

Igualdade Conjugal - Direitos e Deveres

Paulo Luiz Netto Lôbo

Doutor em Direito (USP). Advogado. Professor na Universidade Federal de Alagoas - UFAL e na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (Pós-Graduação).

SUMÁRIO

1. Princípio da igualdade conjugal;
2. A Revogação das normas infraconstitucionais assimétricas;
3. Trajetória da igualdade conjugal no direito brasileiro;
4. Direitos e deveres comuns dos cônjuges;
5. Dever de fidelidade. Dever de respeito;
6. Dever de vida em comum, no domicílio conjugal;
7. Dever de mútua assistência
8. Dever de sustento, guarda e educação do filhos;
9. Outros deveres comuns dos cônjuges.

1. Princípio da Igualdade Conjugal

Dois curtos preceitos da Constituição brasileira de 1988 constituem o epílogo, ao menos no campo jurídico, da longa e penosa trajetória da emancipação feminina e da conseqüente superação da sociedade conjugal patriarcal. São eles:

Art. 5º. (...)

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

Art. 226. (...)

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O primeiro seria suficiente, por sua generosa abrangência. Entendeu o constituinte, no entanto, de explicitar o princípio da igualdade no capítulo destinado à família, ante a experiência legislativa e a hermenêutica jurídica tradicionais,¹ que

1. Os intérpretes conservadores sempre antepuseram obstáculos ao princípio constitucional da igualdade, como a his-

entenderam com ele compatíveis a desigualdade e a inferioridade da mulher em face do homem, na sociedade conjugal. São eles normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, portanto, dotadas de aplicação imediata (§ 1º do mesmo artigo 5º.).

O direito de família sempre repercutiu a estratificação histórica da desigualdade. Desigualdade entre filhos e, principalmente, entre os cônjuges. É impressionante, para um olhar retrospectivo, como preconceitos arraigados converteram-se em regras de direito indiscutíveis. Mais impressionante é haver ainda vozes que lastimam a evolução dos tempos, augurando o fim da família, ou da única entidade familiar que concebem: patriarcal, hierarquizada e desigual, que vive em função do chefe masculino.

Ao contrário da igualdade formal nas relações sociais e econômicas, conquistada pelo liberalismo, na viragem do século XVIII para o século XIX, no mundo ocidental, a desigualdade familiar permaneceu intocada, em uma fase que pode ser considerada pré-iluminista; era a liberdade de ter mas não a liberdade de ser. E assim permaneceu até recentemente.² Lembre-se que, no Brasil,

o Estatuto da Mulher Casada apenas veio a lume no ano de 1962, quase, duzentos anos após a revolução liberal; somente a partir dele, a mulher casada deixou de ser considerada civilmente incapaz. Resíduos de desigualdade persistiram neste Estatuto, apenas superados integralmente com a Constituição de 1988, em especial o artigo 226, § 5º, "o mais devastador dispositivo constitucional, a revolucionar o direito de família pátrio".³

Após séculos de tratamento assimétrico, o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto, no plano da igualdade, da liberdade e da responsabilidade recíprocos,⁴ que preside o relacionamento conjugal em nossa sociedade hodierna.

A materialização da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, nas relações conjugais e de união estável, acompanhou a evolução do princípio da igualdade no âmbito dos direitos fundamentais, incorporados às Constituições dos Estados democráticos contemporâneos. O princípio apresenta duas dimensões:

tória no-lo demonstra, fazendo-o sempre dependente de norma infraconstitucional regulamentadora, no evidente intuito de prolongar a vigência da ordem jurídica anterior. Teixeira de Freitas, na introdução à *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, Garnier, 1896, p. XXXIII, atribui a visão retrógrada à "força do hábito", e dá exemplo dos que antes como hoje assim procedem: "Para cessar a odiosa diferença nos direitos de sucessão hereditária entre filhos de homem nobre e peão, não bastou que a Constituição [refere-se à Constituição do Império] abolisse os privilégios, e proclamasse a igualdade perante a lei (Art. 179 parágrafos 13 e 16); foi necessário, que sobreviesse a disposição expressa do Art. 1º do Decr. nº 463 de 2 de setembro de 1847."

