XXV CONGRESSO DO CONPEDI -CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

SERGIO PEREIRA BRAGA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet - PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara - ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais - Ministro José Barroso Filho - IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF

Educação Jurídica - Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Comunicação - Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC

D598

Direito de família e sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Sergio Pereira Braga, Tereza Cristina Monteiro Mafra, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-306-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXV Encontro

Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI),

realizado na cidade de Curitiba/PR, entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016,

proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas

temáticas, em especial, aquelas controvertidas e originais, tendo por objetivo integrar e

divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização,

mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores e

as instituições de ensino superior.

Os trabalhos aprovados exploraram o papel dos atores sociais no Estado Democrático de

Direito frente à cidadania e ao desenvolvimento sustentável. Considerando a extensão do

tema, o grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, ao qual honrosamente

participamos como coordenadores da mesa, concentrou sua abordagem ao âmbito familiar e

aos reflexos jurídicos e sociais que dele refletem, como os direitos sucessórios.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões,

temas referentes à advocacia colaborativa, à reprodução humana assistida, à tutela jurídica

das famílias simultânea e poliafetiva, ao abandono afetivo, à adoção intuitu personae, ao

imposto de renda na pensão alimentícia, à liberdade de testar, à mediação familiar, à

multiparentalidade forçada, dentre outros.

Representado o maior evento de pesquisa jurídica do Brasil, o CONPEDI visa estimular a

reflexão e a quebra de paradigmas relacionados aos mais diversos assuntos entre

especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores. Para tanto, possibilita a

apresentação de artigos, de pôsteres, assim como de palestras, buscando a consolidação de

uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar

como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM e UNICESUMAR

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga - UNINOVE

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - FDMC

O DIREITO À INTIMIDADE NAS RELAÇÕES CONJUGAIS VERSUS CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO

THE RIGHT TO INTIMACY IN MARITAL RELATIONS AND THE MARRIAGE AS A CONTRACT

Olívia Caetano Salgado de Paiva

Resumo

Este trabalho teve por objeto principal analisar o direito à intimidade nas relações conjugais. Assim, foi feita uma breve explicação a respeito do direito de família no Brasil. Foi ainda apresentada a distinção entre os termos intimidade, vida privada e privacidade, bem como, as teorias que dizem respeito à proteção conferida à intimidade. Concluiu-se que é possível que cada cônjuge exerça o direito à intimidade nas relações conjugais, desde que não incorra em nenhuma das hipóteses elencadas pelo Código Civil que deem ensejo a anulação do casamento ou representem grave afronta à violação dos deveres conjugais.

Palavras-chave: Relações conjugais, Direito à intimidade, Privacidade

Abstract/Resumen/Résumé

This work was subject to analysis the right to intimacy in marital relations. Thus, it was maiden a brief explanation about family law in Brazil. It was maiden the distinction between intimacy, privacy and private life as well as the theories concerning the protection afforded to privacy. The conclusion of the article is that it is possible that each spouse exercises his right to privacy, since they do not incur in any of the cases listed by Civil Code that could rise to marriage annulment or present a grave affront to the violation of marital duties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marital relations, Right to intimacy, Privacy

1. Introdução

Contratualisticamente, apesar do casamento consistir em um ato solene e formal, a manifestação de vontade dos nubentes é livre e desimpedida, não havendo, pois, que se falar em interferência estatal quando da realização deste ato. Desta forma, depara-se com o seguinte questionamento: até que ponto o cônjuge tem direito à intimidade, ou de resguardar sua intimidade nas relações conjugais? Em que medida é possível resguardar informações não apenas das pessoas que possuem acesso ao respectivo círculo privado, mas também do outro cônjuge? São questionamentos que conflitam com os termos dispostos no Código Civil Brasileiro (CCB), artigo nº 1.511, que estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (BRASIL, 2011).

Este trabalho objetiva tratar dos direitos da personalidade nas relações conjugais, entendidas aqui como o casamento, levando-se ainda em conta a sua natureza contratualista. Oportuno destacar que dada à amplitude da discussão que envolve os direitos da personalidade, o tema será restringido ao direito à intimidade nas relações conjugais. Ademais, para fins didáticos, cabe ressaltar que esta pesquisa adotou o entendimento doutrinário de que o casamento possui natureza jurídica contratualista.

Fez-se ainda, uma breve menção a respeito da evolução histórica do casamento, bem como de sua natureza jurídica.

Por conseguinte, apresentou-se uma noção geral do direito à intimidade e a correta distinção de intimidade, privacidade e vida privada.

Em seguida, foi exposto que o ordenamento jurídico sofreu grande influência no que diz respeito às teorias desenvolvidas por Henkel e Hubmann. Entretanto, a doutrina pátria majoritária adotou a Teoria dos Círculos Concêntricos desenvolvida por Heinrich Hubmann (COSTA JÚNIOR, 2007).

Posteriormente, foi realizada uma análise a respeito de qual seria a abrangência dos direitos da personalidade nas relações conjugais, partindo do pressuposto que o casamento institui a comunhão plena de vida, assim como, as hipóteses que dão ensejo à anulação do casamento e que consistem em violação dos deveres conjugais.

