

DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE: A LEALDADE EM CADA ACTO SEXUAL?

Zhang Zhihan,

Advogado Sênior, Shanghai All bright Law Office, (Xiamen) Fujian, PRC

Resumo: Com base no controle social e consenso moral, o dever conjugal de fidelidade é confirmado na legislação da maioria dos países e regiões. A lei chinesa também determina o dever conjugal de fidelidade. Na prática judicial, o sexo extraconjugal é geralmente reconhecido como a violação do dever conjugal de fidelidade. Com base nas tendências sociais, tais como a abertura das atitudes sexuais e a diversificação da moral, alguns países responderam na lei e adaptaram o dever conjugal de fidelidade e os regimes em causa. Acredito que, com base no equilíbrio entre o controle social e os direitos da liberdade individual, a regulação do sexo extraconjugal deve começar pelas ideias da contratualização da coabitação não marital e a humanização da fidelidade sexual conjugal. Para reconhecer o dever conjugal de fidelidade nos casos concretos, deve-se considerar, além dos valores morais tradicionais ou as necessidades de controle social, os motivos que fazem ocorrer a sexualidade extraconjugal, bem como o impacto produzido pelos comportamentos na ruptura do relacionamento conjugal.

Palavras-chave: Dever conjugal de fidelidade; controle social; consenso mora; direitos individuais.

1. A natureza do dever conjugal de fidelidade: a necessidade comum baseada em controle social e consenso moral

Os gregos antigos acreditavam que o casamento tinha uma dupla função: reproduzir e estabelecer uma comunhão de vida. Quando se aproximam um homem e uma mulher, a natureza implanta um forte desejo entre eles, o desejo de “ter relação sexual” e “estabelecer um casamento”. O primeiro é a tendência física e

sexual, enquanto o segundo é a tendência racional e social¹. Isto é, o casamento, desde o início, assume ambas as características de atributos naturais e de atributos sociais. A propriedade social do casamento faz ele tornar-se naturalmente objecto de regulamentação e de ajuste pela lei, assim, formando-se logicamente uma série de normas de direito familiar que regem e regulam a relação entre cônjuges, o parentesco, a afinidade e outras relações sociais. No entanto, como a propriedade natural do casamento, a sexualidade entra sempre em conflitos com o atributo social do casamento. Como refere Prof. Fei Xiaotong, “pode-se dizer que a sexualidade é um impulso desesperado e esse impulso forte é susceptível de destruir todas as identidades supervenientes e formadas pela força social”². Por outras palavras, as forças destrutivas dos impulsos sexuais vão fazer a sociedade de identidade criada pelo casamento desaparecer, tal como o que sucede com o incesto. Do ponto de vista das necessidades de controle social, gera-se a necessidade e legitimidade de incluir a sexualidade, como o tributo natural do casamento, no âmbito de regulamentação das normas de casamento. “É por isso que, desde os tempos antigos, em todas as sociedades, a sexualidade tem sido, e deve sempre ser - mesmo que possa mudar a forma - um domínio do direito muito relevante”³.

Por outro lado, tanto na sociedade oriental quanto na ocidental, existe sempre um consenso moral da corrente principal de opinião em relação à fidelidade sexual entre marido e mulher. “Baseado no céu, na terra, em *yin, yang* e na natureza, o casamento chinês é fundamento das relações humanas, à base do qual se estabelecem a família, a pátria e todos os regimes sociais”⁴. Na China antiga, onde a filosofia de Confúcio já estava integrada, o casamento era o ponto de partida de patriarcalismo (*zong fa*) e ética (*li jiao*): Primeiro há casamento, em seguida, a família, então, a estirpe; a seguir, as ordens internas das estirpes foram promovidas para a sociedade e formaram-se ordens sociais. O dever da fidelidade sexual, como o núcleo da manutenção da instituição do casamento, é indubitavelmente muito importante. Na sociedade ocidental moderna, onde os dogmas cristãos dominam, o matrimónio é um dos sacramentos religiosos, o casamento estabelecendo-se sob a testemunha do pastor, a cerimónia de casamento realizando-se na igreja, enquanto o casal jurando, um para com o outro, amor

1 Li Yinhe, *Foucault e a sexualidade: a leitura explicativa de <Histoire de la sexualité> de Foucault*, Inner Mongolia University Press, 2009, p. 200.