2. O preconceito é bem retratado na gíria alemã que destinava à mulher o reino dos três K (*Küche, Kinder, Kirche*): cozinha, filhos e igreja. Tudo o mais era atribuído ao governo do homem.
3. Cf. Silvio Rodrigues. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, 1993, p. 246.
4. Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo. A repersonalização das relações de família. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

a) igualdade de todos perante à lei, a saber, a clássica liberdade formal, que afastou os privilégios medievais dos estamentos e dos locais sócio-jurídicos (corporações de ofício ou guildas), e dotou todos os homens de direitos subjetivos iguais, ou seja, aqueles que a lei considera iguais;

b) igualdade de todos na lei, ampliando o alcance, para vedar a discriminação na própria lei, como por exemplo a diferenciação entre direitos e deveres de homem e mulher, na sociedade conjugal.

Nesta dupla dimensão, o princípio da igualdade não apenas se revela como diretiva essencial da aplicação do direito mas igualmente da produção do direito. O aplicador não pode interpretar a lei de modo a gerar desigualdades entre os potenciais titulares dos direitos por ela assegurados. A lei não pode criar direitos desiguais para os titulares, segundo distinções que a Constituição (*artigos 3º, IV e 5º caput*) veda, a saber, em virtude do sexo, da crença, da origem, da raça, da cor.

A segunda dimensão é muito importante, em face das normas infraconstitucionais, especialmente as do Código Civil, que foram editadas antes da Constituição atual, estabelecendo direito e deveres distintos para os cônjuges.

2. A Revogação das Normas Infraconstitucionais Assimétricas

Após algumas vacilações iniciais, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a

tese, a nosso ver acertada, da revogação das normas infraconstitucionais anteriores que sejam incompatíveis com as normas e princípios da Constituição, quando ela entrou em vigor.⁵

Os dois preceitos da Constituição que impõem a igualdade entre homem e mulher e entre os cônjuges são auto-executáveis e bastantes em si. Todas normas que instituíram direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges restaram revogadas integralmente. Apenas desse modo, o intérprete não invade o campo próprio do legislador, evitando expandir direitos antes atribuídos apenas ao marido ou à mulher.

Em face do princípio da igualdade entre os cônjuges, que não admite qualquer limitação legal, é inadequada a interpretação conforme à Constituição, porque este princípio de hermenêutica constitucional deriva da presunção de constitucionalidade da lei. Ante a orientação que prevaleceu no STF, não se trata de juízo de constitucionalidade mas de revogação das normas infraconstitucionais anteriores, o que afasta a sobrevivência ou aproveitamento de qualquer de seus efeitos.

Assim, foram revogados pela Constituição, entre outros, os artigos 233 a 254 do Código Civil, que tratavam dos direitos e deveres do marido e da mulher, exceto o artigo 235 (combinado com o artigo 242,

5. Desde a Adin nº 2, rel. Min. Paulo Brossard, de 6.2.92, predominou a tese de não haver inconstitucionalidade formal superveniente. Enquanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a orientação de que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente resolve-se na mera revogação da primeira, cuja declaração não se presta a ação direta, embora caiba recurso extraordinário e não recurso especial (neste último sentido, v. R. Esp. nº 68.410 do STJ).

I,⁶ e com os artigos que tratam do suprimimento judicial do consentimento do outro cônjuge) porque comum a ambos. A revogação é, portanto, de quase todo o Título II (*Dos Efeitos Jurídicos do Casamento*) do Livro de Direito da Família do Código Civil, tendo sido extinto os seguintes poderes e deveres: a legitimação da família pelo casamento, porque também são legítimas a união estável e a entidade familiar uniparental; chefia da sociedade conjugal, pelo marido; representação legal da família, pelo marido; a administração, pelo marido, dos bens comuns e particulares da mulher; a fixação marital do domicílio conjugal; a responsabilidade exclusiva do marido, como provedor da família; o seqüestro dos rendimentos particulares da mulher que abandona sem justo motivo a habitação conjugal; para a mulher, a condição de colaboradora ou auxiliar do marido; a distribuição legal de tarefas para a mulher; como a direção material e moral da família, que passou a ser encargo de ambos os cônjuges; a proibição à mulher de poderes específicos de alienação de direitos reais, que não sejam comuns aos do marido; a proibição à mulher de contrair obrigações que importem alheação de bens do casal; a necessidade de autorização do marido para prática de certos atos jurídicos, passando a prevalecer a necessidade de consentimento, quando este também for exigível para ele; a presunção de autorização do marido para atos de administração doméstica; a exigên-

cia de bens reservados; a administração supletiva da família, pela mulher, no caso de ausência, prisão ou interdição do marido.

