.

⁴⁶ Art. 1.675º/CCP (Dever de assistência)

1. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar. 2. O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges. 3. Se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal.

⁴⁷ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 261/262

2.1 DEVER SEXUAL E DIREITO DE PERSONALIDADE

Segundo Alain Supiot⁴⁸, “o Direito não é revelado por Deus nem descoberto pela ciência, é uma obra plenamente humana, da qual participam aqueles que se dedicam a estudá-lo e não podem interpretá-lo sem levar em consideração os valores por ele veiculados”. Partindo desse pressuposto, a personalidade é um valor e não um direito⁴⁹ e, segundo Gizelle Câmara Groeninga,⁵⁰ “a própria concepção da personalidade se aproxima do valor ‘Dignidade’”.

Alain Supiot⁵¹ refere-se, ainda, à ambivalência dos três atributos da humanidade: a individualidade, a subjetividade e a personalidade:

Indivíduo, cada homem é único, mas também semelhante a todos os outros; sujeito, ele é soberano, mas também e sujeitado à Lei comum; pessoa, ele é espírito, mas também matéria. Essa montagem antropológica sobreviveu à secularização das instituições ocidentais, e esses três atributos da humanidade se encontram, em sua ambivalência, no Homem das declarações dos direitos. A referência a Deus desapareceu do direito das pessoas, sem que desaparecesse a necessidade lógica de referir todo ser humano a uma Instância garante de sua identidade e que simbolizasse a proibição de tratá-lo como uma coisa.

Sendo a personalidade um valor tutelado juridicamente, há de se falar, portanto, em direitos de personalidade. Segundo Gizelle Groeninga,⁵² “são tidos como Direitos da Personalidade todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa”. Daniel Sarmiento, por sua vez, afirma:

Segundo a definição clássica, consistiriam eles, basicamente, num direito geral à abstenção, em proveito do seu titular, pelo qual todos os demais sujeitos de direito ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a sua personalidade. Estes bens, segundo a doutrina dominante, desdobrar-se-iam em dois grupos:

⁴⁸ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. xxiv.

⁴⁹ PERLINGIERI, op. cit., p. 2007, p. 154.

⁵⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito civil. Direito Patrimonial. Direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p. 655.

⁵¹ SUPIOT, op. cit., 2007, p. 15.

⁵² GROENINGA, op. cit., 2006, p. 649.

os relativos à personalidade física, como ávida, o corpo, a voz, a imagem e o cadáver, e os referentes à personalidade moral ou espiritual, como a intimidade, o nome, a reputação etc.⁵³

Uma vez entendido que os direitos de personalidade podem estar implícitos no ordenamento jurídico brasileiro, desde que seu conteúdo esteja intrinsecamente ligado à dignidade humana, é imprescindível a conceituação do direito geral de personalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta expressamente a conceituação do direito geral de personalidade, prevendo apenas no texto constitucional e em regulamentações nas leis infraconstitucionais direitos de personalidade especiais. No entanto, uma interpretação do artigo 5º, II, da Constituição da República Federal do Brasil (CRFB) de 1988⁵⁴ à luz da liberdade e da dignidade humana traduziria a existência do direito do ser humano desenvolver-se livremente enquanto pessoa, em outras palavras, direito geral de personalidade. Ressalte-se que a própria existência de direitos especiais de personalidade, espalhados na CRFB, fortalece a existência de um direito geral de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o assunto, Pietro Perlingieri⁵⁵ entende que, “uma vez que o sistema constitucional de normas invioláveis do homem é aberto, pode-se falar em cláusula geral de tutela da pessoa humana”.

Inicialmente, sobre a relação existente entre direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet afirma:

[...] situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já indiciada conexão da dignidade, não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral.⁵⁶

Acerca da classificação dos direitos de personalidade, Luis Roberto Barroso dispõe:

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 97-98.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

⁵⁵ PERLINGIERI, op. cit., 2007, p. 154-155.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 95-96.

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.⁵⁷

A família também é espaço para o desenvolvimento da personalidade, produzindo, pois, efeitos de ordem pessoal. Diogo Leite Campos entende que:

Hoje, com o abandono de importantes funções da família, sobretudo da sua função de produção econômica, e com a perda de parte do seu significado como veículo de transmissão dos bens e do estatuto social, os membros da família libertaram-se dos “interesses” desta, passando a prosseguir “livremente” os seus interesses pessoais. Nesta medida, os direitos familiares pessoais, são exercidos, não em nome dos interesses da família, mas atendendo aos interesses de cada um dos seus membros. Caracteristicamente, ao educar os filhos, ao aconselhá-los nos passos mais importantes da sua vida, os pais estão (ou devem estar) a pensar nos interesses individuais daqueles. O único objectivo será o livre desenvolvimento da sua personalidade, de acordo com os princípios éticos que regem a colectividade e com as características específicas da pessoa em causa.⁵⁸

Acerca da conjugalidade e dos seus efeitos pessoais, Silvana Maria Carbonera, entende:

Conjugalidade, na perspectiva jurídica, remete ao conteúdo dos comportamentos de cunho predominantemente pessoal da relação conjugal, que se traduz tanto nos papéis ou atribuições dos cônjuges como nos denominados deveres conjugais, explicitados em lei ou ditos implícitos. (...)

A opção pela expressão conjugalidade assenta em seu sentido plural, rico em nuances, que apontam a composição de um mosaico que é a convivência quotidiana entre os cônjuges, mediante a expressão de seus anseios e objetivos que perpassam os mais variados aspectos da relação. E o emprego da expressão cônjuges é feito em sua homenagem, pois quer apontar as pessoas que estão inseridas numa relação conjugal, independentemente do modo de constituição a ela relacionado.⁵⁹

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 1-36, 2004. p. 16.

⁵⁸ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 140.

⁵⁹ CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva da intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. 2002. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba. p. 30.

Trata-se o dever sexual de um dever conjugal, assim entendido doutrinariamente pelos Direitos Português e Brasileiro. No entanto, como falar em dever conjugal, norma imperativa e, como diz Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, pertencente ao núcleo intengível da comunhão conjugal, se a sua obrigação colide com o direito de liberdade e de personalidade, direitos fundamentais. A colisão refere-se ao “ter que” fazer sexo com outrem, ainda que seja seu cônjuge. Por essa razão é que a lei, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para afastar o estuproconjugal como conduta aceitável. Afinal, não é o fato de estar casado que se permite a um cônjuge dispor do corpo ou da própria pessoa de outro cônjuge.

O autor supramencionado opõe-se a tal pensamento, e alega:

A contestação ao dever de coabitação carnal é, porém, grande, maior do que aquela que enfrenta o dever de exclusividade sexual. As principais objeções ao seu reconhecimento baseiam-se no argumento da protecção da personalidade de cada um dos cônjuges. Neste sentido, considera-se que a defesa da liberdade individual impõe uma interpretação que exclua a sexualidade entre os cônjuges da área de intervenção do legislador civil. (...) Vários adversários da existência do dever de coabitação carnal tentam contrabalançar estes dados, invocando abertamente o direito de liberdade sexual. Todavia, aquele dever não afecta a parte essencial deste direito. A pessoa vinculada à obrigação de ter relações sexuais com o seu cônjuge continua a beneficiar da liberdade sexual negativa. O casamento restringe somente a dimensão positiva da liberdade sexual. E, por um lado, a restrição em causa é voluntária, resultando da celebração de um acto em que a vontade das partes se encontra suficientemente acautelada. (...) o dever de coabitação carnal impõe aos cônjuges apenas uma mínima comunhão sexual.⁶⁰

Ricardo Amaral,⁶¹ por sua vez, entende que o “direito à sexualidade conjugal seria um direito subjetivo de personalidade que se traduziria na faculdade ou poder de exigir do outro cônjuge um determinado comportamento positivo, ou seja, o exercício de práticas sexuais, vulgo juridicamente denominado de débito conjugal”.

⁶⁰ PINHEIRO, op. cit., 2004, p. 748/749

⁶¹ AMARAL, Ricardo José de Almeida. **O direito à sexualidade conjugal**. Verbo Jurídico: Portugal, 2006. p. 19.

2.2 DEVER SEXUAL E FIDELIDADE

É no contexto do dever de coabitação que se integra o chamado débito conjugal, ou seja, a obrigação de cada um dos cônjuges manter relações sexuais com o outro, e de não manter com um terceiro.⁶²

Para Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro o casamento possui um núcleo intangível, um mínimo a ser apreciado e respeitado, o qual se traduz no dever sexual.

Esse mínimo, o núcleo intangível do casamento, não se traduz em meras posições jurídicas típicas de quem pertence a uma organização econômica. Reflecte-se sobretudo na esfera mais pessoal das partes. Assim sendo, os deveres conjugais sexuais são fundamentais na defesa da autonomia do casamento perante outras figuras.⁶³

Segundo o mencionado autor,⁶⁴ o dever de não ter relações sexuais com terceiro, ou dever de exclusividade sexual, não sofreu impacto com a despenalização do adultério, tampouco pela descoberta e banalização dos métodos contraceptivos e exames de DNA. Também não haveria que se falar em ato atentatório à personalidade, vez que “a proibição do adultério acarreta somente a existência de um limite relativo a uma faculdade do direito à liberdade sexual, que é fruto da aquisição voluntária de um estado, pelo interessado, na sequência de um acto que integra o exercício de um direito constitucionalmente protegido.⁶⁵ O dever em apreço decorre do dever de fidelidade”.⁶⁶

No tocante ao dever de fidelidade, Diogo Leite Campo dispõe:

Os cônjuges têm obrigação de guardar mutuamente fidelidade conjugal. A violação mais grave desta obrigação, traduzida na manutenção de relações sexuais consumadas entre um dos cônjuges e terceira pessoa, tem o nome de adultério. Contudo, outras violações menos graves do dever de fidelidade, não pressupondo as relações sexuais entre o cônjuge e terceiro, também constituem violação do

⁶² CAMPOS, op. cit., 2010, p. 253.

⁶³ PINHEIRO, op. cit., 2004, p. 746.

⁶⁴ PINHEIRO, op. cit., 2004, p. 746.

⁶⁵ PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República de Portugal**. Lisboa: Parlamento, 1976. cfr. Artigo 36, n. 1, da Constituição Portuguesa.

⁶⁶ PINHEIRO, op. cit., 2004, p. 746.

dever de fidelidade, por se traduzirem numa negação da comunhão de vida em que se traduz o casamento.⁶⁷

A fidelidade alcança a esfera sexual, bem como a moral, segundo impera nas doutrinas portuguesa e brasileira. Contudo, Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro entende que a construção da infidelidade moral:

[...] é incompatível com o alcance do dever de respeito. A formulação positiva e lata do dever de fidelidade (entendido, nomeadamente, como 'compromisso recíproco de devoção'), dominante no direito italiano, dificulta ainda mais a diferenciação do dever de fidelidade, que acaba por se confundir com o dever de respeito, com o dever de assistência ou até com a generalidade dos deveres conjugais. Na valoração social, fidelidade conjugal significa somente não cometer adultério. Deste modo, há que retomar a concepção restrita, clássica, do dever de fidelidade.⁶⁸

Importante, ainda, é a diferenciação do dever do ato sexual para com o cônjuge e o dever de não praticar sexo com terceiro, enquanto o primeiro varia em razão das circunstâncias e não absorve todas as manifestações da sexualidade, o segundo proíbe sempre qualquer acto sexual entre um cônjuge e terceiro.⁶⁹

3 INCUMPRIMENTO DO DEVER SEXUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

O incumprimento do dever sexual constitui uma violação aos deveres conjugais. Questiona-se, portanto, se o simples fato do dever/direito sexual ser quebrado por um dos cônjuges geraria responsabilidade civil imaterial. Tal dúvida levará à análise do enquadramento do descumprimento do dever conjugal como um ilícito, ou à necessária aplicação do regime geral de responsabilidade, com a verificação dos seus pressupostos, para a apuração da responsabilidade civil.