2 Jin Mei, *A transformação moderna do direito da família da China: de <Projecto do Direito Civil do Grande Qing - Parte da Família> para <Lei do Casamento da República Popular da China>*, Law Press, 2010, p. 21.

3 Richard Posner, *Sex and Reason*, traduzido por Suli, China University of Political Science Press, 2002, prefácio pelo tradutor, p. 5.

4 Chen Peng, *História Chinesa de Casamento*, Zhonghua Book Company, 1990, p. 16.

e fidelidade sexual.⁵ Do exposto resulta que a fidelidade sexual entre marido e mulher é sempre o consenso moral da sociedade humana ao longo dos tempos, independentemente da base ideológica da sociedade humana. Entretanto, “O bom funcionamento da ordem jurídica pressupõe que ela atinge o limite mínimo das normas de ética consideradas como vinculativas”.⁶ Por isso, com base nas necessidades objectivas de funcionamento ou execução, o consenso social formado no nível moral irá, inevitavelmente, evoluir como parte integrante da ordem jurídica.

2. O dever conjugal de fidelidade nos regimes jurídicos vigentes: uma perspectiva no âmbito do direito da China continental

É certo que, à base da consideração dos factores históricos, religiosos, morais ou de controle social, o dever conjugal de fidelidade, como a pedra angular da monogamia, já foi aceite pela generalidade dos regimes jurídicos modernos.⁷ Depois de o dever conjugal de fidelidade se ter desenvolvido de um consenso moral para um dever legal, a lógica interna da lei irá contribuir para que o dever conjugal de fidelidade evolua para um conjunto de sistemas jurídicos claros e precisos, operacionais e executáveis.

No contexto do Direito da China continental, por exemplo, o art. 4 da Lei do Casamento confirma explicitamente que “cada parte do casal deve ser fiel ao seu conjugue”⁸, enquanto a fidelidade sexual entre o marido e a mulher é considerado como

5 Jin Mei, *A transformação moderna do direito da família da China: de <Projecto do Direito Civil do Grande Qing - Parte da Família> para <Lei do Casamento da República Popular da China>*, Law Press, 2010, p. 14 e p. 17.

6 Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, traduzido por Ding Xiaochun e Wu Yue, Law Press, 2007, p. 180.

7 Por exemplo, o Artigo 213 do *Código Civil francês* afirma claramente: “Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l’éducation des enfants et préparent leur avenir.”; o Artigo 159 do *Código Civil suíço* estabelece que “Sie schulden einander Treue und Beistand (Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de fidelidade e assistência)”; o Artigo 1353 do *Código Civil alemão* confirma: “Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung. (O casamento é celebrado por toda a vida. Os cônjuges têm um dever mútuo de comunidade conjugal; eles são responsáveis para o outro.)”; Da mesma forma, o artigo 143 do *Código Civil italiano* afirma que “Dal matrimonio deriva l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione”; o Artigo 1533 do *Código Civil de Macau* prevê que: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.”; ainda segundo a lei da RAEHK, Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelo dever de lealdade. Citado em Huang Lei & Yu Laide, “Do dever conjugal de fidelidade”, in *Political Science and Law*, 6.º de 2007.

8 A natureza desta disposição ainda permanece controversa na doutrina. Alguns autores

o sentido próprio desta disposição⁹. A bigamia ou a coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro constitui a violação grave do dever conjugal de fidelidade e constitui um dos fundamentos legais para divórcio (Art. 32 da Lei do Casamento); enquanto isso, esta violação do dever constitui um facto culposo, tendo o cônjuge inocente o direito à indemnização (Art. 46 da Lei do Casamento). Embora a lei só preveja dois tipos de comportamentos sexuais extraconjugal – a bigamia e a coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro – pelos quais incorre a responsabilidade civil da indemnização, na verdade, de acordo com as decisões dos tribunais proferidas nos últimos anos, o reconhecimento da violação do dever conjugal de fidelidade já não se limitou às circunstâncias previstas no Artigo 46, mas também contém a relação de adultério entre uma pessoa casada e um terceiro, a prostituição, o sexo casual (sexo por uma noite) e outros comportamentos sexuais extraconjugais; o autor dos tais comportamentos vai ser considerado como o cônjuge culpado e será responsável pelos danos daí resultantes para o seu parceiro¹⁰. Por outras palavras, quando reconhecem o dever conjugal de

acreditam que esta disposição é apenas termo de iniciativa e não tem força obrigatória, ou seja, o dever conjugal de fidelidade é actualmente ainda um dever de ordem moral; para mais desenvolvimentos, veja Ma Yinan, “Discussão do desenvolvimento de direitos e deveres dos cônjuges no âmbito dos efeitos pessoais e o aperfeiçoamento da nossa <lei do casamento>”, in *Law Science Magazine*, 11.º de 2014. No entanto, outros autores acreditam que esta disposição significa o “dever legal entre os cônjuges”; para mais desenvolvimentos, veja Yang Lixin, *Direito da Família*, Law Press, 2013, p. 229.

- 9 Sobre o significado do dever conjugal de fidelidade, a doutrina divide-se em sentido estrito e sentido amplo; o sentido estrito do dever da fidelidade refere-se apenas à fidelidade sexual entre os cônjuges, enquanto no sentido amplo, o dever conjugal de fidelidade não se limita à fidelidade sexual mas ainda significa a proibição de abandonar o cônjuge e a proibição de prejudicar os interesses do cônjuge em benefício dos interesses do terceiro. Para mais desenvolvimentos, veja Lu Wenjie, *Estudos do regime do dever conjugal de fidelidade*, China University of Political Science Press, 2016, pp. 7-8.
- 10 Quanto à indemnização dos danos causados pela violação do dever conjugal de fidelidade, mas fora dos casos previstos de bigamia ou de coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro, existe principalmente dois caminhos na prática judicial: (1) Alguns juízes acham que os danos sofridos neste caso não está em conformidade com os requisitos previstos no Artigo 46 e por isso não aceitam os pedidos de indemnização; por exemplo, na sentença civil de segunda instância (2014) San Min Zhong Zi No. 256, o Tribunal Popular Intermediário de Sanming aponta que “ponderando as provas nos autos, não resta dúvida para afirmar que existe uma relação extraconjugal especial entre o autor e uma outra mulher e que o autor é culpado da deterioração das relações conjugais entre ele e o réu; no entanto, o critério objectivo para identificar a existência de coabitação extraconjugal com os outros é “convivência sustentada, estável e em nome de marido e mulher”, ou seja, não é suficiente para constituir a coabitação extraconjugal viver juntos, mas exige ainda o requisito das condições sustentáveis e estáveis no tempo. Olhando para os factos nos presentes autos, as provas existentes é insuficiente para provar a existência de uma vida comum sustentada e constante entre o autor e uma outra pessoa, que é dizer, o acto do autor ainda não constitui a circunstância de “coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro” prevista no Artigo 46 da Lei do Casamento, de modo que indeferimos o pedido de indemnização do réu contra o autor pelos danos sofridos no casamento”. (2) Uma prática mais universalmente aceite pelos tribunais de base e intermediários é a seguinte: para tratar dos comportamentos que violam o dever conjugal de fidelidade, decide de acordo com