3. Trajetória da Igualdade Conjugal no Direito Brasileiro

A legislação brasileira, desde o período colonial, é o retrato fiel da desigualdade de direitos dos cônjuges, correspondendo às concepções dominantes, até 1988. A lenta trajetória da emancipação da mulher, acompanhando o declínio do patriarcalismo familiar, pode ser demarcada nos seguintes diplomas legais:

1 - **Ordenações Filipinas.** Vigoram no Brasil de 1603 a 1916, com modificações. A mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha "fraqueza de entendimento" (Livro 4, Título 61, § 9 e Título 107) O marido podia castigar (Livro V, Títulos 36 e 95) sua companheira; ou matar a mulher, acusada de adultério (Livro 5, Título 38), mas idêntico poder não se atribuía a ela contra ele; bastava apenas a fama pública, não sendo preciso "prova austera" (Livro 5, Título 28, § 6). O Código Criminal do Império (art. 252) atenuou esta violência, permitindo apenas a acusação ao juízo criminal. No período de vigência das Ordenações, os juristas entendiam que o marido e a mulher se reputavam a mesma pessoa para efeitos jurídicos.⁷ Ao fundir-se na pessoa do marido, a mulher

6. Mesmo os que entendem que não houve clara revogação dos incisos II, III e IV do art. 242, reconhecem que "são supérfluos, visto que as hipóteses fáticas por eles previstas já eram abrangidas pelo inciso I. Cf. Paulo Roberto de Oliveira Lima. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*. São Paulo: Revisita dos Tribunais, 1991. p. 74.

7. Cf. Valasco e Mello Freire, cit. por Cândido Mendes de Almeida. *Auxiliar jurídico - apêndice às ordenações do Reino*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1985, v. 2, fac-simile da edição de 1869, p. 569.

despessoalizava-se. Em contrapartida, o marido não podia litigar em juízo sobre bens de raiz sem outorga de sua mulher (Livro 3, Título 48); neste caso, o interesse protegido não era o da mulher mas o da família, entendida como ente econômico. Até mesmo o iluminado Teixeira de Freitas, no Esboço de Código Civil (1860-65), previu no artigo 1.306 que o marido poderia “requerer diligências policiais necessárias”⁸ para fazer valer o poder marital e a obrigação da mulher de viver com ele na mesma habitação.

II - Código Civil. O Código, liberal no plano econômico, era extremamente opressor da mulher, no ambiente familiar. Sem os exageros do período colonial, considerava a mulher relativamente incapaz – ao lado dos filhos púberes, dos pródigos e dos silvícolas – e sujeita permanentemente ao poder marital. Não podia a mulher, sem autorização do marido, ser tutora ou curadora, litigar em juízo cível ou comercial, salvo em alguns casos previstos em lei, exercer qualquer profissão, contrair obrigações ou aceitar mandato. Era companheira, mas auxiliar do marido.

III - Estatuto da Mulher Casada. O advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, representou o marco inicial da superação do poder marital na sociedade conjugal e do tratamento legal assimétrico entre homem e mulher. Foi saudada como a lei da abolição da incapacidade feminina. Com efeito, foram revogadas diversas normas consagradoras da desigualdade, mas restaram traços atenuados do

patriarcalismo, como a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder, que o marido continuou a exercer “com a colaboração da mulher”; o direito do marido de fixar o domicílio familiar, embora com a possibilidade de a mulher recorrer ao juiz; e, o que é mais grave, a existência de direitos e deveres diferenciados em desfavor da mulher.

