

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR**  
**SUPERINTENDÊNCIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

**TÂNIA MARIA LAPA GODINHO**

**DEVERES CONJUGAIS:**  
**EFEITOS JURÍDICOS NA OCORRÊNCIA DE RUPTURA DA**  
**SOCIEDADE CONJUGAL**

**SALVADOR**

**2008**

**TÂNIA MARIA LAPA GODINHO**

**DEVERES CONJUGAIS:**

**Efeitos jurídicos na ocorrência de ruptura da sociedade conjugal**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica do Salvador como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti

Salvador

2008

UCSal.Sistema de Bibliotecas.  
Setor de Cadastramento.

G585i Godinho, Tânia Maria Lapa

Deveres conjugais: efeitos jurídicos na ocorrência de ruptura da sociedade conjugal / Tânia Maria Lapa Godinho - Salvador: UCSal: Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação, 2008.  
102 f.

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica do Salvador como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti.

1. Família - Sociedade contemporânea. 2. Direito de família. 3. Casamento. 4. União estável. 5. Dever conjugal - Inadimplência - Efeito jurídico. 6. Sociedade conjugal - Ruptura. 7. Família - