

O CASAMENTO COMO UM CONTRATO E O DEVER DE INDENIZAR POR AQUELE QUE VIOLA SEUS DEVERES CONJUGAIS

MARRIAGE AS A CONTRACT AND THE DUTY OF INDEMNIFYING BY THOSE WHO VIOLATE THEIR CONJUGAL DUTY

Bianca Boni Magosse¹

RESUMO: O presente trabalho visa abordar aspectos relacionados aos deveres de cada cônjuge ao contrair o matrimônio. Há divergência doutrinária em se caracterizar o casamento como contrato, visto que a natureza contratual amplia a questão diretamente ligada aos direitos e deveres, bem como a facilidade em sua rescisão e o dever de indenização em favor daquele que se sente lesado, conforme princípios da boa-fé objetiva. Analisando o casamento sob o ponto de vista contratual, abordando as possibilidades de responsabilização indenizatória daquele que violar os deveres conjugais. O método escolhido para o trabalho foi o dedutivo.

Palavras-chave: Casamento. Deveres Conjugais. Responsabilidades.

ABSTRACT: This study aims to address aspects related to the duties of each spouse when contracting marriage. There is a doctrinal divergence in characterizing marriage as a contract, since the contractual nature extends the issue directly related to the rights and duties, as well as the ease in its termination and the duty of indemnification in favor of the one who feels injured, according to principles of good Objective. We will analyze the marriage from the contractual point of view, addressing the possibilities of indemnifying the person who violates the conjugal duties. The method chosen for the work was the deductive method.

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev. Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: biancamagosse@hotmail.com

Keywords: Marriage. Conjugal Duties. Responsibilities.

INTRODUÇÃO

Ao longo da evolução humana, o conceito de casamento vem se ampliando. Na antiguidade havia forte influência religiosa sobre este tema, visando o matrimônio como sacramento. Os deveres de cada cônjuge eram estabelecidos separadamente, taxando o que era inerente à mulher e ao homem.

O rol taxativo de deveres anexos de cada consorte era grande, pois havia demasiada repressão social a qualquer violação.

Com o passar do tempo, práticas como o adultério, por exemplo, deixaram de ser tão repudiadas, quando inclusive, este crime foi revogado do Código Penal.

O Direito Civil também vem se adaptando cada vez mais às necessidades da população. Em 2002, com a criação do novo Código Civil, surgiram as regras contratuais, bem como os deveres anexos a todas as relações jurídicas, que quando desrespeitados, geram a obrigação de indenização.

A natureza do casamento ainda é bastante discutida, portanto, neste artigo, voltaremos a conceituação para a visão contratual, analisando as possibilidades de reparação por aquele que viola seus deveres conjugais.

1 DO CASAMENTO

Muito se diverge sobre a natureza jurídica do casamento. A teoria clássica, também chamada de individualista ou contratualista, acolhida pelo Código de Napoleão no Século XX, visava do casamento civil em um contrato. Tal concepção trata de um reflexo ao caráter religioso que via no casamento um sacramento. Segundo os seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos.

Em contrapartida à teoria contratualista, surgiu a concepção institucionalista ou supraindividualista, onde o matrimônio é tido como uma

instituição social e reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador.

Diante desta polêmica, adveio-se uma terceira concepção, a de natureza eclética ou mista, que considera o casamento um ato complexo, sendo ao mesmo tempo contrato e instituição.

1.1 Caracteres do casamento

O casamento possui diversas características próprias, onde serão destacadas algumas.

Trata-se de um ato eminentemente solene, sua primeira característica essencial, pois se destina a dar maior segurança para garantir sua validade e enfatizar sua seriedade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“Destaca-se a formalidade da celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declara efetuado o casamento mediante palavras sacramentais (CC, art. 1.535).” (2010, p. 44)

A segunda característica é a ordem pública das normas que regulamentam o casamento. Por isso não se pode convencionar nem revogar livremente os preceitos inerentes ao matrimônio. Trata-se de um conjunto de regras imperativas, cujo objetivo é dar a família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado, com fulcro em princípios constitucionais e leis civis.

A terceira característica visa estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, tema importante para o presente estudo. A citada comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que prega o respeito à diferença entre os cônjuges e a preservação da dignidade das pessoas casadas. O primeiro dever imposto a ambos os cônjuges, segundo o artigo 1.566 do Código Civil, é o de fidelidade recíproca.

A fidelidade recíproca é um dever decorrente do princípio da monogamia do casamento, ocorrendo em crime aquele que pratica a bigamia, ou seja, contrai matrimônio com mais de uma pessoa, como será visto a seguir.