IV - Lei do Divórcio. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (em regulamentação à Emenda Constitucional nº 9/77), ao introduzir no Brasil o divórcio, rompendo uma resistência secular do conservantismo e da influência religiosa, propiciou aos cônjuges, de modo igualitário, oportunidade de finalizarem o casamento e de constituição livre de nova família. A Lei promoveu outras alterações na legislação civil, no caminho da igualdade conjugal, transformando em faculdade a obrigação de a mulher acrescentar aos seus o sobrenome do marido. Manteve, contudo, o modelo do Estatuto de proeminência do marido na chefia da família. A adição do nome é emblemática, porque simboliza a tradicional despessoalização da mulher. O direito liberou mas o costume persiste, sem consciência de sua origem.

V - Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (artigos 21 e 22), especifica o princípio da igualdade definitivamente consagrado na Constituição de 1988, estabelecendo que o pátrio poder será exercido “em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe” e que o dever de sustento guarda e educação dos filhos cabe igualmente a ambos.

8. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983. v. 1, p. 287.

4. Direitos e Deveres Comuns dos Cônjuges

Os direitos e deveres particulares do marido e da mulher, como acima demonstramos, foram revogados pela Constituição, porque incompatíveis com o princípio da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges. Passaremos a tratar dos direitos e deveres comuns, na perspectiva da sociedade conjugal igualitária.

O tratamento doutrinário que se deu tradicionalmente ao tema, tinha como paradigma a família patriarcal, o que torna desafiador sobre ele versar, ante a família nuclear, igualitária, repersonalizada em laços fundamentais de afetividade e descolada de suas centenárias funções biológicas, econômicas, políticas e religiosas, em suma, de ente germinal do Estado.⁹ A liberdade de constituir e desconstituir a sociedade conjugal e a ausência de um chefe impõe ao direito o reconhecimento da existência de afetividade como exclusivo suporte do ente familiar e, conseqüentemente, da corresponsabilidade dos que a integram.

O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas à sua permanente constituição. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e

a privacidade dos cônjuges, *ad instar* do débito conjugal ou da fidelidade¹⁰.

A interpretação dos deveres dos cônjuges, ainda previstos na legislação, conseqüentemente, deve levar em conta esta substancial mudança de função da família, não sendo adequados os modelos hermenêuticos, categorias e conceitos construídos a partir do paradigma patriarcal. Agora, a sociedade conjugal não é mais constituída de um chefe e companheira incapaz, colaboradora ou auxiliar, mas de par simétrico e direção compartilhada, com direitos e deveres absolutamente iguais.

O Código Civil (artigo 231) estabelece que 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.

O projeto do Código Civil nº 634/75 (nº 118/84 no Senado Federal) inclui mais um item:

V - Respeito e considerações mútuas.

O descumprimento de qualquer um (ou de mais de um) acarreta quase sempre uma única conseqüência no âmbito civil, no plano pessoal, caso não haja o perdão do prejudicado: a dissolução da sociedade

9. Leia-se a sintomática afirmação de nosso melhor jurista, no século XIX, Teixeira de Freitas, na introdução à *Consolidação das Leis Cíveis*, cit., p. CI: "Como o Estado é uma reunião de famílias (...)".

10. A absoluta igualização dos cônjuges no governo da família, transformada em célula de companheirismo, acentua a desnecessidade de ingerência do Estado na economia interna dela e "abre para o casal os mais ousados desafios para o exercício cooperativo da conjugalidade", cf. João Baptista Vilella. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Ed. da Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p. 28.

conjugal mediante pedido de separação judicial (artigo 5º da Lei nº 6.515/77). Esta sanção indireta depende de ato privativo e potestativo do cônjuge que tiver seu correspondente direito violado pelo outro, desde que configurados dois requisitos postos no preceito mencionado: gravidade da violação e insuportabilidade da vida em comum. O segundo requisito é de aferição difícil, porque de forte densidade subjetiva; o ato que para um é suportável, para outro não é; o ato isolado pode ser considerado mais insuportável que atos continuados. A gravidade da violação também depende do sentimento, dos valores, do temperamento, do equilíbrio psicológico de quem a recebe. Todavia, o princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com o simples desaparecimento dos laços de afetividade do casal (*affectio*), bastando que um assim o considere, desprezando-se a busca de culpa ou de culpado. Não há mais interesse legítimo do Estado em impor a continuidade de uma relação que as partes, ou uma das partes, não desejam. No plano material, cabe a pretensão a alimentos, nas hipóteses dos deveres de sustento e assistência.