O trabalho se encerra com as considerações finais e com as referências bibliográficas utilizadas durante a pesquisa.

2. O casamento como contrato

2.1 Histórico

O casamento, como hoje é conhecido, compreende basicamente na livre manifestação de vontade dos nubentes em constituir uma sociedade conjugal, na qual, ambos terão direitos e deveres matrimoniais, cabendo a ambos, o exercício do poder familiar e a tomada de decisões decorrentes da união. Entretanto, é cediço que o casamento concebido pela doutrina e jurisprudência atuais, nem sempre apresentou um viés liberal e igualitário, posto que passou por profundas e significativas mudanças ao longo dos anos.

Nestes termos, de acordo com Lobo (2010, p. 36), é possível observar, por exemplo, três grandes períodos que delimitam a evolução do direito de família no Brasil: o direito de família canônico, o direito de família laico e o direito de família solidário e igualitário.

I - do direito de família religioso ou do direito canônico, que perdurou por quase 400 anos, que abrange a colônia e o Império (1500-1889), de predomínio do modelo patriarcal;

II - do direito de família laico, instituído com o advento da República (1889) e que perdurou até a Constituição de 1988, de redução progressiva do modelo patriarcal;

III - do direito de família igualitário e solidário, instituído pela Constituição de 1988.

Durante o período religioso, o direito de família sofreu grande influência do direito canônico, sendo que o catolicismo foi adotado pela Igreja Católica como a religião oficial, de forma que esta era imposta a todos, tanto na Colônia, quanto no Império.

Até o advento do período Republicano, no ano de 1889, a Igreja Católica era responsável por realizar os casamentos. O Estado era destituído de todo e qualquer poder sobre a vida privada dos seus cidadãos. Por sua vez, o casamento civil só viria a surgir no ano de 1891, com a publicação do Decreto nº 181/1890 (LOBO, 2010).

Atualmente, apesar do casamento ainda ser um ato repleto de formalidades, este instituto passou a ser matéria submetida às normas de direito civil, de forma que existe no atual ordenamento jurídico o casamento civil e o casamento religioso, ao qual são atribuídos efeitos civis. Diante disso, verifica-se que houve também uma mudança doutrinária a respeito da natureza jurídica do casamento, conforme será analisado adiante.

2.2 Natureza Jurídica do Casamento

Atualmente, identifica-se a existência de três vertentes que versam sobre a natureza jurídica do casamento: os defensores da contratualização do casamento, os que entendem ser

o casamento uma instituição e, ainda, uma terceira corrente, que vê o casamento como um ato complexo. Não obstante a controvérsia a respeito do tema, a maior parte da doutrina e jurisprudência nacional apresenta uma tendência contratualista para o casamento, posicionamento este, adotado neste trabalho (MADALENO, 2008).

A ausência de consenso a respeito deste tema tem como principal causa o conteúdo normativo que disciplina o artigo nº 1.511 do CCB. Isto porque o dispositivo em comento estipula que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Ora, outrora, o casamento era sagrado e indissolúvel, com prevalência do exercício do poder familiar pelo marido e submissão da esposa. Uma parte significativa da doutrina convergia no sentido de que o casamento teria natureza jurídica institucional, sustentando que o casamento seria uma instituição, pois, apesar de haver a manifestação de vontade dos nubentes quando da sua celebração, a existência de normas de ordem pública que estabelecem direitos e obrigações a ambos os cônjuges, consequentemente, restringiria a autonomia da vontade dos mesmos. Tal fato ocorreria em razão da liberdade se externalizar apenas na escolha do cônjuge e do regime de bens (MADALENO, 2008).

A natureza negocial do casamento é defendida por doutrinadores que entendem que o casamento é um ato que depende única e exclusivamente da livre manifestação volitiva de vontade dos nubentes.

Os defensores da teoria de que o casamento constitui-se em um contrato sustentam que apesar deste ainda ser um ato repleto de solenidades e formalidades, os nubentes livremente e espontaneamente afirmam seu consentimento perante a autoridade celebrante.

Tem-se, portanto, que a manifestação para o casamento é um ato unilateral de vontade, não sendo passível de sofrer interferências externas ou alheias a vontade do contraente, cabendo tão somente a ele se manifestar em sentido contrário, caso assim deseje.

Coaduna com o acima exposto o Princípio da Mínima Interferência Estatal, ao passo que é possível constatar uma drástica diminuição da interferência estatal nas relações conjugais, com o consequente aumento da autonomia privada. E nesse sentido, o CCB, no art. nº 1.513, disciplina que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Por sua vez, aqueles que defendem ser o casamento um ato jurídico complexo, consideram que ele possui tanto características contratuais quanto características institucionais.

3. O direito à intimidade

3.1 Noções gerais

O direito à intimidade é tutelado como o direito à integridade psíquica e é denominado por doutrinadores pátrios como direito ao recato, ao resguardo, a vida privada (FERNANDES, 1977).