Parte da doutrina entende que o dever sexual se trata de um dever conjugal e, como tal, se descumprido, enquadraria-se como ilícito civil, um dos requisitos para a apuração da responsabilidade.

⁶⁷ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 145.

⁶⁸ PINHEIRO, op. cit., 2004, p. 747.

⁶⁹ *Ibidem*, 2004, p. 749.

Ainda genericamente no tocante à admissão da responsabilidade nas relações familiares chega a questionar, inclusive, a “utilidade da solução indenizatória, para os envolvidos, além de servir apenas para piorar situação que já não é fácil”.

Importante ressaltar a teoria da garantia mais frágil acerca dos deveres conjugais:

É correcta a ideia de que a observância dos deveres familiares pessoais está tutelada por uma garantia mais frágil do que a dos deveres em geral. Esta ideia parece justa pelas seguintes razões.

Os deveres familiares pessoais (dever de respeito entre os cônjuges, dever de cooperação, etc.) não estão sujeitos à tutela mais consistente dos deveres jurídicos que é a possibilidade de o credor exigir do devedor o seu cumprimento e (ou) obter deste uma indemnização.

O cônjuge a quem o outro falte ao respeito (ou com quem o não coopere nas tarefas comuns da vida familiar, etc.) não pode dirigir-se ao tribunal para que a máquina de coacção estadual obrigue o faltoso a cumprir. Em virtude do princípio geral de que ninguém pode ser obrigado a um certo comportamento positivo; mas também pela circunstância de se tratar de deveres, de relações, de carácter tão íntimo, tão “privado, que é impossível forçar, de fora, a sua observância ou, mesmo controlá-las adequadamente.

Este carácter de “privacidade” e de intimidade leva a que não se deva atribuir ao familiar “lesado” um direito à indemnização pelo não cumprimento dos deveres do outro. Só certos casos mais graves são sindicáveis do exterior, ficando os outros impunes. E o “direito” à liberdade e à prossecução da sua felicidade que assiste a cada um dos membros da família, e que não é limitado pelo facto de se pertencer ao grupo familiar, não permite impôr a nenhum deles a observância de comportamentos não desejados, contrários aos seus interesses.

Assim, perante casos graves de incumprimento dos deveres familiares, a única possibilidade que assiste ao lesado é dissolver o vínculo, de modo a não continuar a suportar violações dos seus interesses.⁷⁰

Diogo Leite Campos afirma ainda:

As normas que “disciplinam” as relações pessoais entre os cônjuges revelam sobretudo da mera pedagogia – constituindo, realmente, no mundo do Direito, uma vez violadas, simples causas de dissolução no mundo do Direito, uma vez violadas, simples causas de dissolução do matrimônio. Um casamento bem sucedido dispensa normas jurídicas sobre as relações pessoais dos cônjuges. Um casamento em ruptura ignora-as.⁷¹

⁷⁰ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 141.

⁷¹ Ibidem, 2010, p. 242.

No Direito Português a responsabilidade civil é fonte das obrigações, prevista como tal inclusive no próprio CCP⁷² (art. 483). Conforme Sinde Monteiro,⁷³ sua função consiste na possibilitação a uma pessoa vítima de dano por outra, decidir se deseja apurar e ressarcir-se dos prejuízos sofridos. Trata-se, então, da busca pela distribuição dos danos entre responsável e vítima.

Inicialmente é importante diferenciar a responsabilidade delitual da responsabilidade objetiva. Esta, “independente de culpa, pode ter por trás de si diversos fundamentos; o risco, em sentido técnico, é apenas um”, recebendo maior importância o dano e não a culpabilidade⁷⁴. Já a responsabilidade delitual, ou subjetiva, leva em consideração a intenção do agente lesante, relacionando ilicitude e culpabilidade.

Para a configuração da responsabilidade civil, especialmente a responsabilidade delitual ou culposa, a qual interessa para o presente trabalho, alguns requisitos devem ser observados obrigatoriamente. Na doutrina portuguesa os requisitos são: fato/ato ilícito, nexo de causalidade, dano, culpa ou dolo do agente, conforme se depreende do CCP.

O CCB⁷⁵, por sua vez, também dispõe sobre o assunto, afirmando que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Da mesma forma, são requisitos para o Direito Brasileiro: ato ilícito, nexo de causalidade, dano, culpa ou dolo do agente.

O fato ilícito decorre da voluntariedade do agente em praticar de forma comissiva ou omissiva um ilícito, ato que importa “violação de um dever geral de abstenção, do dever de não ingerência na esfera de ação do titular do direito absoluto”, ou fato negativo, abstenção, omissão⁷⁶. A culpa ou dolo referem-se à imputabilidade, ou seja, o ato ilícito deve ter sido praticado com dolo ou culpa pelo agente, pessoa com discernimento e liberdade de autodeterminação. Nas palavras de João de Matos

⁷² PORTUGAL, op. cit., 1976, Art. 483º/CCP (Princípio geral)

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

⁷³ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. 2, p. 349-390, 2005. p. 349.