5. Dever de Fidelidade. Dever de Respeito

A fidelidade recíproca sempre foi entendida como impedimento de relações sexuais com terceiros. Nesse sentido estri-

to (e, por certo, insustentável na atualidade), sempre se manifestaram a doutrina e a jurisprudência. Raramente, está ligado à consideração e ao respeito recíprocos.

A doutrina assinala tal significado tradicional, em toda sua dureza,¹¹ que teve razão de ser enquanto o Estado foi entendido como “reunião de famílias”; enquanto interessou, para a sociedade patriarcal, o controle sobre a mulher e sua sexualidade; enquanto interessou o controle do patrimônio familiar unitário, assentado em rígido sistema de legitimidade e sucessão de filhos, expurgando-se os ilegítimos. Todavia, seria compatível com os valores atuais de liberdade e igualdade na sociedade conjugal?

A prática social tem demonstrado que este serviu apenas para reprimir a mulher, porque sempre houve uma grande tolerância social com a “infidelidade” masculina disseminada em todos os estratos da população brasileira. Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esta forçada fidelidade, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo, mas de um instrumento de repressão sexual e de odiosa represália de um contra o outro, quando o relacionamento chegou ao fim.

A fidelidade, como controle da sexualidade, agride a intimidade e a privacidade das pessoas.¹² Afinal, qual o interesse

11. Para Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*. Rio: Forense, 1991. v. 5), “somente se caracteriza pela prática das relações sexuais”. A doutrina chega mesmo a distinguir a *copula perfecta*, excluindo-se o coito vestibular, onanístico, homossexual e a fecundação artificial, o que bem demonstra sua fragilidade. Orlando Gomes, em *Direito de Família*. Rio: Forense, 1993. p. 126, refere-se à infidelidade moral, quando há agravo à honra do outro cônjuge; todavia, é hipótese mais adequada ao dever de respeito, como adiante discorreremos.

12. No direito americano, a concepção de privacidade como direito fundamental, no âmbito da família, culminou com a decisão *Griswold* em 1963, da Suprema Corte. Nela declara-se o casamento como uma associação que promove um modo de vida, não

razoável da sociedade (e do direito) em manter esta aparência de valor? A família não é mais – vencidas as interferências religiosas no direito – um ente voltado necessariamente à procriação, em nossa sociedade ocidental. Todos os filhos são legítimos e iguais em direitos, pouco importando sua origem. O casal é livre para unir-se, sem qualquer objetivo de procriação. Tornam-se comuns experiências de *living apart together* e de *long distance marriage*,¹³ que supõem a completa liberdade sexual dos parceiros, que respondem apenas às próprias consciências, sem controle do corpo do outro.

Por outro lado, a união estável foi alçada à dignidade constitucional de entidade familiar, tendo como traço justamente a inexistência de dever de fidelidade (sexual). A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que a regulamentou não inclui entre os “direitos e deveres iguais dos conviventes” a fidelidade, substituindo-a, acertadamente, pelo respeito e considerações mútuos. A Constituição diz que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, mas a existência de um dever que se apresenta como repressor ou controlador da sexualidade não o torna atrativo para

aqueles que antes optaram por um modelo mais livre. Não é por acaso que esteja havendo um pronunciado declínio da escolha pelo casamento, no Brasil. Segundo estatísticas do IBGE, divulgadas no final de 1995¹⁴, houve uma diminuição do número de casamentos oficiais equivalentes a 38%, entre 1980 e 1994. Em 1980, a faixa de nupcialidade era 8 por 1.000; em 1994, caiu para 4,96 por 1.000.

A doutrina e a jurisprudência vinham já acenando com alguns temperamentos ao rigor deste ultrapassado dever conjugal, quando admitia que o perdão expresso ou tácito eliminava a infração ou a ocorrência do crime de adultério, que representou a exasperação do controle estatal da sexualidade, pondo em mãos do cônjuge enganado o poder de provocar a punição ou o direito de graça.¹⁵ Além do perdão, Pontes de Miranda¹⁶ entende haver limitação do dever de fidelidade quando o cônjuge concorre para que o outro o descumpra.