O casamento não comporta termo ou condição, constituindo um negócio jurídico puro e simples.

Por fim, tem como característica a liberdade de escolha do nubente, que é uma consequência natural de seu caráter pessoal. Cabe exclusivamente aos nubentes manifestar a vontade, de maneira pessoal ou por meio de procurador com poderes especiais. A doutrina tem reconhecido que a liberdade de se casar corresponde a um direito de personalidade, pois tutela interesse individual do participante.

1.2 Validade do casamento

Existem determinados requisitos exigidos que devem ser observados para que o casamento seja válido. Esses pressupostos são de ordem jurídica e natureza puramente ética. Visam evitar uniões que possam ameaçar de algum modo a ordem pública e a sua inobservância resulta em nulidade do ato.

Para que os indivíduos tenham a capacidade plena para o casamento, é necessário que reúnam as condições impostas pela lei, que costumam se apresentar sob a forma negativa, e são designadas como impedimentos.

Os impedimentos visam preservar a pureza da raça e a moral familiar, a monogamia e as uniões que não tenham raízes no crime.

A consanguinidade é um dos impeditivos para a validade do casamento, visto que o artigo 1.521 do Código Civil dispõe que não podem casar:

- “I – os ascendentes com descendentes, seja o parentesco natural ou civil (...);
- IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive.” (BRASIL, 2002)

As relações sexuais entre os parentes por consanguinidade caracterizam o incesto, que sempre foi combatido.

O legislador não se refere ao parentesco e à filiação legítima e ilegítima, pois tal distinção é vedada pelo artigo 227, § 6º da Constituição Federal, que equipara direitos e veda quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Além disso, o artigo 1521, II do Código Civil preceitua que não podem casar os afins em linha reta.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“Parentesco por afinidade é o que liga um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro. Resulta, pois, do casamento ou da união estável. A proibição refere-se apenas à linha reta. Dissolvido o casamento ou a união estável que deu origem ao aludido parentesco, o viúvo não pode casar-se com a enteada, nem com a sogra, porque a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução do casamento que a originou.” (2010, p. 73)

Não podem casar, ainda, as pessoas já casadas. Procura-se assim combater a poligamia e prestigiar a monogamia, sistema que vigora nos países em que domina a civilização cristã.

Por fim, temos o impedimento decorrente de crime, onde reza o artigo 1521 do Código Civil, em seu inciso VII quando não podem casar: “o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.”

2 DEVERES CONJUGAIS

Com o matrimônio nascem, para os consortes, situações jurídicas que impõem direitos e deveres recíprocos, reclamados pela ordem pública e pelo interesse social.

Embora o casamento estabeleça vários deveres recíprocos aos cônjuges, a lei se ateve aos principais, necessários para o equilíbrio conjugal. Tais encargos estão descritos no artigo 1566 do Código Civil e serão abordados a seguir.

O descumprimento dessas características, antes de 2010, era causa de separação judicial, onde era necessário um motivo para a sua decretação, que após prazo estipulado em lei, poderia ser transformada em divórcio.

Atualmente, com a vigência da Emenda Constitucional 66/2010 não se fala mais em separação judicial, tampouco em motivos que levam à dissolução do casamento. Portanto, as características acima citadas, quando descumpridas, não trarão uma punição propriamente dita, mas implicarão em repreensão moral e social, por quebra de probidade, ética e boa-fé. Em alguns

casos, a quebra de características inerentes ao matrimônio, resulta em danos à parte violada, podendo gerar o dever de indenização por aquele que desrespeitou.

2.1 Fidelidade recíproca

Trata-se de uma decorrência do caráter monogâmico do casamento. São deveres morais e jurídicos.

Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro. Com isso, a liberdade sexual do cônjuge fica restrita ao casamento. Segundo Maria Helena Diniz:

“A infração desse dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência da moral familiar, desagregando toda a vida da família, além de agravar a honra do outro cônjuge, injuriando-o gravemente.” (2014, p. 146)

Washington de Barros Monteiro conceitua:

“o dever de fidelidade recíproca perdura enquanto subsistir a sociedade conjugal e mesmo quando os cônjuges estiverem apenas separados de fato. Extingue-se, porém, quando aquela se dissolve pela morte, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial ou divórcio, readquirindo o cônjuge, juridicamente, plena liberdade sexual”. (2016, pg. 110)

Ressalta-se que, o adultério era considerado crime, devidamente tipificado no código penal. Porém tal norma já fora suprimida. Como dito anteriormente, a violação dos deveres anexos ao casamento, não geram mais uma punição propriamente dita. Há apenas uma repressão moral. O dever de indenizar acontece apenas em casos específicos e com bastante raridade, quando comprovado o efetivo dano sofrido pelo cônjuge violado.