⁷⁴ *Ibidem*, 2005, p. 354.

⁷⁵ Art. 186 CCB. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. I. p. 527.

Antunes Varela,⁷⁷ “agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo”.

O dano, por sua vez, refere-se ao prejuízo causado ao lesado em razão do ato ilícito praticado e pode ser dano direto ou reflexo. Sobre o assunto, João de Matos Antunes Varela dispõe:

Na categoria do dano cabem não só os danos directos, que são os efeitos imediatos do facto ilícito ou a perda directa causada nos bens ou valores juridicamente tutelados, mas também os danos indirectos, que são as conseqüências mediatas ou remotas do dano directo. (...)

Dão alguns autores também o nome de danos indirectos aos prejuízos reflexamente sofridos por terceiros, titulares de relações jurídicas que são afectadas pelo dano, não na sua substância, mas na sua consistência prática.⁷⁸

O nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano refere-se à necessidade de somente ser indenizado o dano oriundo daquele fato ilícito especificamente causado pelo agente, ainda que outros danos tenham ocorrido.⁷⁹

Ressalte-se que a responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual. A primeira decorre de acordo firmado entre as partes, enquanto a segunda resulta da lei. Interessa para o presente trabalho a responsabilidade civil extracontratual subjetiva, uma vez que os deveres sexuais, oriundos do dever de coabitação, são assegurados legalmente, ainda que implicitamente, bem como a atitude do cônjuge ou do terceiro lesante pela quebra do dever sexual importará na análise e apuração da responsabilidade. Afinal, não haverá que se falar, por exemplo, em condenação de cônjuge impotente sexualmente pela quebra do dever sexual!

A análise dos pressupostos da responsabilidade civil frente às situações a serem analisadas diante da quebra do dever sexual levará à investigação pelo órgão julgador no caso concreto do seguinte:

1ª situação – responsabilidade do cônjuge pela omissão do dever sexual:

- a) A omissão/negativa do dever sexual voluntariamente por um dos cônjuges, enquanto quebra do dever sexual, configura ato ilícito?

⁷⁷ *Ibidem*, 2011, p. 562.

⁷⁸ *Ibidem*, 2011, p. 601-602.

⁷⁹ *Ibidem*, 2011, p. 617.

- b) A omissão/negativa do dever sexual voluntariamente por um dos cônjuges se deu de forma culposa ou dolosa? O cônjuge lesante é passível de ser imputado culpado?
- c) A omissão/negativa do dever sexual voluntariamente por um dos cônjuges provocou danos ao outro cônjuge?
- d) Os danos causados ao cônjuge lesado são oriundos da omissão/negativa voluntária do dever sexual pelo outro cônjuge?

2ª Situação – Responsabilidade do cônjuge pela infidelidade sexual:

- a) A infidelidade sexual voluntária por um dos cônjuges, enquanto quebra do dever sexual, configura ato ilícito?
- b) A infidelidade sexual voluntária por um dos cônjuges se deu de forma culposa ou dolosa? O cônjuge infiel é passível de ser imputado culpado?
- c) A infidelidade sexual voluntária por um dos cônjuges provocou danos ao outro cônjuge?
- d) Os danos causados ao cônjuge lesado são oriundos da infidelidade sexual voluntária pelo outro cônjuge?

3ª Situação – Responsabilidade civil de terceiro pela infidelidade sexual do cônjuge:

- a) A infidelidade sexual voluntária por um dos cônjuges, enquanto quebra do dever sexual, configura ato ilícito de terceiro cúmplice?
- b) O terceiro cúmplice de infidelidade sexual voluntária por um dos cônjuges é passível de ser imputado? O terceiro cúmplice agiu de forma culposa ou dolosa?
- c) O terceiro cúmplice de infidelidade sexual voluntária por um dos cônjuges provocou danos ao outro cônjuge?
- d) Os danos causados ao cônjuge lesado são oriundos da cumplicidade do terceiro com a infidelidade sexual voluntária pelo outro cônjuge?

4ª Situação – Responsabilidade de terceiro pela incapacidade sexual do cônjuge:

- a) A incapacidade sexual do cônjuge por ato voluntário de terceiro, enquanto quebra do dever sexual, configura ato ilícito?

- b) A incapacidade sexual do cônjuge por ato voluntário de terceiro deu-se de forma culposa ou dolosa? O terceiro é passível de ser imputado culpado?
- c) A incapacidade sexual do cônjuge por ato voluntário de terceiro provocou danos ao outro cônjuge?
- d) Os danos causados ao cônjuge lesado são oriundos da incapacidade sexual do cônjuge por ato voluntário de terceiro?

3.1 RESPONSABILIDADE DO CÔNJUGE PELA OMISSÃO DO DEVER SEXUAL

A omissão do dever sexual refere-se à negativa da prática do ato sexual entre os cônjuges. Trata-se de questão delicada, uma vez que se encontra presente o dever de respeito pela liberdade e personalidade da pessoa do cônjuge, que, antes de ser “o esposo” ou “a esposa” de alguém, é, acima de tudo, uma pessoa livre em diversos sentidos, inclusive no âmbito sexual.

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro⁸⁰ apresenta posicionamento polêmico ao defender que, ainda que não haja como obrigar a prática do ato sexual, trata-se o dever sexual de componente do núcleo intangível da comunhão conjugal, de forma que a quebra de tal dever constitui ilícito passível de separação ou divórcio, bem como de responsabilização civil.

