

DÉBITO CONJUGAL

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Mestre e Doutora em Direito Civil pela USP. Professora no GVLAW da FGV-EDESP, Professora na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, Advogada em São Paulo.

O tema será analisado no casamento e na união estável, em razão do sentido atual do termo conjugalidade, que se volta a estas duas formas de constituição de família.

Assim, aquilo que se dizia sobre o casamento, tanto a seu favor como em seu desfavor, aplica-se hoje em dia à união estável.

Segundo seus defensores, como Laurent, casamento é o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada. Para Goethe, casamento é a base e o coroamento de toda cultura. Conforme Lessing, casamento é a grande escola fundada por Deus para a educação do gênero humano. Por outro lado, seus críticos chegaram a afirmar, na expressão de Schopenhauer, que em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres. Para Aldous Huxley, casamento é um pacto inoportuno e obscuro.

Se considerarmos a relação sexual entre os consortes como um dever, com razão os referidos críticos. E, se não estivermos atentos às verdadeiras finalidades e aos reais efeitos jurídicos do casamento e da união estável, concluiremos que a vida conjugal é um fardo.

Segundo Portalis, o casamento é a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino. Muito embora esteja com razão este grande jurista, acerca da mútua assistência, como base do casamento, os fins e efeitos jurídicos desta forma de constituição de família e daquela outra, a união estável, mudaram muito no transcorrer dos tempos. A procriação não é mais finalidade do casamento, ninguém se casa para carregar o peso da vida, poucos ainda acreditam que o destino seja imutável.

Em sentido oposto, numa concepção de cunho individualista, segundo Kant, o casamento seria a união de duas pessoas para a posse mútua, durante toda a vida, de suas faculdades sexuais. Neste entendimento, o casamento serviria somente à satisfação sexual, seria apenas um remédio para a concupiscência ou apetite sexual.

E, voltando nossos olhos ao Direito Romano, no conceito de Modestino, *nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*: casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão de direito divino e de direito humano.

Os fins do casamento e da união estável são de ordem subjetiva, de foro íntimo, razão pela qual não estão determinados em lei.

Os efeitos jurídicos dessas relações são as conseqüências previstas no ordenamento jurídico para o casamento e a união estável.

Retornando à referida concepção kantiana e individualista, o amor físico constituiria o único objetivo do casamento.

Já, numa concepção supra-individualista, o casamento visa ao estabelecimento de relações entre os cônjuges firmadas não só no amor carnal, mas especialmente no amor espiritual, extensivo aos filhos, quando estes existem.

Verifica-se, desde logo, nas duas concepções que há um elemento primordial no casamento e na união estável: a fides, ou fé, ou fidelidade conjugal.

Se indagarmos sobre o principal fim que impele duas pessoas para uma união afetiva e familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, veremos que buscam a felicidade, que somente pode ser alcançada por meio da fidelidade.

Cabe aqui lembrar a mensagem de Jorge Adolfo Mazzinghi e Puig Peña, segundo a qual o casamento e a união estável complementam a limitação da pessoa humana, que procura a própria perfeição e a perfeição do outro, na busca da mútua realização, razão pela qual os consortes devem observar uma conduta de satisfação recíproca, própria de duas pessoas que se amam.

Mas o amor não é um sentimento exigível juridicamente, não é dever conjugal.

As pessoas, originalmente limitadas, querendo superar suas deficiências, encontram em seu

par o campo fértil para o alcance da felicidade, por meio de conduta de aperfeiçoamento constante, baseada no mútuo respeito e no apoio recíproco, estes, sim, efeitos jurídicos do casamento e da união estável, como veremos a seguir.

Dentre os principais efeitos jurídicos do casamento e da união estável, passemos à análise da fidelidade, do respeito e da assistência imaterial, antes de adentrarmos no estudo da coabitação e do débito conjugal.

A fidelidade conjugal é o dever de lealdade, sob o aspecto físico e moral, que veda a manutenção de relações que visem à satisfação do instinto sexual fora do tálamo, sendo resultante do princípio monogâmico que vigora em nossas constituições familiares. Este efeito jurídico vem estabelecido no art. 1.566, inciso I e no art. 1.724, do Código Civil de 2002. Seu descumprimento dá-se por meio da prática de atos com terceira pessoa que demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual, cheguem ou não à cópula carnal. É evidente o retrocesso daqueles que concluem que a infidelidade virtual não seria descumprimento deste dever, por inexistir relação sexual no plano virtual. Há muito o Direito evoluiu para concluir que na infidelidade importa a busca de satisfação sexual fora do par conjugal e não a relação sexual propriamente dita, que pode ou não existir. Um e-mail ou uma consulta a uma sala de "bate-papo" virtual, ambos com o intuito de satisfação do instinto sexual com terceira pessoa, são provas da existência da infidelidade, assim como é a carta enviada pelo correio não eletrônico, ou era aquela remetida por meio do pombo correio. Não há diferença entre o meio de comunicação, seja ou não eletrônico, servirá de prova da infidelidade.