2.2 Vida em comum, no domicílio conjugal

Devem marido e mulher conviver na mesma casa, denominado pela lei de *domicílio conjugal*. Essa imposição não é absoluta, visto que uma impossibilidade física ou até mesmo moral pode justificar o seu não cumprimento.

O art. 1569 do Código Civil diz que “o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes. ” Conclui-se que, o que caracteriza o abandono do lar é o *animus*, ou seja, a intenção de não mais regressar à residência comum.

Nota-se que, esta regra tem sido bastante relativizada nos dias atuais, visto que a norma deve sempre se adaptar à realidade. Hoje em dia é comum os cônjuges possuírem mais de uma residência em diferentes localidades, por vários motivos, sendo o mais comum, o de trabalho, onde fica impossível a vida comum no domicílio conjugal quando cada nubente possui trabalho em determinada região.

2.3 Mútua assistência

Este dever obriga os consortes a se auxiliarem em todos os níveis. Assim, inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual.

É um dever diretamente ligado ao conjunto de gestos, atenções, cuidados na saúde e na doença, serviços, suscitados pelos acontecimentos cotidianos.

Se qualquer dos cônjuges faltar à obrigação de assistência, pode ser compelido compulsoriamente à prestação alimentar.

2.4 Sustento guarda e educação dos filhos

Embora a prole não seja uma característica essencial do casamento, o sustento, guarda e educação dos filhos é fundamental. Incumbe a ambos os pais o sustento material e moral dos filhos, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

O dever de sustento dos filhos compreende o fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo mais que seja necessário à sua sobrevivência.

A jurisprudência tem entendido que esta obrigação é estendida até a obtenção do diploma universitário, no caso de filhos estudantes que não dispõem de meios para pagar as mensalidades e demais encargos advindos dos estudos.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Ao analisar o casamento sob o ponto de vista contratual, estuda-se a responsabilização civil de acordo com a teoria geral dos contratos.

A resolução do contrato por inexecução voluntária está ligada a um dos casos de inadimplemento contratual, pois decorre de um comportamento culposo de um dos contratantes, com prejuízo a outro. Produz efeitos *ex tunc*, extinguindo o que foi executado e obrigando a restituições recíprocas, sujeitando ainda o inadimplente ao pagamento de perdas e danos. Por conseguinte, quando se considera o casamento como um contrato, sua insolvência pode gerar o dever de reparação.

3.1 A responsabilidade civil como resultado da violação dos deveres conjugais

O término de uma sociedade conjugal traz esgotamento emocional e psicológico, além de que em alguns casos, há litígio na divisão de bens. Se o motivo da separação é o adultério, alguns juristas defendem que a pessoa traída tem o direito de pleitear indenização por danos morais.

A jurisprudência vem dizendo que não basta o adultério para gerar a responsabilização, devendo ser comprovado o nexo de causalidade e efetivo dano, como em casos que houve abuso sexual; omissão em relação à verdadeira paternidade dos filhos; traição em ambientes onde ambos os nubentes trabalham, causando desconforto em relação aos colegas, gerando a queda da produtividade no ambiente laboral.

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, em sua Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP, intitulada *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*:

“O primeiro requisito é a violação de dever conjugal, como a fidelidade, a assistência imaterial e material, o respeito à integridade física e psíquica, à autoestima e à reputação social do consorte. O segundo requisito é a existência de dano material e/ou moral. O terceiro requisito é o nexo causal entre a violação do dever conjugal e o dano. Note-se que o nexo causal não é visível ou tangível, resultando de uma operação intelectual de causa e efeito.” (2016)

Não sendo possível a execução forçada dos deveres conjugais, ou seja, obrigar o cônjuge a cumprir o dever de fidelidade, honrar todos os direitos de personalidade do outro consorte, caso fosse negada a reparação dos danos causados nestas hipóteses, os deveres conjugais transformar-se-iam em meras recomendações ou faculdades.

Por se tratar de deveres previstos em lei, não se deve entendê-los como meras recomendações, sendo exigível a punição pelo ato de sua inadimplência. Eis uma falha de nosso ordenamento jurídico, pois se a conduta social exige resultado diferente, a norma deve ser revogada por ter caído em desuso.

O presente trabalho não objetiva discutir a revogação da norma por desuso. Visa defender a exigência de respeito e aplicabilidade das leis vigentes em nosso ordenamento, para não incorrer em quebra do princípio da imperatividade da lei.