No Processo 078085 do Tribunal de Relação de Coimbra, julgado em 1989, o cônjuge varão foi condenado a indenizar sua esposa pela omissão, ou negativa da prática do ato sexual, tendo o voto do relator Tato Marinho sido acatado por unanimidade no tocante à manutenção da condenação, e houve majoração do valor decidido por ocasião do juízo de 2º instância, tendo sido majorada a indenização de 500.000,00 escudos para 750.000,00 escudos.

No caso apresentado, a partir da análise do inteiro teor do acórdão e da necessidade de preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil para a sua observância, verifica-se: a) o ato ilícito consistiria na negativa ou omissão da prática sexual pelo cônjuge varão com a sua esposa; b) o dano de ordem imaterial diz respeito à ofensa aos direitos de personalidade, notadamente a honra, o desgosto,

⁸⁰ PINHEIRO, op. cit., 2004.

o desejo de tentar ser mãe, que provocaram sofrimento, dor e traumas; c) o nexo causal reside na correlação entre a negativa do ato sexual pelo cônjuge varão e o dano moral provocado ao cônjuge virago; d) agiu com culpa grave o cônjuge varão ao negar-se à prática do dever sexual, omitindo sua opção homossexual para o cônjuge virago.

Logo, a análise do caso concreto revelará que cada situação deve ser estudada cuidadosamente para que se verifique a legitimidade do suposto dano a ser reparado.

3.2 RESPONSABILIDADE DO CÔNJUGE PELA INFIDELIDADE SEXUAL

Tendo sido esclarecida a percepção e eventual abrangência da infidelidade sexual entre cônjuges, resta, portanto, analisar a doutrina e as decisões dos tribunais brasileiros e portugueses sobre o assunto.

Uma vez que o Direito Brasileiro vem entendendo majoritariamente pelo afastamento da culpa até mesmo para a decretação do divórcio, o qual nem mesmo, atualmente, é decretado com base em critérios objetivos, mas única e exclusivamente na vontade dos cônjuges⁸¹, os tribunais são uníssonos no afastamento da responsabilidade civil por ocasião da infidelidade, seja sexual ou não.

Isoladamente na doutrina brasileira, entende Regina Beatriz Tavares da Silva pela possibilidade de responsabilização pela quebra do dever de fidelidade,

[...] quando uma pessoa casada deixa de amar a outra, não pratica qualquer ato ilícito, porque não há o dever de amar o consorte. Se não há este dever, inexistente o direito de ser amado e, portanto, não pode existir ato ilícito.

No entanto, o dever/direito de fidelidade, como antes referido, é imposto por lei aos cônjuges e aos companheiros.

Assim, se há descumprimento do dever de fidelidade por parte de uma pessoa casada ou que viva em união estável, do qual decorra dano, que na maioria das vezes será de ordem moral, pelo sofrimento que a traição causa, haverá o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil e, por conseguinte, o direito à indenização do

⁸¹ A Emenda Constitucional nº 66/2010 expurgou do texto constitucional o prazo previsto para o requerimento do divórcio, limitando-se a prever atualmente que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (art. 226, §6º). Mediante tal reforma, a doutrina brasileira (Rolf Madaleno, Maria Berenice Ias, Paulo Luiz Netto Lôbo etc) tem compreendido majoritariamente pela exclusão do instituto da separação judicial e extrajudicial e, conseqüentemente, da culpa, e pelo afastamento dos requisitos objetivos para a decretação do divórcio.

consorte ofendido, traído na relação conjugal ou de união estável, que tem caráter monogâmico em nosso sistema social e jurídico.⁸²

Na Apelação Cível nº 70038967527, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em 24 de novembro de 2011, pelo descabimento de indenização em razão de adultério.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DESCABIMENTO. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera apenas a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte supostamente ofendida. Registro de paternidade da filha do autor como se fosse filha do réu. Circunstância que, no peculiar do caso, não indica má-fé do réu que acreditava ser a criança sua filha, pois já vinha mantendo relacionamento extraconjugal com a co-ré. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70038967527, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/11/2011).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70041984683, entendeu pela impossibilidade de responsabilização civil em razão de adultério e infidelidade, de forma que o assunto deve ser resolvido pela esfera do divórcio.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. FIM DO CASAMENTO. ADULTÉRIO. 1. O adultério, aqui reconhecido, é justa causa para o fim do relacionamento, mas não implica, ipso facto, dever de reparação pecuniária às dores que seu conhecimento gera no cônjuge traído. É evidente que a ruptura de um casamento prolongado e, de regra, com intenso relacionamento afetivo traz em si mágoas, sensação de abandono, frustração de sonhos. Estes sentimentos serão ainda mais intensos e profundos quando há adultério e, certamente agravados, no caso, pela condição de incapacidade da autora, vítima de AVC. São lamentáveis e tristes fatos da vida. Porém não ensejam a responsabilização civil quando causam o fim das relações matrimoniais. 2. Como ensina a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, somente pode ser reputado como dano moral o vexame, sofrimento ou humilhação que, de forma extrema e fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70041984683, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/07/2011)

⁸² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil no rompimento do casamento III: infidelidade**. Última Instância, 13/05/2004. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=122>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

A doutrina portuguesa, nas palavras de Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro⁸³, também corrobora o entendimento da doutrinadora brasileira. Mas ambos revelam um posicionamento que não é unísono e bastante polêmico, especialmente em razão de eventual afronta ao direito de personalidade e do afastamento da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal culposamente.

No Processo 02B4275 (16/01/2003), que teve como Relator Neves Ribeiro, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu, em segunda instância, pela manutenção da condenação da esposa por infidelidade sexual. Assim, o Supremo manteve a condenação em R\$ 1.000.000\$00 de escudos, requerida pelo cônjuge varão em sede de reconvenção em divórcio.