Não obstante as denominações que cada autor atribui à intimidade, insta destacar que o Código Civil não faz distinção entre privacidade e intimidade, referindo-se apenas a expressão vida privada. É ainda possível observar que, ao longo do tempo, vários doutrinadores tentaram fornecer uma adequada conceituação acerca da intimidade e da vida privada, sendo importante ressaltar que estes conceitos são flexíveis, podendo variar de acordo com a cultura, idades e tradições de uma determinada sociedade.

A intimidade consiste no direito que o indivíduo tem de preservar informações pessoais das demais pessoas, inclusive daquelas que mais lhe são próximas como, por exemplo, os amigos íntimos e os familiares. É aqui que se encontra a esfera do sigilo. A privacidade, por sua vez, pode ser conceituada como o direito que cada pessoa tem de não dividir com as demais pessoas informações ou fatos que lhe digam respeito.

Delgado (2006, p. 723) entende que dentro da expressão vida privada estão inseridas a privacidade e a intimidade, de modo que o direito à privacidade seria o gênero, e o direito à intimidade seria a espécie. Nesse sentido, preceitua o autor que:

não houve erronia do legislador, pois dentro da expressão "vida privada" estão compreendidas tanto a intimidade, que abarca segredo da vida privada dentro do recesso do lar, aquilo que é íntimo, isolado, o direito de cada um de estar só, de não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos, como também a privacidade, que corresponde ao lado externo da intimidade, o relacionamento de uma pessoa com seus familiares e amigos. O direito à privacidade deve ser considerado como gênero e o direito à intimidade, como espécie.

A vida privada é, portanto, um termo abrangente que abarca tanto as expressões privacidade quanto a intimidade. A vida privada do homem está, assim, relacionada à sua vida pessoal, que inclui sua vida familiar, sua intimidade, sua honra, seu eu interior. Diz respeito a fatos e informações que se referem tão somente ao indivíduo e as pessoas mais próximas a ele, como por exemplo, sua família. A privacidade é o direito que cada pessoa tem de manter para si e, consequentemente, controlar dos olhos e ouvidos das demais pessoas informações que lhe digam respeito (DELGADO, 2006).

De outro lado, a intimidade diz respeito a preservação do modo de ser da pessoa, e por estar inserida na esfera do segredo, ficam-lhe excluídas até os familiares e amigos mais próximos.

3.1.1 Teorias

Atualmente, há uma maior necessidade de proteção da intimidade, pois, o avanço da ciência e da tecnologia, permitiu que a sociedade passasse a ter acesso às informações de uma forma mais facilitada, o que acaba por estimular e atiçar a curiosidade das pessoas a respeito dos mais variados assuntos.

Ocorre que este amplo acesso aos acontecimentos do mundo e a outras culturas, também é responsável por propiciar uma maior facilidade ao devassamento da vida privada das pessoas. Assim, é possível constatar a existência de inúmeras teorias que possuem como principal objetivo a tutela da intimidade, de forma a evitar que esta seja violada (COSTA JÚNIOR, 2007).

3.1.1.1 Teoria dos Círculos Concêntricos de Heinrich Hubmann

O jurista alemão Heinrich Hubmann sustenta que os círculos concêntricos seriam assim divididos: esfera da intimidade, esfera do segredo e esfera privada (COSTA JÚNIOR, 2007).

A primeira esfera, denominada esfera íntima (*Intimisphare*) consistiria no âmbito da vida privada de cada indivíduo, de modo que ele possa manter-se em total segredo diante da coletividade. Dessa forma, dentro da esfera íntima é conferida à pessoa proteção absoluta, ficando esta, portanto, intocável, aos olhos e ouvidos do público e mantendo-se em total segredo diante da coletividade (SAMPAIO, 1998).

O segundo círculo concêntrico (*Geheimnisphare*) constitui a esfera secreta, sendo que, no âmago desta, estão presentes apenas aqueles que fazem parte da vida íntima do indivíduo e que conhecem seus segredos, bem como, as pessoas que com ele convivem cotidianamente (SAMPAIO, 1998).

O último círculo concêntrico (*Privatsphare*) corresponde à esfera privada, que por ser mais ampla que as outras esferas, permite o desenvolvimento da personalidade da pessoa. Desta esfera participam uma determinada quantidade de pessoas que, muito embora não sejam intimamente ligadas ao indivíduo, com ele convivem. Por essa razão, entende-se que fica

vedada a publicação de fatos, acontecimentos que dizem respeito ao indivíduo, mas que, inevitavelmente, outras pessoas têm acesso (SAMPAIO, 1998).

3.1.1.2 Teoria de Henkel

A teoria de Heinrich Henkel apresenta a seguinte divisão: esfera privada, esfera da intimidade ou esfera da confidência e esfera do segredo (COSTA JÚNIOR, 2007).