Um dever de suma relevância, que agora está expresso em nosso ordenamento jurídico, é o respeito, cujo objeto reside nos direitos da personalidade do consorte, como a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade, dentre outros. Este efeito jurídico vem regulado no art. 1.566, V e art. 1.724 do Código Civil de 2002.

A assistência imaterial é o lado protetivo do dever anteriormente citado. No casamento e na união estável os consortes devem proteção recíproca aos direitos da personalidade. Este efeito jurídico é estabelecido no art. 1.566, III e art. 1.724 do Código Civil de 2002.

A coabitação, que é regulada no art. 1.566, II do Código Civil de 2002, como o dever de vida em comum no domicílio conjugal, está expressamente estabelecida dentre os deveres do casamento. Por isto, à uma primeira vista, não teria qualquer relevância na união estável. A Súmula 382, do Supremo Tribunal Federal, pela qual "A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato", também é citada como suporte daquele pensamento apriorístico. No entanto, esta Súmula foi editada há cerca de quarenta anos, em época na qual a união de fato entre um homem e uma mulher não tinha a natureza de entidade familiar, em que havia a necessidade de prova da sociedade de fato para que se operassem efeitos nesta união, que se resumiam aos aspectos patrimoniais, conforme outra Súmula do Supremo Tribunal Federal, a de número 380, em tempos nos quais esta união não gerava efeitos de ordem alimentar e sucessória. É de evidência solar que atualmente a união estável assemelha-se ao casamento, é forma de constituição de família, de modo que a vida em comum, como se casados fossem, embora não seja dever estatuído expressamente pelo ordenamento civil, deve ser havida como requisito de sua constituição. Somente em situações excepcionais, de necessidades profissionais, familiares ou pessoais, que justifiquem a moradia sob tetos diversos, assim como no casamento, pode ser dispensada a coabitação na união estável. Este é o pensamento que ganha força na jurisprudência.

A coabitação teria como conteúdo também o débito conjugal, cujo sentido é de prestação sexual?

Débito é aquilo que se deve, é dívida, é o contrário de crédito.

Assim, desde logo, vê-se que débito conjugal é uma expressão imprópria. Não há dívida sexual entre os cônjuges.

Se houvesse tal débito, haveria o jus in corpore e um consorte poderia impor ao outro o relacionamento sexual que desejasse, o que não pode, sob pena de violação ao dever de respeito à integridade física e psíquica, à auto-estima (honra subjetiva) e à liberdade do outro consorte.

Bem esclarecido o nosso pensamento acerca do tema que nos foi oferecido neste IV Congresso de Direito de Família do IBDFAM, é preciso considerar que a satisfação do instinto sexual é uma necessidade fisiológica e que no casamento e na união estável as relações são monogâmicas, impondo-se aos consortes a fidelidade ou lealdade. Assim, a recusa reiterada e injuriosa quanto à manutenção de relacionamento sexual acarreta o descumprimento do dever de respeito à

integridade psico-física e à auto-estima do consorte, nos termos do art. 1.566, V e 1.724 do Código Civil de 2002.

Com referência à culpa nas relações de família, cabe também esclarecer nosso pensamento e lembrar que na década de 1980, em Mestrado na USP, quando ainda praticamente não se falava nas mazelas da separação culposa, quando no Direito brasileiro ainda era embrionária a idéia da separação como um remédio para uma relação falida ou falhada, já sugeríamos, de lege ferenda, um sistema em que se facultasse a dissolução da sociedade conjugal com base na impossibilidade da comunhão de vidas, sem motivação culposa e até mesmo sem a necessidade de prévia separação de fato prolongada.

No entanto, ao mesmo tempo em que não se pode considerar o casamento uma amarra eterna e impossibilitar o pedido unilateral de dissolução da sociedade conjugal com base na inviabilidade da comunhão de vidas, sempre consideramos que, diante de grave descumprimento de dever conjugal, que acarrete dano moral ou material ao consorte, o ordenamento jurídico deve assegurar ao ofendido o direito à reparação.

Diante de ato ilícito em qualquer relação jurídica, inclusive nas familiares, aplicam-se os princípios da responsabilidade civil, que integram a Parte Geral do ordenamento civil (Código Civil, art. 186) e aplicam-se a todas as partes especiais, dentre as quais está o Livro do Direito de Família.

Seria caótico o cenário da família se o Estado se abstivesse de regulamentar os efeitos dos relacionamentos oriundos do casamento e da união estável, com a previsível imposição da lei ditada pelo mais forte, sempre em prejuízo do mais fraco, com a viabilização de relações poligâmicas, dentre outras conseqüências desastrosas ao núcleo familiar.