Em acórdão mais recente, no Processo 08A2066 (09/09/2008), que teve como Relator Fonseca Ramos, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu unanimemente pela majoração da indenização por danos materiais ao cônjuge virago, em razão da infidelidade de seu esposo, tendo sido tal indenização requerida em sede também de reconvenção em divórcio, no valor de 10.000,00 euros e, inicialmente, concedido apenas o valor de 1.250,00 euros. Por ocasião de recurso levado até o Supremo, o cônjuge virago reverteu a condenação, majorando-a para o valor de 5.000,00 euros.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO PELA INFIDELIDADE SEXUAL DO CÔNJUGE

A doutrina portuguesa, nas palavras de Diogo Leite Campo,⁸⁴ entende que os deveres conjugais pessoais são relativos, pois “vinculam pessoas certas e determinadas, não projectando os seus efeitos em relação a terceiros. Assim, se um dos cônjuges mantiver relações adulterinas com terceiro, este não será responsável para com o cônjuge ‘lesado’ ”.

Em sede de Recurso Especial (1122547), julgado em 10 de novembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro entendeu pela ausência de possibilidade de condenação do cúmplice pela infidelidade do cônjuge.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA.

⁸³ PINHEIRO, op. cit., 2004

⁸⁴ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 144.

1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.
2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.
3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.
4. Recurso especial não conhecido.

Acerca da possibilidade de responsabilização do cúmplice da infidelidade, Regina Beatriz Tavares da Silva, analisando a legislação cível brasileira, entende de forma divergente e isolada que “o cúmplice de adultério viola direito de outrem, causando-lhe danos, de modo que pratica ato ilícito, ficando obrigado a repará-los, conforme a regra geral da responsabilidade civil do art. 186 do Código Civil de 2002”.⁸⁵

Na doutrina portuguesa, também entende dessa forma Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro:

A oponibilidade erga omnes dos direitos conjugais sexuais coloca o problema da responsabilidade delitual do terceiro por interferência na relação conjugal. O “terceiro cúmplice de adultério” incorre em responsabilidade civil diante do cônjuge do seu parceiro. Ele agiu ilicitamente, por não ter respeitado dois limites extrínsecos do direito de liberdade sexual – a existência de um direito subjectivo de outrem que lhe era oponível e os bons costumes. Não se pode negar a possibilidade de preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, quanto ao terceiro, afirmando-se, nomeadamente, que na origem do acto de adultério está um problema de relacionamento entre os dois cônjuges ou a decisão do cônjuge que viola o dever de fidelidade. O terceiro é mais do que um mero objecto inanimado, arrastado, contra a sua vontade, para o acto sexual. Dada a instrumentalidade do dever que é imposto a terceiro, o elenco dos danos indemnizáveis por causa de interferência na relação conjuga não dif-

⁸⁵ SILVA, op. cit., 2004

ere daquele que foi traçado para a responsabilidade por ilícito conjugal. E numa situação de adultério, o terceiro e o cônjuge infractor respondem solidariamente.⁸⁶

3.5 RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO PELA INCAPACIDADE SEXUAL DO CÔNJUGE

Sabe-se que os deveres conjugais pessoais possuem caráter relativo, envolvendo apenas os membros da família. No entanto, segundo Diogo Leite Campos⁸⁷ há “situações em que as relações familiares se impõem a terceiros”. Um exemplo clássico ocorre quando da incapacidade sexual provocada por terceiro, culposa ou dolosamente, por ocasião de acidente, modificando a vida do acidentado e de seu cônjuge, ambos diretamente lesados.

No processo 2733/06 (8/09/2009) junto ao Supremo Tribunal de Justiça, o Relator Nuno Pedro de Melo e Vasconcelos Cameira entendeu pela manutenção da condenação à indenização do marido da vítima acidentada, entendendo que este sofrera danos diretos, e não reflexos oriundos do acidente de trânsito ou viação sofrido, recebendo acatamento integral e unânime do colegiado, nos seguintes termos:

O acórdão recorrido limitou-se a confirmar o entendimento da 1ª instância, citando alguns arestos das Relações que “vêm propugnando, contra visões passadistas, o respeito do dever de indemnizar, por equivalente, os danos reflexos da disfunção sexual da mulher que defluíram na cessação da comunhão de vida de que promana a obrigação da relação jurídica complexa do débito conjugal” (fls 503). Esta questão tem vindo a ser debatida na doutrina e na jurisprudência desde há bastante tempo, sendo certo que nos últimos anos tomou forma uma orientação que de algum modo quebrou a quase unanimidade prevalecente a respeito do assunto.

(...)

Pela nossa parte, tudo ponderado, entendemos também que nesta matéria vale em primeira linha o princípio fundamental estabelecido no artº 496º, nº 1, - o de que apenas são ressarcíveis os danos morais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. Assim, a norma do nº 2 do mesmo preceito não deve servir para condicionar e limitar o alcance (o raio de acção) daquele princípio, que somente faz apelo à gravidade do dano, independentemente do facto lesivo ter causado a morte da vítima. É certo que este texto legal não incorpora a proposta apresentada pelo Prof. Vaz Serra (BMJ 83º, pág. 108), na qual se admitia expressamente a indemnização de danos morais reflexos fora dos casos de morte do lesado. Isso, porém, não deve ser

⁸⁶ PINHEIRO, op. cit., 2004, p. 762

⁸⁷ CAMPOS, op. cit., 2010, p. 144.