A esfera privada, em sentido amplo, compreende a esfera privada em sentido restrito, que por seu turno contempla o círculo da intimidade ou da confidência, e no cerne do círculo da intimidade encontraríamos a esfera do segredo. A esfera privada, em sentido amplo, compreenderia tudo aquilo que é de conhecimento público. Em sentido restrito, por sua vez, consistiria em todos os fatos e acontecimentos que o indivíduo não deseja que se tornem de conhecimento das demais pessoas, de forma a resguardar-se a si mesmo e a sua família (COSTA JÚNIOR, 2007).

Na esfera da intimidade ou da confidência, que estaria no bojo da esfera privada, Costa Júnior (2007, p. 30), citando Henkel, entende que:

dela participariam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o quivis ex populo, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é obvio, bem assim, determinadas pessoas, que priva, com o indivíduo num âmbito mais amplo.

Por fim, a esfera do segredo constitui tudo aquilo que o indivíduo compartilha apenas com um número restrito de pessoas, que são de sua confiança.

3.1.1.3 Teoria de Hannah Arendt

Hannah Arendt também apresentou sua contribuição para a tutela do direito à intimidade, uma vez que é possível observar em seu trabalho não tão somente a diferenciação entre o que deveria restar contido no âmbito privado e o que deveria estar contido no âmbito público, bem como, sustentou em seu artigo *Reflections of a Little Rock* que o princípio da exclusividade deveria servir de alicerce para a vida íntima. A autora (apud LAFER, 1988), sustentava que "a diferença entre o privado e o público, encarado a partir da perspectiva do privado, equivale a diferença entre aquilo que deve e pode ser mostrado - o visível - e aquilo

que deve e pode ser ocultado". Ela acreditava ser de suma importância à tutela da intimidade para satisfazer a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, em seu polêmico artigo *Reflections of a Little Rock* propôs um princípio para a vida íntima, distinto dos princípios que regem a esfera pública e a esfera do social. Este, seria o princípio da exclusividade. Neste sentido Arendt (2004, s.p.):

Na esfera da intimidade escolhem-se aqueles com que deseja se passar a vida, os amigos pessoais e aqueles a quem amamos. A escolha não é, porém, guiada pela semelhança ou por qualidades partilhadas por um grupo de pessoas, na verdade, não é guiada por nenhum padrão ou regra objetivo, mas recai inexplicável e infalivelmente numa pessoa pela sua singularidade, sua diferença de todas as outras pessoas que conhecemos.

Das ideias de Arendt (2004) extrai-se que o princípio da exclusividade tem o intuito de proteger aquilo que se refere às peculiaridades e particularidades de cada indivíduo.

Constata-se que para Arendt (apud COSTA, 2002), para que se possa falar em direito à intimidade, é necessário fazer a distinção entre a esfera pública e a esfera privada, uma vez que a intimidade tem por escopo não só excluir do conhecimento das demais pessoas tudo o que diga respeito única e exclusivamente à vida privada daquela pessoa, assim como, evitar que ocorra a difusão maliciosa de fatos que são públicos, a título ilustrativo, por meio da fofoca, de forma que esta esfera pública também merece proteção.

3.1.1.4 Teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico pátrio, a maior parte dos doutrinadores adotou a Teoria dos Círculos Concêntricos, desenvolvida por Heinrich Henkel, uma vez que a jurisprudência e doutrina nacional defendem com relação à vida privada que o direito geral da personalidade está presente em três círculos concêntricos, dos quais se desdobrariam a personalidade humana. A doutrina minoritária que tem como expoente Elimar Szaniawski adota a Teoria dos Círculos Concêntricos desenvolvida por Heinrich Hubmann.

Costa Júnior (2007) é, doutrinariamente, um dos defensores da proteção à intimidade. Conforme discutido anteriormente, a teoria por ele desenvolvida foi drasticamente influenciada por Henkel e Hubmann, especialmente pelo primeiro. O autor sustenta que o homem vive dividido em duas esferas: uma esfera individual e em uma esfera privada.

A esfera individual teria o intuito de proteger a honra do indivíduo, enquanto que a esfera privada corresponderia à tutela em face da indiscrição alheia, sendo que dentro desta

esfera se fariam presentes à intimidade e o segredo. Consequentemente, "o homem visto como indivíduo procura satisfazer o interesse por uma livre existência; enquanto copartícipe de um consórcio humano, o interesse por um livre desenvolvimento na vida de relação" (COSTA JÚNIOR, 2002, p. 23). Assim, a proteção à intimidade se faria presente na medida em que haveria nesta, a proibição de publicação a respeito de fatos da vida da pessoa. A proteção conferida ao segredo diz respeito tão somente àquelas informações que o individuo não compartilha com as demais pessoas, que dizem respeito apenas a ele.

4 O direito à intimidade nas relações conjugais

Como é cediço, o direito à intimidade visa excluir do conhecimento das demais pessoas tudo aquilo que diga respeito tão somente ao indivíduo, como, por exemplo, seus sentimentos e seus pensamentos. Ocorre que, não obstante, a proteção que se confere a intimidade, há atualmente uma necessidade constante de resguardo pessoal, na qual o homem passa a vedar o acesso mesmo das pessoas que lhe são mais íntimas a sua esfera secreta, na qual se encontra tudo aquilo que é restrito à própria pessoa. Diante disso, o questionamento que se faz, é o seguinte: até que ponto localiza-se o direito à intimidade nas relações conjugais, tendo em vista que o casamento estabelece a comunhão plena de vida?