Com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa em suas relações de casamento e de união estável, são estabelecidos deveres aos cônjuges e aos companheiros, por meio de normas de ordem pública, de molde a contribuir para a manutenção harmoniosa do vínculo familiar.

Por outro lado, quando esses deveres são descumpridos, graves danos pode vir a sofrer o lesado, que tem o direito à respectiva reparação, como ocorre diante da prática de ato ilícito nas demais relações jurídicas.

A declaração da culpa não é, portanto, um intervenção indevida do Estado na intimidade do casal, já que a apuração de ato ilícito, no caso, de descumprimento de dever conjugal, e a fixação da indenização cabível pelos danos daí decorrentes, é a tutela jurisdicional que tem o direito de buscar o lesado, como reconhece a jurisprudência nacional.

Tampouco esta declaração viola o direito à liberdade ou equivale a uma definição de sentimentos pelo Estado. No Direito, a culpa não é um sentimento, mas, sim, a inobservância de um dever jurídico. A liberdade na dissolução da sociedade conjugal não deixa de existir pelo simples fato de haver a espécie culposa, lembrando-se que se trata apenas de uma das espécies de desfazimento de uma relação conjugal.

É relevante observar, face à influência de outras ciências no Direito de Família, que na Psicanálise, teoria aplicada na Psiquiatria e na Psicologia, que busca o entendimento da mente humana, analisando-a sob o ponto de vista científico, explicando-a em termos de constituição e meio e relacionando as influências ambientais com as influências estruturais, a culpa, havida como sentimento, é essencial ao estabelecimento de limites no convívio em sociedade, sendo a reparação indispensável à integração da pessoa no meio em que vive, atuando como freio ao sentimento de destruição (desestímulo ao lesante) e como restauração do dano provocado (compensação ao lesado).

Vê-se, assim, que a ciência do Direito e a teoria da Psicanálise não dispensam as noções de culpa e de reparação, que são essenciais.

No entanto, também é preciso esclarecer que, no Direito, o desamor, por si só, não é causa de aplicação dos princípios da responsabilidade civil, já que, mesmo ao acarretar sofrimento ou dano moral ao desamado, não constitui ato ilícito, por não contrariar qualquer norma jurídica, faltando-lhe, portanto, requisito essencial da reparação civil.

Para a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, é indispensável a presença dos seguintes pressupostos: ação ilícita, nexa causal e dano.

Quem rompe uma relação de casamento ou de união estável por falta de amor está exercendo regulamente um direito, que é o de separar-se, sendo esta uma excludente da responsabilidade civil. Quem exerce regularmente um direito não pratica ato ilícito - *neminem laedit qui suo iure utitur*, como dispõe o art. 188, inciso I do Código Civil de 2002. Isto porque na noção de ato ilícito deve estar presente o procedimento antijurídico, o descumprimento de norma de conduta

preexistente, de forma que não pode haver ato ilícito se não existe procedimento contrário ao Direito. Assim, o uso normal de um direito, embora possa causar danos morais ou materiais, não configura ato ilícito.

Portanto, nosso pensamento jamais se voltou à aplicação dos princípios da responsabilidade civil pelo mero fim do casamento. Em tempo algum dissemos ou escrevemos que a falta de amor ou as frustrações do fracasso conjugal possam gerar a reparação de danos.

Como bem ponderou venerando acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a condenação do consorte, que descumpra dever oriundo do casamento ou da união estável, na reparação dos danos causados ao outro, não implica em monetarização das relações de desafeto, esta reparação tampouco incentiva litígios ou potencializa as desavenças, mas, sim, resguarda a ordem social, já que excluir da apreciação do órgão judicante lesão a direito importa em deixar sem solução jurídica uma grave questão, a gerar intranqüilidade e levar à auto-tutela, pelas insatisfações e inconformismos daí resultantes.

Ainda, é preciso lembrar que o Código Civil de 2002 eliminou os exageros da culpa, antes previstos em nosso ordenamento jurídico, de modo que não é mais razão determinante da perda da guarda de filhos (art. 1.584), tampouco acarreta de forma absoluta a perda do direito a alimentos (art. 1.704, caput e parágrafo único) ou a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal (art. 1.578).

O ideal a ser alcançado em todas as relações familiares é a harmonia, por meio do afeto, mas não podemos olvidar que o Direito é a ciência que busca a solução de conflitos. Como disse o ilustre Professor Calmon de Passos, em brilhante Palestra proferida em evento promovido pelo IBDFAM, o mundo do Direito é o espaço em que as pessoas fracassam e quanto melhor a família, menos necessitada estará do Direito.

Por fim, salientamos que a regulamentação dos efeitos jurídicos do casamento e da união estável e a reparabilidade de danos nas relações de família protegem a dignidade de seus membros, em acatamento ao princípio constitucional constante do art. 1º, inciso III da Lei Maior, importando na aproximação entre a Moral e o Direito, que é desejável em todos os seus ramos e em especial no Direito de Família.