tomado como a inequívoca demonstração de que o legislador quis de caso pensado conceder a satisfação dos danos morais causados a terceiros apenas e só no caso de morte da vítima. Efectivamente, não sendo conhecidos os motivos que levaram à opção final consagrada na lei, não se justifica a sobrevalorização do elemento histórico na sua interpretação, tendo em conta, designadamente, que a ponderação do elemento racional (*ratio legis*) aponta com clareza no sentido da inclusão na área de protecção da norma de situações em que não ocorreu a morte da vítima. Não se vê que este entendimento das coisas possa originar, como já se tem dito, a abertura duma tal ou qual “caixa de pandora”, geradora de incerteza máxima (e da consequente insegurança) na aplicação do direito. Na verdade, os tribunais têm que exigir sempre, em todos os casos, que os danos morais sejam graves, medindo essa gravidade por padrões objectivos mais ou menos estritos (n.º 1 do art.º 496.º); além disso, apenas estão autorizados a conceder compensação por danos não patrimoniais aos parentes do lesado identificados no n.º 2 deste artigo. Se a estas duas balizas acrescentarmos ainda a decorrente de a lei ordenar que o juiz recorra à equidade na fixação da indemnização (n.º 3 do referido art.º 496.º), logo se verifica que o perigo da insegurança jurídica fica esconjurado, a benefício duma interpretação da lei que, sendo actualista (e nessa medida conforme aos cânones estabelecidos no art.º 9.º, que manda atender, além do mais, ao pensamento legislativo e às condições específicas do tempo em que ela é aplicada), conduz sem qualquer dúvida a uma sua aplicação prática mais próxima da justiça que aos tribunais compete assegurar. Também se afigura que o facto no art.º 495.º se prever, contrariamente ao que acontece no artigo seguinte, a indenização dos terceiros aí identificados tanto no caso de morte como de lesão corporal, não significa que na estatuição do art.º 496.º se incluam apenas as situações em que ocorreu a morte da vítima e que essa tenha sido a declarada intenção do legislador. É que aquela norma disciplina a indemnização a terceiros por danos patrimoniais, cuja natureza jurídica é substancialmente diversa da indemnização por danos morais: na verdade, visa-se ali a reconstituição da situação anterior à lesão, de todo impossível quando estão em causa danos morais, uma vez que estes têm por objecto um interesse não avaliável em dinheiro; por isso é unanimemente entendido que os danos morais são tutelados pelo direito em termos compensatórios (para proporcionar ao lesado determinadas satisfações que contrabalançam as dores causadas pela lesão), enquanto que os danos materiais o são em termos indemnizatórios verdadeiros e próprios (art.ºs 562.º e sgs). Deste modo, não é de estranhar que quando esteja em causa a indemnização a terceiros o legislador defina em termos diversos quem são os titulares do direito e quais são os danos a reparar, consoante a natureza destes. No caso presente o autor pediu e viu satisfeita pelas instâncias, como já se referiu, a concessão duma reparação pelos danos morais sofridos em consequência do acidente que vitimou a autora, sua mul-

her. E cremos que, vistos os factos apurados e a interpretação dos textos legais aplicáveis que reputamos adequada, acima exposta, a decisão é de manter (note-se que a recorrente não questiona o valor da reparação arbitrada, mas sim o direito a ela). Efectivamente, não há qualquer dúvida de que a comunhão plena de vida que constitui o elemento definidor essencial do casamento, nos termos do artº 1577º, ficou profundamente alterada por virtude do acidente sofrido pela autora. Tal comunhão, segundo a lei, é constituída pelo conjunto de direitos e deveres recíprocos que vinculam os cônjuges, fixado no artº 1672º; e ante os factos relatados, designadamente, sob os nºs 32 a 37, 39 a 45, 49 a 52, 60 e 61, reveladores das sequelas físicas e psíquicas que passaram a afectar em permanência a autora, é inquestionável que a consistência prática, se assim nos podemos exprimir, dos direitos de coabitação (no qual se inclui o débito conjugal), cooperação e assistência de que o autor é titular enquanto membro da sociedade conjugal que forma com sua mulher ficou seriamente comprometida; tais direitos - todos eles - sofreram uma relevante amputação, desequilibrando em manifesto desfavor do autor os pratos da balança que integra a comunhão de vida por ambos projectada; e quando se tenha na devida conta a relativa juventude de ambos à data do acidente, em conjugação com o facto de então constituírem um casal feliz e realizado, unido pelo casamento há dezanove anos, logo se poderá concluir como assumem particular gravidade os danos morais do recorrido, justificando-se, por isso, a sua tutela jurídica no quadro do artº 496º, nº 1. Trata-se, aliás, nesta perspectiva, de danos directos – e não de danos reflexos ou causados a terceiros – por isso que atingem concomitantemente ambos os autores enquanto pessoas casadas uma com a outra.

Em Recurso ao Supremo Tribunal de Justiça Português, no processo 292/1999-09 (17/09/2009), que teve como Relator João Moreira Camilo por vencimento, decidiu-se pela improcedência da responsabilidade de terceiro, no caso a seguradora, pelo dano causado à esposa em razão da impossibilidade da comunhão conjugal plena com seu esposo, haja vista este ter sofrido sequelas irreversíveis oriundas de acidente de viação. Entendeu o Supremo nesse caso que se trata de dano reflexo e, portanto, somente podem ser reparados aqueles danos reflexos previstos legalmente, o que não seria o caso em questão. No entanto, merecido destaque merece essa decisão para o registro de que se trata de matéria ainda não pacificada e que, à medida que novos casos cheguem ao juízo, este poderá reanalisar sua posição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é importante registrar que o destaque atribuído pelo ordenamento jurídico de um Estado ao casamento enquanto entidade familiar ocasiona uma aparente hierarquização entre os diferentes tipos de entidades familiares existentes. Tal tratamento revela o caráter matrimonial e nuclear do paradigma familiar adotado pelo Direito vigente, o que é dissociado da realidade atual ocidental, especificamente portuguesa e brasileira.

Ainda, não há que se falar em deveres conjugais, mas em deveres e direitos familiares, tomando-se a solidariedade como o mais importante e, pois, o único obrigatoriamente a ser elencado juridicamente, advindo do gênero tantas espécies. Outros deveres e direitos podem ser estabelecidos em conformidade com o direito ao planejamento familiar e com a forma de convivência familiar que se adegue aos interesses dos membros da entidade e dentro de uma perspectiva eudemonista. No entanto, tomar a fidelidade ou a monogamia como deveres conjugais legalmente previstos e indisponíveis àqueles que optam pela família matrimonial significa uma manifesta intromissão estatal na esfera privada.

Assim, o ato sexual pode até mesmo ser um direito e um dever entre os entes familiares – cônjuges, companheiros, parceiros (as) –, o que dependerá única e exclusivamente da vontade e da liberdade dos envolvidos e não de uma previsão legal, que se oporia ao movimento de desestatização da família e ao princípio da não intervenção na esfera privada.

Nos ordenamentos português e brasileiro não há previsão legal expressa acerca do dever sexual enquanto dever conjugal. No entanto, a doutrina compreende o dever sexual a partir da concepção da comunhão plena de vida, da fidelidade e da monogamia.

Ainda que não haja mais a necessidade hoje de apresentar uma causa para a obtenção do divórcio ou apreciar a culpa na dissolução conjugal, como, por exemplo, no Brasil, bastando apenas a vontade de uma ou ambas as partes de não mais estar casado, o descumprimento dos deveres conjugais assumem relevância no campo da responsabilidade civil.

Entende-se que o seu incumprimento puramente não revela necessariamente um ilícito civil passível de reparabilidade, sendo necessária a prova pelo cônjuge ofendido do dano significativo acarretado.

Importante registrar que a quebra do dever e do direito sexual pode se dar por um dos cônjuges ou por terceiro, cabendo ao (à) prejudicado (a) provar o dano, o nexo causal, o ilícito e a culpa ou dolo do agente, e, ainda, no Direito português, o fato do agente. E, em sendo todos os pressupostos identificados, arcará com a indenização cabível e apurada judicialmente o inadimplente sexual e causador de dano moral.

Foram apresentadas quatro situações geradoras da quebra do dever sexual. A primeira refere-se à possibilidade de responsabilidade civil pela negativa do ato sexual por um dos cônjuges, ou seja, o ato de um cônjuge negar-se a praticar sexo com o outro gera uma responsabilidade civil? O ato sexual é livre, não havendo como utilizar-se de força coativa para o cumprimento forçado de tal obrigação. No entanto, a negativa do ato sexual e os motivos que levaram a tal abstinência podem provocar danos pessoais de ordem moral, como, por exemplo, ofensa à honra, depressão, diminuição da autoestima e tantos outros sentimentos de frustração, figurando como ofensa ao direito de personalidade, que se trata de um direito absoluto. Assim, uma vez provado o dano, há que se verificar a presença dos demais requisitos para a observância da reparabilidade civil em tal situação.

Após, a segunda situação refere-se à quebra do dever sexual em razão da infidelidade sexual. Aqui não haveria a negativa do sexo, mas a prática de relação sexual de um dos cônjuges com terceiro, podendo ser configurada pela infidelidade física, virtual ou psicológica. No mesmo sentido da primeira situação apresentada, não basta a ocorrência da infidelidade. É preciso que o dano oriundo da traição seja comprovado, juntamente com os demais elementos para a verificação da reparação civil; do contrário, motivaria apenas a dissolução do vínculo conjugal, ainda que não mais seja exigida a publicização das razões motivadoras do divórcio.

As duas últimas situações envolvem a participação de um terceiro. Seria responsável civilmente o (a) amante, enquanto terceiro alheio à relação conjugal? Seria o (a) amante culpado pela infidelidade conjugal? O dever de fidelidade é assumido pelas partes, ou seja, pelos cônjuges, os quais agem livremente. O terceiro na relação, aqui chamado de “amante”, é totalmente estranho à relação conjugal, razão pela qual não se pode ser exigida uma conduta de fidelidade deste para com o cônjuge traído. Faltaria, aqui, a ilicitude do ato praticado pelo “amante”, bem como o nexo de causalidade.

E, por fim, a situação mais clara e manifesta de responsabilidade civil de terceiro, que se refere à apuração da responsabilidade de terceiro culpado pela im-

potência ou diminuição da capacidade sexual de um dos cônjuges. Responderia civilmente este terceiro por danos imateriais para com ambos os cônjuges, os quais foram vitimados diretamente vitimados por dano imaterial.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ricardo José de Almeida. **O direito à sexualidade conjugal**. Verbo Jurídico: Portugal, 2006.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade – Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 1-36, 2004.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 3. ed. São Paulo: Red Livros, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília, DF, Senado, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2010.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. 2002. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2002.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. v.1.

COELHO, Vivente de Faria. **O desquite na jurisprudência dos tribunais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

COULANGES, Foustel. **Cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Traduzido por Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, [s.d.].

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito civil. Direito Patrimonial. Direito existencial**. São Paulo: Método, 2006, p. 645-663.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, v. 2, p. 349-390, 2005.

NALINI, José Renato. Ética e família na sociedade pós-moderna. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 385-415.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Portugal: Almedina, 2004.

PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Constituição da República de Portugal. Lisboa: Parlamento, 1976.

PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47344** de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Lisboa, 1966.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Távares da. **Responsabilidade civil no rompimento do casamento III: infidelidade**. Última Instância, 13/05/2004. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=122>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito de família**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. I.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 4.

Recebido em: 29 de maio de 2012

Aceito em: 02 de abril de 2013