A tendência do direito é a substituição do dever de fidelidade pelo dever de respeito e consideração, mais adequado aos valores atuais, como o fez a lei brasileira da união estável.

o causa; uma harmonia de existência, não fatos políticos; uma lealdade bilateral, não projetos comerciais ou sociais. São situações cobertas pelo direito à privacidade, que não admite a interferência do Estado ou de terceiros. Até mesmo o adultério pode ser uma escolha privada protegida pela Constituição. Neste sentido, aplicando a doutrina *Griswold*, decidiu a Suprema Corte de Pennsylvania: a mulher casada “has the right to engage in voluntary, natural sexual relations with a person of her choice”, considerando inconstitucionais leis que criminalizem o adultério ou imponham multas punitivas. Cf. Krause, Harry D. *Family Law*. St. Paul: West Publishing, 1986. p. 25, 27 e 122.

13. Cf. João Baptista Villela. As novas relações da família. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, 15:1994, Foz do Iguaçu, p. 644.

14. Comentadas por Rodrigo da Cunha Pereira, no artigo *Assim caminha a família brasileira*, publicado no jornal *Estado de Minas*, em 6.3.1996.

15. Afirma-se que na França duas pessoas detêm o poder de graça: o Presidente da República e o marido enganado. Cf. Grosliere, Josete De l'infidélité de la femme mariée. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 89, n. 2, avr.-juin. 1990. p. 230.

16. *Tratado de Direito Privado*. Rio: Borsoi, 1971. p. 110. t. VIII

O dever de respeito é um dever especial de abstenção em face dos direitos pessoais absolutos do outro, como diz Antunes Varela.¹⁷ Respeito das liberdades individuais e dos direitos de personalidade do cônjuge.

A comunhão de vida, a célula de companheirismo, não elimina a personalidade dos cônjuges. O dever de respeito abrange a integridade física e moral do outro cônjuge, preservando-se sua vida, saúde, honra e bom nome. Mas não é só um dever de abstenção, porque impõem a defesa positiva de valores integrados, e a sociedade conjugal engendra uma honra solidária, um bom nome familiar, um patrimônio moral comum. A agressão a um cônjuge, nesses valores, também atinge o outro.

Os danos morais e materiais (por exemplo, a doença de um provocada pela agressão do outro à honra) devem ser indenizados, segundo as regras comuns, além da sanção indireta da separação judicial. Não há mais imunidades especiais a disputas dentro da família.

6. Dever de Vida em Comum, no domicílio conjugal

Este dever, no Código Civil, desdobra-se em:

I - Dever de viverem na habitação conjugal;

II - Dever de manutenção da família.

Alguns autores denominam este dever de "coabitação", mas o sentido que nele

prevaleceu foi o de relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, na expressão eufemística de *debitum conjugale*, hoje tão justamente repudiado.

Para a união estável (Lei nº 9.278/96, art. 2º) inexistente tal dever de coabitação, o que indica a tendência de sua desnecessidade.

O direito tradicional já admitia, em hipótese específicas, que a convivência na mesma habitação conjugal pudesse ser dispensada. O exercício temporário ou permanente de funções, atividades ou empregos em locais ou cidades diferentes, caracteriza a inexigibilidade.

O fim da chefia da sociedade conjugal e do poder do marido para fixar o domicílio dos cônjuges contribuíram para relativizar o sentido atual deste dever. Seu efeito maior era a desobrigação do marido de sustentar a mulher quando ela abandonasse a habitação conjugal, sem justo motivo, conforme previa o artigo 234 do Código Civil, na perspectiva da sociedade patriarcal e da dependência feminina.

A relativização do dever torna-se patente nos casos, já mencionados, de casamentos em que os cônjuges preferem viver em habitações distintas, porque desejam preservar suas individualidades, privacidades e hábitos ou porque entendem que o cotidiano doméstico favorece os conflitos. Nesses casos, o sustento, a guarda e a educação dos filhos é dever que se impõem a ambos, cabendo ao que se responsabilizar pela guarda permanente deles o direito de receber do outro a contribuição necessária para manutenção da família.