Acredita-se ser possível a existência do direito à intimidade nas relações conjugais, desde que, quando do exercício deste, nenhum dos cônjuges incorra em violação dos deveres matrimoniais ou em hipóteses que dêem ensejo à anulação do casamento. O direito à intimidade nas relações conjugais está respaldado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que visa proteger essa necessidade de resguardo pessoal do indivíduo e na teoria do livre desenvolvimento da personalidade humana, amplamente difundida na Alemanha. (SAMPAIO, 1998).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê em seu artigo II, inciso XII que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à honra e à reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Nesta mesma linha de ideias, a teoria alemã do livre desenvolvimento da personalidade humana sustenta que este é um direito que se traduz em uma esfera própria, onde toda pessoa é, em princípio, livre nos seus atos, de modo que possa desenvolver a sua personalidade. É importante ressaltar que nenhum indivíduo ou até mesmo autoridades podem intervir nessa esfera privada, sendo que o único limite ao desenvolvimento da personalidade

diz respeito apenas à violação de direitos alheios, à ordem constitucional ou moral (SZANIAWSKI, 2005).

A teoria do livre desenvolvimento da personalidade humana encontra respaldo no art. 2°, art. 1°, da Lei Fundamental alemã que assim prevê: "Todos tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral" (COSTA, 2002, p. 291).

A respeito do tema, Ludwig (apud COSTA, 2002, p. 291) leciona:

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade advém de dois princípios fundamentais que coexistem: a liberdade e a igualdade. O artigo 2, 1, da Lei Fundamental alemã, portanto, ao mesmo tempo, que consagra o primeiro, limita-o de acordo com o segundo. De fato, o ordenamento jurídico admite "liberdades iguais" — ou seja, liberdades individuais que não restrinjam indevidamente liberdades alheias, sob pena de se tornarem atos de não-liberdade.

Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Carta Política de 1988, o princípio ao livre desenvolvimento da personalidade humana, este pode e deve ser aplicado. Tal princípio está implicitamente previsto no ordenamento jurídico nacional na medida em se entende que ele seria extraído da análise sistemática realizada entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais princípios constitucionais, tais como a liberdade e a igualdade (COSTA, 2002).

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1°, III, CR/88 apresenta-se como um dos pilares em que se funda a ordem principiológica, pois, é considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. É possível observar que este princípio é considerado uma cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana, que servirá para respaldar e para conferir uma maior efetividade aos demais princípios previstos no ordenamento jurídico, e reconhecer como fundamentais direitos, mesmo que eles não estejam explícitos no texto constitucional (COSTA, 2002).

O princípio da dignidade da pessoa humana, apresenta-se também como o princípio informador da ordem constitucional e deverá ser utilizado de forma instrumental e em concomitância com os demais princípios, de forma a integrá-los sempre que a utilização daqueles princípios de forma autônoma não se mostrar eficaz para resguardar aquele direito que se visa proteger.

In casu, o que se busca proteger é a intimidade na relação entre os cônjuges, uma vez que, ainda que casados, estes individualmente esperam concretizar a busca pela autodeterminação, pela individualidade e pela liberdade que cada um possui. E isto pode ser

alcançado pela proteção que se confere a intimidade, e pela aceitação da teoria do livre desenvolvimento da personalidade humana (COSTA, 2002).

Além do mais, a proteção conferida à intimidade, em última análise, permite o livre desenvolvimento da personalidade e da individualidade, pois, o Princípio da Mínima Interferência Estatal afastou a figura do Estado que interferia não apenas nas questões relativas à ordem pública, mas também, nas questões que envolviam os particulares. A circunstância deu lugar ao princípio da autonomia privada como princípio norteador das relações entre particulares (DIAS, 2012).

Deve-se também destacar que o fato do casamento instituir a comunhão plena de vida, baseado na igualdade de deveres e direitos dos cônjuges, não exclui o exercício do direito à intimidade nas relações conjugais, desde que nenhum dos cônjuges incorra nas hipóteses que dão ensejo a anulação do casamento ou que representem quebra dos deveres conjugais. E isto ocorre porque a comunhão plena de vida, estabelecida pelo CCB, art. nº 1.511, remete não tão somente a valores jurídicos, mas também a valores morais e éticos sociais, valores que estão fora do âmbito jurídico.

Pode-se assim dizer que da leitura do dispositivo anteriormente citado, é possível observar que estamos diante de uma cláusula geral, que deverá ser preenchida mediante o método da concreção. Na hipótese aqui versada, deverá ser levado em consideração, que a comunhão plena de vida instituída pelo casamento visa permitir o livre desenvolvimento da personalidade, por meio da realização do princípio da dignidade da pessoa humana (COSTA, 2002).

Duas pessoas serem casadas não outorga, portanto, a nenhuma delas, o direito de invadir a privacidade ou a intimidade do parceiro. "Não existe nenhum direito ao conhecimento da correspondência do cônjuge, nem mesmo para fins de controle do dever de fidelidade – controle que além de tudo, seria lesivo à dignidade pessoal". (PERLINGIERI, 2002, p. 50).

Diante do exposto, tem-se que é possível que cada cônjuge tenha o direito à intimidade quando da constância da sociedade conjugal, até mesmo para que possa desenvolver livremente sua personalidade, sua individualidade e se auto-determinar. Entretanto, no exercício do direito à intimidade, não poderá incorrer em nenhuma das hipóteses que possam dar ensejo à anulação do casamento ou que consistam em violação dos deveres conjugais.

4.1 Hipóteses que dão ensejo à anulação do casamento

É preciso observar que o artigo nº 1.550 enumera as seguintes causas de anulação do casamento: ausência de idade mínima para casar, do menor em idade núbil quando não autorizado por seu representante legal por vício de vontade, nos termos do CCB, art. nº 1.556 a nº 1.558; do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; realizado pelo mandatário sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges; por incompetência da autoridade celebrante.

Por seu turno, o artigo nº 1.556 do CCB preceitua que o casamento pode ser anulável por vício de vontade, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial sobre a pessoa do outro. O artigo nº 1.558 preceitua que o casamento será anulável em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e eminente para a vida, a saúde e a honra do cônjuge ou de seus familiares.

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 1557 enumera as hipóteses de erro essencial sobre a pessoa, quais sejam elas:

Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

- I O erro que diga respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;
- II A ignorância de crime, anterior ao casamento, que por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;
- III A ignorância anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge, ou de sua descendência,
- IV A ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

As situações elencadas no primeiro inciso dizem respeito à identidade, a honra e a boa fama. Essas situações referem-se ao contexto social em que os cônjuges encontram-se inseridos.

A honra e a boa-fama se enquadram em hipóteses muito parecidas. A honra pode dizer respeito à honra subjetiva da pessoa e a honra objetiva. Na hipótese ora versada, trata-se da honra objetiva, que nada mais é do que o juízo de valor que as demais pessoas fazem a respeito da credibilidade, da respeitabilidade de uma pessoa perante a sociedade. A honra subjetiva, por sua vez, diz respeito à consideração que a própria pessoa tem sobre ela, como ela se vê. Já a boa fama diz respeito ao modo como uma pessoa é vista pela sociedade, diz

respeito às características que, de acordo com seu perfil, a sociedade lhe atribui, por exemplo, uma pessoa séria, decente. O exemplo clássico referente à honra e boa-fama é o exemplo do marido que descobre que sua esposa aparentemente uma mulher decente e religiosa, era prostituta.

Cumpre verificar o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais a respeito do tema, conforme se extrai da leitura do voto de lavra do Exmo. Desembargador Relator Edgard Penna Amorim:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - ANULAÇÃO DE CASAMENTO - ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE - ALEGAÇÃO DE PLANO ELABORADO PELA MULHER, ANTERIOR AO CASAMENTO, COM INTUITO DE TÃO-SOMENTE CONSEGUIR, COM A CELEBRAÇÃO DAS NÚPCIAS, ADENTRAR EM PAIS ESTRANGEIRO - REFORMA DA SENTENÇA. 1 - A alegação de que a ré, anteriormente ao casamento, planejou a celebração das núpcias para tão-somente adentrar em país estrangeiro no qual reside o autor, desde que cabalmente comprovada, poderá ensejar a anulação do casamento, pois o erro essencial sobre a honra do cônjuge caracteriza motivo para tanto. 2 - Recurso provido. (Apelação n. 1.0024.05.582.322-3/001, Relator Desembargador Edgard Penna Amorim, Órgão Julgador: 8 Câmara Cível, DJ: 26/04/2007, Data da Publicação: 15/06/2007).

O problema não reside no fato do indivíduo ter se prostituído, mas sim, no engano do outro a respeito desse fato (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Em relação à identidade, esta pode ser interpretada de duas formas. Em uma primeira forma diz respeito a real identidade de uma pessoa, e da segunda, diz respeito a identidade genética da pessoa. Na primeira hipótese o outro cônjuge assume uma outra identidade, enganando assim o seu parceiro(a). A segunda hipótese diz respeito à descoberta posterior ao casamento, que seu companheiro(a) possui preferência sexual diversa ou submeteu-se a uma cirurgia de mudança de sexo, com a posterior retificação do seu registro, fato este que era desconhecido pelo outro cônjuge.

O segundo inciso trata da ignorância de um dos cônjuges de crime anterior ao casamento, que dada a sua natureza, torne insuportável a vida conjugal. A hipótese aqui tratada requer sentença penal condenatória transitada em julgado. Isto porque, deve-se sempre ser levado em consideração o princípio da presunção de inocência do acusado.