3.2 Do princípio da boa-fé objetiva

O Código Civil de 2002 foi constituído a partir de três princípios fundamentais, que são os de eticidade, solidariedade e operabilidade. Flávio Tartuce (2018) diz que o princípio da eticidade trata da valorização do comportamento ético-socializante, caracterizado pela boa-fé objetiva.

O comportamento amparado pela boa-fé objetiva exige a lealdade entre as partes e é um dever anexo de toda conduta, inerente a qualquer negócio jurídico, sem a necessidade de cláusulas expressas nesse sentido.

Segundo Flávio Tartuce (2018), a quebra dos deveres anexos ao contrato, tal como o da boa-fé objetiva, gera a violação positiva do contrato ou obrigação, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeitou.

Trazendo tal princípio para nosso contexto, conclui-se que o casamento, em sua característica contratual, tem como um de seus deveres anexos o da boa-fé objetiva.

3.3 Posição doutrinária e jurisprudencial

Será analisado neste tópico o dever de indenizar pela quebra de cláusulas inerentes ao casamento, sob a ótica doutrinária e jurisprudencial.

Maria Helena Diniz (2014) diz que a infração dos deveres anexos ao casamento resulta em injúria grave, resultando em ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do outro consorte, podendo levar à ação de reparação civil por dano moral e à separação judicial. Há a ressalta de que tais ofensas devem ser comprovadas.

Carlos Roberto Gonçalves (2010) defende a teoria de que a simples imputação de fato desonroso ao consorte não configura, por si só, a injúria. Neste caso, procura-se coibir a leviandade, ou temeridade do autor, reveladores de uma intenção incompatível com o decoro e o respeito mútuo que deve existir entre os cônjuges.

Sílvio de Salvo Venosa (2005) entende que a transgressão dos deveres conjugais pode gerar danos indenizáveis ao cônjuge inocente, mas sempre levando em consideração o exame do caso concreto.

A jurisprudência vem decidindo de acordo com os juristas acima citados, sustentando a necessidade de comprovação do efetivo dano decorrente desta injúria grave.

3.4 Da adequação da lei aos costumes sociais

O problema de a responsabilização ser gerada apenas se comprovado o dano, está no fato de a quebra dos deveres anexos ao casamento geram violação de lei, pois o artigo 1566 do Código Civil de 2002 traz um rol taxativo que deve ser executado.

Por estarem previstas em lei, as condutas anexas ao casamento necessitam de estrito cumprimento e não podem ser consideradas como meros

conselhos, como tem acontecido. Se os costumes sociais resultam em condutas diversas das previstas no artigo 1566, que este seja revogado.

Enquanto perdura a vigência desta lei, presume-se a necessidade de sanção àquele que descumpre, como meio de aplicabilidade da norma. A rigidez da punição faz com que a sociedade respeite a norma a ela imposta. Imaginemos que as práticas criminais não fossem punidas. Um homicídio seria proibido, mas muitos não respeitariam a proibição porque saberiam que não haveria punição pela prática.

A sanção mais coerente com o caso seria a de gerar o dever de indenizar por aquele que viola seus deveres conjugais. Indenização por danos morais e materiais ao consorte que sofreu com a violação de seus direitos de personalidade, reprimendo a prática.

Fazendo analogia ao Direito Contratual e, considerando o casamento como um contrato, a simples quebra de suas cláusulas já é justificativa para o dever de indenizar.

Portanto, quando a norma está em vigor, deve ser cumprida e sua violação deve ser punida. Se a prática negativa daquela lei vem se tornando aceita pela sociedade, que seja revogada do ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou estudar as principais características do casamento, os casos de anulabilidade, nulidade e ineficácia, além dos deveres de cada cônjuge.

Foi visto que há divergência doutrinária ao caracterizar o casamento como contrato ou instituição, principalmente por conta dos deveres resultantes de sua violação.

Analisou-se as formas de responsabilidade civil contratual, bem como o dever anexo de boa-fé objetiva.

Por meio de estudo jurisprudencial e doutrinário foi possível constatar que o nexo de causalidade tem sido essencial para o dever de indenizar pela injúria grave da quebra de deveres dos cônjuges.

Conclui-se que, a lei vigente deve ser aplicada, bem como a sanção do seu descumprimento, para que se respeite o princípio da imperatividade. E caso se entenda que os costumes sociais mudaram resultando em desuso da norma, que ela seja revogada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 17 de abril de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 29 ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.** 7 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil – Vol 2.** 43 ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Indenização na separação e no divórcio.** Estadão, 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/indenizacao-na-separacao-e-no-divorcio/>> Acesso em 24 de abril de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 8 ed. Forense: Rio de Janeiro; Método: São Paulo, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, volume 6.** 5 ed. Atlas: São Paulo, 2005.