fidelidade, os tribunais de base e os tribunais de segunda instância da China continental, como as organizações judiciárias que tratam os casos de casamento em primeira linha, adoptam critérios de decisão moderadamente extensos em comparação com os critérios estabelecidos na legislação actualmente vigente. Quando decidem segundo a sua convicção acerca deste tipo de causas, os juízes consideram mais de um nível moral e do aspecto da orientação social dos efeitos da decisão, enquanto consideram menos a aplicabilidade das disposições da lei; eles preocupam-se mais com os resultados objectivos da violação do dever conjugal de fidelidade, mas quase nunca perguntam quais são as causas que levaram a acontecer os casos extraconjugais, causas tais como casamento sem sexo, desarmonia sexual entre os parceiros ou apelo emocional, das quais derivam os casos extraconjugais. Pois bem, genericamente, diríamos que esta ideia judicial concorda substancialmente com o ponto de vista do casamento e ponto de vista moral da corrente principal, defendidos e promovidos pelas entidades oficiais.

3. O dever conjugal de fidelidade numa perspectiva de direito comparado: ajuste de resposta do mecanismo social no contexto de pluralismo moral

Observando o estado actual do dever conjugal de fidelidade no direito da China continental, parece que o sexo extraconjugal entre uma pessoa casada e outras é absolutamente inadmissível pela corrente principal de opinião em relação à moral e ao casamento. Este conceito desempenha um papel positivo na protecção e orientação da manutenção de toda a ordem social existente, portanto, deve ser aprovado. No entanto, devemos também ter plena consciência de que o ponto de partida lógico do regime do dever conjugal de fidelidade é para atender às necessidades de controle social ou de manutenção da ordem – essas necessidades arraigam no “colectivismo da natureza humana”, enquanto o “individualismo da natureza humana”¹¹ recebe menos atenção aqui. Isto é porque, além de não sem nenhuma contradições entre a fidelidade sexual conjugal e a liberdade sexual individual, as relações sexuais extraconjugais em qualquer momento nunca extinguiram por causa das punições legais ou morais - este facto objectivo também mostra que as relações sexuais fora do casamento têm a base de sobreviver na

as normas sobre a indemnização dos danos morais e defere os pedidos de indemnização pelos danos psíquicos. Por exemplo, na sentença civil de segunda instância (2014) Shen Zhong Fa Min Zhong Zi No. 2007, o Tribunal Popular Intermediário de Shenzhen aponta que “é certo que a parte A não cumpriu o dever conjugal de fidelidade e trouxe indubitavelmente danos à parte B, por isso, incumbe à parte A compensar os danos sofridos da parte B. O tribunal recorrido condenou a parte A na indemnização de ¥ 30,000. Este julgamento não encontra inadequado e deve ser suportado.” As sentenças citadas estão disponíveis em: <http://wenshu.court.gov.cn>.

11 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, traduzido por Deng Zhenglai, China University of Political Science Press, 2007, p. 7.

realidade. É verdade que este solo na realidade inclui a ganância sexual que deve ser controlada pelo raciocínio, mas também contém a liberdade sexual que necessita de ser racionalmente liberada. Assim, se, antes de identificar ou demonstrar os limites razoáveis da liberdade sexual, a desconsiderar ou ignorar na constituição da teoria do dever conjugal de fidelidade, mau efeito será produzido, que é dizer, o juiz no exercício de poder decisório no caso concreto é susceptível de ignorar os factores de personalidade individual, como assim, irá resultar em injustiça significativa na última preocupação com o caso concreto.