O terceiro inciso por sua vez, diz respeito à existência de defeito físico irremediável ou moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou pela herança, capaz de colocar em risco a saúde do outro cônjuge, ou de sua descendência. A moléstia grave deve ser analisada conforme o caso concreto, sendo necessário que a existência desta moléstia seja preexistente

ao casamento e que o outro cônjuge dela não tenha conhecimento (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

O defeito físico irremediável, diz respeito à impotência sexual. Entretanto, cumpre verificar que apenas a impotência *coeundi* (impossibilidade de prática das relações sexuais) é levada a efeito quando se fala em anulação do casamento. Desta forma, não se enquadra nesta hipótese a impotência *generandi* (que diz respeito à impossibilidade de ter filhos), uma vez que o casamento possui outras finalidades além da procriação (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

O último inciso do artigo nº 1.557 versa sobre a hipótese de desconhecimento em momento anterior ao casamento de doença mental grave que seja apta a tornar insuportável a vida em comum, como, por exemplo, o caso de uma pessoa que se casa e, pouco tempo depois, descobre que seu cônjuge é esquizofrênico. Talvez se a pessoa detivesse conhecimento de tal fato, antes de contrair núpcias, não teria se casado (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

É essencial que se constate a presença dos seguintes elementos para que reste configurada a figura do erro essencial sobre a pessoa: anterioridade, desconhecimento, descoberta posterior e insuportabilidade da vida em comum. Sabe-se que o regime jurídico das anulabilidades se refere a vícios de natureza privada, que devem ser invocados pela pessoa que incorreu em erro, não podendo ser invocado por quem deu causa ao mesmo, e nestas hipóteses é vedado tanto ao Juiz quanto ao Ministério Publico conhecê-las de ofício (FARIAS; ROSENVALD, 2008).

Assim, para que haja anulação, deverá ser ajuizada pelo interessado ação anulatória, e quando proferida a decisão, se procedente, esta produzirá efeitos *ex tunc* (retroativo ao status quo anterior).

No que diz respeito especificamente ao erro essencial sobre a pessoa, quando da vigência do Código Civil de 1916, adotava-se tão somente a teoria da responsabilidade, que em síntese dispunha que o erro deveria ser escusável. Assim, a pessoa que tivesse agido com erro deveria ter agido com o mínimo de diligência, naquela situação.

Atualmente, nos termos do que dispõe o CCB, art. nº 138, o ordenamento jurídico passou a adotar a Teoria da Confiança ou cognoscibilidade do erro. Ou seja, deve ser analisado o comportamento daquele que levou o agente a incorrer em erro. Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança (JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

Hodiernamente, no que diz respeito ao erro essencial sobre a pessoa, entende-se que prevalece no ordenamento tanto a teoria da Responsabilidade quanto a Teoria da Confiança. Isto porque, embora deva ser levado em consideração o comportamento da pessoa que consta do pólo passivo na ação de anulação do casamento, tem-se entendido que o erro não pode ser grosseiro. Assim, aquele que se enganou, embora tenha agido com a diligência normal esperada para aquela situação, foi enganado de tal forma, que passou a acreditar em uma falsa percepção da realidade, e caso soubesse da verdade, não teria realizado aquele negócio jurídico.

As hipóteses que dizem respeito ao erro essencial sobre a pessoa podem gerar a anulação do casamento. Entretanto, é necessária a observância dos seguintes requisitos: anterioridade, desconhecimento, descoberta posterior e insuportabilidade da vida em comum. (FARIAS; ROSENVALD, 2008).

4.2 Hipóteses de violação dos deveres conjugais

O artigo 1.566 do CCB enumera os deveres conjugais, *verbis*:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - Fidelidade recíproca;

II - Vida em comum, no domicílio conjugal;

III - Mútua assistência;

IV - Sustento, guarda e educação dos filhos;

V - Respeito e consideração mútuos.

A inobservância desses deveres gera como mera consequência lógica, a quebra dos deveres conjugais. A hipótese versada no primeiro inciso diz respeito ao dever de fidelidade. É o dever de lealdade entre os cônjuges na constância do casamento. O dever de fidelidade deve ser observado enquanto perdurar a sociedade conjugal.

Na hipótese de que trata o segundo inciso diz respeito à vida em comum no domicílio conjugal. Sua inobservância gera o que é denominado de abandono de lar. Entretanto, é importante ressaltar que a vida em comum de que trata este inciso está inserida sob a ótica da comunhão plena de vida prevista no CCB, art. nº 1.511.

Para que seja configurada a hipótese de abandono do lar, devem ser observados três elementos: elemento objetivo, elemento subjetivo e a ausência de justo motivo. O elemento objetivo diz respeito à ausência de coabitação entre os cônjuges, que demonstre a intenção dos

mesmos de pôr fim à sociedade conjugal. O elemento subjetivo diz respeito à manifestação de vontade inequívoca, livre e espontânea de dissolução do casamento.