17. *Direito de Família*. Lisboa: Liv. Petrony, 1987. p. 345.

A manutenção da família importa o dever comum dos cônjuges de concorrerem, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho de cada um, qualquer que seja o regime patrimonial. Não há regra fixa, salvo o princípio da proporcionalidade, segundo o que os cônjuges resolverem entre si, livremente. A falta de cumprimento deste dever leva inevitavelmente à insuportabilidade da vida em comum e, conseqüentemente, à dissolução da sociedade conjugal.

7. Dever de Mútua Assistência

A mútua assistência envolve aspectos morais e materiais.

A assistência moral diz respeito às atenções e cuidados devotados à pessoa do outro cônjuge, que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau de mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e na tristeza e nas crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo aos sucessos na vida emocional e profissional. Certamente, são esses os elementos mais fortes do relacionamento conjugal ou amoroso, no seu cotidiano, cuja falta leva progressivamente à separação, mais do que qualquer fato isolado. A esse dever, de caráter moral mais que jurídico, não corresponde qualquer sanção direta, salvo concretizar a insuportabilidade da vida em comum, para fins de separação judicial.

A assistência material, que alguns denominam dever de socorro, diz respeito ao provimento dos meios necessários para

o sustento da família, de acordo com os rendimentos e as possibilidades econômicas de cada cônjuge. A família, como qualquer grupo social, é um complexo de necessidades, envolvendo alimentação, vestuário, lazer, habitação, saúde. A lei não estabelece, nem seria possível fazê-lo, quais os itens que compõem as necessidades familiares que integram a manutenção econômica. Cabe aos cônjuges defini-los e a distribuição dos encargos entre si. O descumprimento do dever de assistência material converte-o em dever de alimentos, que pode ser exigido pelo outro cônjuge, dentro dos requisitos que são próprios dessa hipótese, a saber, necessidade e disponibilidade.

8. Dever de Sustento, Guarda e Educação dos filhos

Este dever constitui a especificação dos encargos cometidos aos cônjuges, relativamente aos filhos comuns, caso os haja. É dever mas também direito, uma vez que interessa a cada um dos pais a formação, sanidade e convivência dos filhos.

O sustento relaciona-se ao aspecto material, isto é, as despesas com a sobrevivência adequada e compatível com os rendimentos dos pais, e ainda com saúde, esporte, lazer, cultura e educação dos filhos.

A guarda é o direito-dever de convivência e manutenção do filho, sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, inerentes à condição de pai ou de mãe, que somente se perde em circunstâncias especiais e em favor do menor. Como diz o Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo

33, a guarda obriga à prestação da assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.¹⁸

A educação, no amplo sentido empregado pelo Código Civil, inclui a cultura e as várias dimensões em que ela se dá na progressiva formação do filho, enquanto estiver sob a guarda dos pais. Prevê a Constituição (artigo 205) que a educação tem por fito o desenvolvimento pleno da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho. Dá-se a educação na família, na convivência humana, nos espaços sociais e políticos e, sobretudo, na escola. A liberdade dos pais não vai ao ponto de introduzir valores que agridam a moral e os bons costumes adotados na sociedade ou a inibição dos objetivos que a Constituição estabelece.

O descumprimento deste dever, que obriga os cônjuges em face dos filhos, acarreta várias consequências: condenação a pagamento de alimentos, substituição da guarda ou até mesmo perda da autoridade parental (dito pátrio poder¹⁹).

9. Outros Deveres Comuns dos Cônjuges

O artigo 235 do Código Civil diz que o marido não pode, sem consentimento da mulher, alienar ou gravar de ônus reais bens imóveis ou alienar direitos reais, ser parte em ação judicial acerca desses bens e direi-

tos, prestar fiança e fazer doação, salvo as de pequeno valor ou remuneratórias. O artigo 242, I, atribui à mulher idêntica vedação, sendo esses deveres os únicos que não foram revogados pela Constituição, justamente porque são recíprocos, compatibilizando-se com o princípio da igualdade conjugal. Alienar é gênero do qual são espécies a venda, a permuta e a doação. Ônus reais são aqueles que limitam a plenitude do domínio, particularmente os direitos reais de garantia. Também estão incluídos na indispensabilidade do consentimento a alienação dos direitos reais sobre coisas alheias, como as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação. As promessas de compra e venda de bens imóveis loteados impõem o consentimento (outorga) conjugal; contudo, é dispensada na promessa relativa a imóvel não loteado.