3.1 O pluralismo moral trazido pela mudança do conceito de sexualidade

Há um velho ditado que diz: “A busca de alimentos e a busca de relações relações homem-mulher são os dois desejos humanos mais básicos”. O sexo é sempre uma das necessidades humanas instintivas. No entanto, o sexo não se transformou de um tabu para uma coisa secular até o Séc. XX. Após a Segunda Guerra Mundial, com os desenvolvimentos de medicina, psicologia e sociologia, a sexualidade tornou-se o objecto da investigação científica. Especialmente na década de 1960, nos Estados Unidos e os países europeus, estoirou um movimento de libertação sexual com “sexo livre” como o slogan. Mesmo esta campanha tendo trazido vários tipos de problemas sociais, tais como questões de educação e de desenvolvimento das crianças das famílias monoparentais, o surgimento da sida, etc., esta revolução sexual também contribuiu para o sexo se livrar dos grilhões religiosos e voltar de um tabu para uma coisa ordinária, enquanto as pessoas começaram a conseguir enfrentar a sua busca legítima de prazer sexual. Enquanto isso, a revolução sexual também levou objectivamente mudanças das atitudes sexuais das pessoas: as pessoas começaram a aceitar o controle da natalidade, aborto, sexo antes do casamento, a coabitação não conjugal, divórcio, homossexualidade e outros conceitos ou comportamentos sexuais; os assuntos extrajudiciais, embora ainda não sejam socialmente promovidos, começaram a ter uma figura neutra por causa da tolerância legal¹².

Esta mudança de atitudes sexuais, apesar de não subverter a corrente principal de opinião em relação à ética moral familiar, resultou seriamente no enfraquecimento dos elementos de moral no relacionamento conjugal: pelo menos, dos comportamentos que violam a ética moral do casamento, as pessoas começam a ter um novo ângulo de pensar racionalmente, em vez de condenar cegamente. No Relatório Kinsey apresenta-se que “a sociedade tenta controlar as actividades sexuais através do casamento mas nunca consegue sucesso completo. Desde que uma pessoa esteja numa situação cheia de estimulação sexual, especialmente quando houver

12 Zhang Hong, *De um tabu para se liberar: a evolução de atitudes sexuais ocidentais no Séc XX*, Chongqing Publishing House, 2006, p. 182 e p. 210.

factores românticos e factores de segurança elevados, ela terá sempre reacções sexuais e envolverá sempre em actividades sexuais”¹³. Neste caso, é pouco provável que seja sujeito a uma condenação moral. Alguns autores acreditam que “no começo do Séc XXI, as pessoas começaram a ser mais racionais em face das alterações introduzidas na sociedade ocidental pelo movimento de libertação sexual e tentaram gradualmente compreendê-las com uma atitude mais tolerante. As pessoas pensam que tudo o que aconteceu não é inteiramente por causa da corrupção de moral, mas é por causa da mudança de conceito moral; também não é a mudança de família, mas é a mudança da forma de família”¹⁴. Para além disso, o pluralismo de conceito moral também contribui objectivamente para a mudança do regime do casamento - a pedra angular da estrutura social -, que originalmente estava na posição de consenso moral.

3.2 O ajuste de resposta do mecanismo social no contexto de pluralismo moral

As mudanças sociais trazidas pela libertação sexual para a sociedade ocidental podem ser descritas como sem precedentes: a taxa de casamento e a taxa de fertilidade diminuíram dramaticamente, enquanto o número de coabitação pré-marital e de divórcio está em ascensão; comportamentos e conceitos tais como a doutrina de celibato, famílias monoparentais, famílias Dink e contratos de coabitação estão a gradualmente aumentar; a homossexualidade é considerada como um comportamento pessoal sem relevância moral; os assuntos extrajudiciais, embora ainda não sejam permitidos pela lei, existem em algumas ocasiões fechadas; o reconhecimento da importância do casamento é ainda corrente principal de opinião, mas já está gradualmente a enfraquecer. Estas mudanças no comportamento reflectem que os indivíduos da sociedade moderna estão cada vez mais preocupados com a sua auto-satisfação individual na sua vida privada. Enfrentando a relação tensa entre o regime tradicional de monogamia e a liberdade individual da orientação sexual, a liberdade da demanda sexual, a liberdade reprodutiva, a liberdade da diversidade de experiências sexuais, as pessoas fazem uma opção realista de evitar o casamento. O sociólogo francês Alain Touraine refere essa mudança como “de-casamento”: o casamento não é mais a representação pública do ideal da sociedade, mas é um assunto privado.¹⁵