O justo motivo ocorre quando há a existência de um motivo que dê ensejo para que um dos cônjuges se afaste do lar, sem que, contudo, possa lhe ser imputada esta hipótese de violação dos deveres conjugais. Uma das causas que dão ensejo ao justo motivo é o descumprimento reiterado de outros deveres conjugais, como por exemplo, o dever de respeito à integridade física e psíquica do outro cônjuge, e a título ilustrativo, tem-se o marido que agride a mulher. Assim, a ausência de justo motivo traduz-se na inexistência de uma causa que possa dar ensejo a esta hipótese de violação dos deveres conjugais (SILVA, 2012).

Em relação à mútua assistência, esta diz respeito à obrigação imposta aos cônjuges de sustentar a família e educar seus filhos. A violação deste dever é que faz gerar o direito a pensão alimentícia.

No que tange ao sustento, guarda e educação dos filhos, os cônjuges contribuirão para tanto, proporcionalmente aos proventos que receberem.

A última hipótese trata do respeito e consideração mútuos, de onde se extrai que ambos devem agir com respeitabilidade, cordialidade, de forma educada e polida.

5. Conclusão

Este trabalho teve o escopo de perquirir sobre a possibilidade de que cada cônjuge tem de exercer o direito à intimidade nas relações conjugais, partindo do pressuposto que o casamento possui natureza jurídica de contrato, e consequentemente, institui a comunhão plena de vida com base na igualdade de deveres e direitos entre os cônjuges.

Foi realizada uma breve análise a respeito do histórico do direito de família no Brasil, desde a época em que se constatava a existência do direito de família religioso ou canônico, até os dias atuais que, com o advento da Carta Democrática de 1988, instituiu o direito de família igualitário e solidário, ainda presente em nossa sociedade.

Foi também necessário apresentar a correta distinção entre os conceitos intimidade, vida privada e privacidade, bem como discorrer a respeito das diversas teorias que visam resguardar a intimidade, especialmente as desenvolvidas por Heinrich Hubmann e Heinrich Henkel, sendo que ambas as teorias influenciaram a doutrina pátria, embora a corrente doutrinária majoritária tenha adotado o entendimento deste último.

Ao discorrer de forma mais acurada a respeito do tema proposto, no último capítulo, concluiu-se que é possível o exercício do direito à intimidade nas relações conjugais, pois,

apesar do casamento sob a ótica da teoria contratualista estabelecer a comunhão plena de vida, este não constitui um óbice ao exercício deste direito. Isto porque, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo II, inciso XII, prevê em linhas gerais que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a honra e a reputação, sendo que toda pessoa tem direito a proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Seguindo esta mesma linha de ideias, a teoria desenvolvida na Alemanha do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana sustenta que todos terão direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem. Ainda de acordo com essa teoria, este é um direito que se traduz em uma esfera própria, onde toda pessoa é em princípio livre nos seus atos, de modo que possa desenvolver a sua personalidade. É importante ressaltar que nenhum indivíduo ou até mesmo autoridades podem intervir nessa esfera privada. O único limite ao desenvolvimento da personalidade diz respeito apenas à violação de direitos alheios, a ordem constitucional ou moral.

Embora não exista no nosso ordenamento jurídico, em especial na Constituição de 1988, o princípio ao livre desenvolvimento da personalidade humana, este pode e deve ser aplicado. Apesar do ordenamento jurídico não contemplar o princípio do livre desenvolvimento da personalidade humana, entende-se que a aplicação deste é possível, se considerar-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser analisado conjuntamente com os demais princípios do ordenamento jurídico, pois, apresenta-se como um princípio norteador dos demais princípios constitucionais e como cláusula geral.

Assim, diante do exposto, compreende-se que o direito à intimidade nas relações conjugais poderá ser exercido desde que nenhum dos cônjuges incorra em nenhuma das hipóteses previstas no Código Civil que dão ensejo a anulação do casamento ou que resultem em violação aos deveres conjugais.

Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah. **Reflexões sobre Litlle Rock**. Responsabilidade e Julgamento. São Paulo. Cia das Letras, 2004.

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

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Lex: CURIA, Roberto; WINDT, Maria Cristina Vaz dos Santos; CÈSPEDES, Lívia. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 12 ed., 2011a, 2° sem, 1911 p.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Lex: CURIA, Roberto; WINDT, Maria Cristina Vaz dos Santos; CÈSPEDES, Lívia. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 12 ed., 2011b, 2° sem, 1911 p.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só. **Tutela Penal da Intimidade**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2007.

COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2002.

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da personalidade**. Campinas: editora Romana Juridica, 1 edição, 2004.

DELGADO, Mário Luiz. **Questões controvertidas no direito de família e sucessões**. São Paulo: Método, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Teoria Geral. 7 ed.,Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito das Famílias**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ, Tércio, Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *In* Cadernos de Direito tributário e finanças públicas. v.1, 1992.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 8 ed. 1986.

HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. **Destaques do Novo Código Civil**. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/76. Acesso em 28 out. 2012 às 15h18min.

JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 12 da primeira Jornada de Direito Civil da Justiça Federal. 2012. Disponível em http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/iiijornada.pdf. Acesso em 13 out. 2012, às 17h36min.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Schwarz, 1988.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. V.7. t.II.