A denegação do consentimento, sem motivo justo, enseja o suprimimento judicial. O mero capricho ou a recusa arbitrária não podem impedir a realização do ato, cabendo ao juiz verificar os motivos de um e de outro, sobretudo se o resultado consulta os interesses comuns do casal.

A alienação onerosa ou a gravação de ônus reais relacionam-se apenas aos bens imóveis. Os bens móveis podem ser livremente gravados ou alienados, sem consentimento do outro cônjuge, porque o direito não deseja ver obstada a livre circulação

18. A prática, distante dos avanços do direito e em ofensa ao princípio da igualdade, demonstra que não é raro o exame pelo juiz da vida sexual da mulher, como critério de boa mãe, para deferir ou destituir a guarda dos filhos. Cf. Luiz Edson Fachin. *Da paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 110.

19. A legislação francesa, desde 1970, acertadamente substitui a antiga expressão *puissance paternelle*, extraída da sociedade patriarcal e do poder incontestável do pai-marido por "autoridade parental", mais adequada à sociedade conjugal igualitária e à função-dever por ela exercida, que pouco tem a ver com poder.

destes bens. A regra em si já não se justifica, na atualidade, porque os bens móveis e os direitos a ele relativos superam em importância econômica os bens imóveis. Inobstante tal flexibilidade, o resultado financeiro reveste-se em benefício comum dos cônjuges, dividindo-se igualmente, salvo se for destinado inteiramente à família. É indébita a apropriação exclusiva do resultado financeiro pelo cônjuge que realizou o ato de alienação ou gravame, caracterizando-se enriquecimento ilícito. Pode o outro cônjuge requerer judicialmente a sustação do ato, comprovando que não é em benefício de ambos.

A vedação da doação isolada abrange tanto os bens imóveis quanto os móveis. A liberalidade resulta na redução patrimonial do casal sem contrapartida, como se dá nos casos de alienação onerosa, merecendo que ambos consistam, mesmo em se tratando de móveis.

A fiança é garantia pessoal em benefício de outrem que compromete potencialmente o patrimônio dos cônjuges, sendo justificável que dependa do consentimento de ambos. A fiança prestada sem consentimento permite sua anulação, até quatro anos após a dissolução da sociedade conjugal (artigo 178, parágrafo 9º, I, do Código Civil); faltando a anulação, não obriga os bens comuns do casal, até a sua meação. Já se decidiu²⁰ que na hipótese de simulação, quando o fiador declara-se solteiro, a fiança deve ser considerada válida, excluindo-se a meação do outro cônjuge. A mesma regra não se aplica ao aval, que pode gerar responsabilidade patrimonial do casal, cabendo ao credor provar que a dívida foi contraída em benefício da família,²¹ salvo nas hipóteses de presunção do benefício, como se dá quando o aval é prestado pelo sócio em obrigações da sociedade de fins lucrativos que faça parte.

20. TRF - 5ª Região (LEX-JSTJ E TRF 43/555).

21. No STF, inverteu-se a presunção jurisprudencialmente estabelecida para as dívidas contraídas pelo marido, ou seja, presume-se, no caso do aval, não haver benefício para a família (RTJ 51/132 e 74/132). No STJ há vacilações. No R. Esp. nº 3.263-RS (RSTJ 3/141) decidiu-se que se exclui do bem penhorado a meação da mulher casada, no caso de dívida contraída pelo marido, "se provar que a mesma não veio em benefício do casal". Já no R. Esp. nº 1.930 (LEX JSTJ E TRF 12/149) entendeu-se que o ônus da prova cabe ao credor, porque a não responsabilidade do outro cônjuge é a regra. No R. Esp. nº 44.399-7-SP decidiu-se que a responsabilidade do sócio-gerente de sociedade por quotas não atinge a meação da mulher, afastando-se a presunção de benefício familiar.