Esta mudança social também contribuiu para a mudança na lei. Na França, a lei começa a reconhecer duas novas formas fora do casamento, das quais duas pessoas vivem juntas e organizam uma vida comum: uma é concubinato (*concubinage*), a outra é pacto civil de solidariedade (*pacte civile de solidarite, pacs*), que é uma comunhão

13 Alfred Charles Kinsey, *Kinsey Reports*, traduzido por Pan Suiming, China Youth Press, 2013, p. 81.

14 Zhang Hong, *De um tabu para se liberar: a evolução de atitudes sexuais ocidentais no século 20*, Chongqing Publishing House, 2006, p. 216.

15 John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, traduzido por Shi Lei, Law Press, 2015, p. 29.

de habitação onde os direitos e deveres que reciprocamente vinculam as partes são decididos por forma de contratos civis¹⁶. Nos Estados Unidos, disposições legais sobre a punição do adultério ainda estão preservadas nos Códigos de uma pequena maioria dos Estados, mas raramente implementadas¹⁷. Na prática judicial, até há opinião de que já não é de interesse do poder público para imputar a pessoa casada que tem relações sexuais naturais e espontâneas com as outras¹⁸. Na Suíça, o Artigo 159 do *Código Civil suíço* estabelece ainda que “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de fidelidade e assistência”, enquanto as disposições sobre o adultério e a indemnização pelo culpado já foram revogadas. Autor britânico John Eekelaar aponta a razão que acha desta mudança: a legislação velha tentou recompensar os comportamentos conformes a certa estrutura social e punir os comportamentos desviados desta estrutura social, e por conseguinte, manter ou até mesmo criar um tipo certo de estrutura social; enquanto a lei actual se vira para resolver os problemas pessoais com base na individuação ou apenas os gerenciar¹⁹.

A partir das observações acima é genericamente possível argumentar que o liberalismo pessoal desperta a consciência dos direitos sexuais, porém, é difícil para o regime de casamento com base na monogamia para resolver as relações tensas entre as necessidades da vida privada trazidas pela autoconsciência individual e o regime de casamento; portanto, a lei teve de fazer as adaptações necessárias, enquanto o ponto de partida das decisões dos tribunais também teve de mudar do controle social ou da manutenção da ordem para a resolução personalizada dos problemas.

4. A direcção de desenvolvimento do dever conjugal de fidelidade: a contratualização da coabitação não marital e a humanização da fidelidade sexual conjugal

Quanto à relação entre o instinto sexual humano e a civilização humana, Freud acredita que a história da civilização humana da sexualidade é a história de repressão da pessoalidade e que os instintos ficam opostos à civilização, enquanto a história do desenvolvimento da sexualidade é um processo da liberdade à repressão. A repressão sexual é o preço que os humanos tinham de pagar para

16 Xie Xiao, “As tendências de desenvolvimento do dever de fidelidade na França: contratualização?”, in *Social Sciences in Ningxia*, 3.º de 2005, No. 130.

17 Richard Posner, *Sex and Reason*, traduzido por Suli, China University of Political Science Press, 2002, p. 347.

18 Lin Hsiu-Hsiung, *Estudos do Direito da Casamento e da família*, China University of Political Science Press, 2001, pp. 168-170.

19 John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, traduzido por Shi Lei, Law Press, 2015, p. 28.

obterem a civilização. No entanto, sobre o mesmo assunto, Marcuse acredita que numa sociedade e tempo com a escassez de recursos, as pessoas tinham de pagar para a civilização e ser reprimidas, porém, numa sociedade e tempo de época de abundância e prosperidade, o conflito entre os instintos humanos e a civilização vai ser superado e o amor e desejo serão libertados²⁰. Do ponto de vista da evolução da sociedade de hoje, gostaríamos de dizer que as opiniões de Marcuse parecem mais convincentes. A relação tensa entre a liberdade sexual individual e o regime da monogamia caracteriza-se pelas relações tensas entre o instinto e a civilização, entre a humanidade e a moralidade, entre a liberdade individual e o controle social, entre a liberdade e a ordem; no entanto, no processo de mudança social, esta tensão já está a ser lenta e gradualmente ajustada e aliviada. De notar que este processo de mudança social não se limita a sociedade ocidental, mas também ocorre na China, onde uma série de valores pluralistas sociais está gradualmente a tomar forma e a autoconsciência dos direitos individuais está a despertar; ao mesmo tempo, as pessoas começam a concentrar-se gradualmente na manifestação da personalidade e a satisfação própria, designadamente para a geração de jovens nascidos nos anos 1990s e 2000s, que está a experimentar o baptismo da cultura da liberdade individual.

No entanto, quer na sociedade chinesa quer na sociedade ocidental, este ajustamento e amortecimento espontâneo ainda precisam de que os mecanismos sociais fazerem adaptações em resposta, de maneira que a tensão dos conflitos sempre se mantenha num escopo adequado e que se mantenha o equilíbrio entre a liberdade individual e os requisitos de controle social, evitando que “a moral da geração da sociedade está cada vez pior”. Quanto às respostas do mecanismo social, a solução mais simples será adaptar adequadamente a aplicação do dever conjugal de fidelidade na legislação ou na prática judicial.

4.1 A contratualização da coabitação não marital

Posner na sua obra “Sex and Reason” aponta que, desde que os comportamentos sexuais extraconjugais não constitua nenhuns escrúpulos religiosos fortes, é difícil encontrar apoios a resistir ao movimento do status para o contrato – um movimento que parece incongruente com o século que vivemos. Nos países escandinavos, já está muito bem desenvolvida a relação contratual de coabitação em alternativa ao casamento. Formalizada esta forma de convivência, com a conveniência de procedimentos de divórcio e com o término de diminuir os direitos dos filhos “ilegítimos”, o casamento já tem, em grande medida, a natureza do contrato. Se o casamento dar lugar aos arranjos puramente contratuais com o objectivo de realizar actividades sexuais e reprodutivas, então, podemos esperar alguns sistemas semelhantes a este surgirem na nossa sociedade. A maior invasão

20 Li Yinhe, *Sentimentos e sexo das mulheres chinesas*, Inner Mongolia University Press, 2009, p. 321.

do casamento formal pela liberdade contratual, é mais difícil para a sociedade a não admitir na lei as relações voluntárias mas de formas incomuns, incluindo as relações sexuais com base na poligamia e na homossexualidade. Apenas eles não vão ser considerados como casamentos²¹.

Sobre o assunto do regulamento dos comportamentos sexuais extraconjugais, Posner propôs uma nova abordagem de pensamento, isto é, é praticamente impossível de desarraigar o fenómeno de sexo extraconjugal, mas podemos criar separadamente uma instituição semelhante ao regime do casamento, de modo a se livrar dos grilhões morais e legais nas relações conjugais. A chamada “instituição semelhante ao regime do casamento” é um regime de coabitação, fora do casamento, estabelecido pelos legisladores, que funciona através de um contrato. As referidas comunhões de habitação na lei francesa, por forma de *concubinage* ou *pacte civil de solidarite*, são produtos específicos deste conceito.

4.2 A humanização da fidelidade sexual conjugal

Na verdade, segundo o quadro legislativo actual da China, nem todas as violações do dever conjugal de fidelidade são praticamente incluídas no âmbito da avaliação legal; apenas os factos da bigamia ou da coabitação que violam seriamente o dever de fidelidade – nem mesmo fixar disposições diversas –, constituem causas culposas da ruptura do casamento ou fundamentos da indemnização por danos e são classificados no âmbito da avaliação legal. Por outras palavras, os legisladores tinham, na verdade, uma análise completa e limite entre a ética e a lei na lei do casamento. No entanto, devido às necessidades de promover a mobilidade social e orientar a opinião pública, os juízes têm de considerar mais. É verdade que, com a diversificação da vida social, o pluralismo moral e até mesmo o surgimento da diversificação das estruturas familiares, devemos não apenas manter firmemente a monogamia ou a ordem moral tradicional, mas também examinar ou prestar atenção às dimensões razoáveis dos direitos individuais da liberdade sexual; além disso, devemos ainda fazer reflexões racionais sobre as causas do sexo extraconjugal, bem como o grau de influência, nos casos concretos, do sexo extraconjugal sobre a continuação ou ruptura do casamento.

4.2.1 Preste atenção à influência sobre o casamento da constituição física humana

A desarmonia sexual entre os cônjuges é uma razão importante para se divorciar. A desarmonia sexual reflecte-se principalmente como a seguir: as diferenças na orientação sexual ou atitudes sexuais entre os cônjuges trazem a incompatibilidade

21 Richard Posner, *Sex and Reason*, traduzido por Suli, China University of Political Science Press, 2002, pp. 353-354.

no grau de prazer sexual; as diferenças no desejo sexual entre o casal causam a desarmonia da vida sexual, tal como quando uma parte tenha um desejo sexual fisiológico mais intenso mas o seu parceiro seja relativamente frio. Esses factores resultantes em desarmonia sexual são todos susceptíveis de representar um desafio para a guarda do dever conjugal de fidelidade. Especialmente no caso do casamento sem sexo quando uma parte do casal ficar a padecer de disfunção sexual - isso pode ser porque não se conheciam a perturbação fisiológica do seu parceiro porque influenciados pelos conceitos tradicionais não tiveram sexo antes do casamento, mas também pode ser por causa das mudanças objectivas aparecidas após o casamento, tal como a disfunção sexual de uma parte resultante do aumento da idade ou da fadiga de longo prazo -, a disfunção sexual de uma parte e a necessidade razoável de liberar o desejo sexual da outra parte entram praticamente em conflito. Na verdade, a partir de um ponto de vista humano, esses factores podem ser considerados pelos julgadores nos casos concretos e constituem requisitos para identificar a culpa do divórcio e a indemnização.

4.2.2 Preste atenção à influência sobre o casamento dos factores emocionais humanos

O casamento é formado e composto por não só o sexo mas também por sentimentos. No casamento moderno, a vida espiritual entre os parceiros é dada cada vez mais atenções. Se existir grandes diferenças entre os cônjuges nas necessidades de valores, orientação estética, filosofia ou emocionais, é também bem possível causar violações do dever conjugal de fidelidade. Na nossa opinião, a impossibilidade de satisfazer os sustentos emocionais e as buscas espirituais, em muitas situações, também faz com que uma pessoa casada tenha comportamentos sexuais extraconjugais. Na decisão dos casos concretos, deve-se também prestar atenção às influências dos factores emocionais humanos sobre a continuidade da relação conjugal.

4.2.3 Outros factores que devem ser considerados

Além disso, se receber perdão do cônjuge inocente, a culpa do seu parceiro que viola seriamente os deveres conjugais pode ser reduzida ou até omissa? Durante o processo de divórcio ou de separação, ou durante a separação, o dever de fidelidade ainda vincula reciprocamente os cônjuges? Se o casal tiver celebrado um contrato e concordar a exclusão do dever de fidelidade, este acordo pode ser directamente aplicado no caso? Acreditamos que estes factos devem ser considerados como critérios para julgar. Além da percepção moral objectiva ou as necessidades do controle social, deve-se também considerar, concretamente em casos particulares, os impactos destes factos que violam o dever conjugal de fidelidade na ruptura do casamento.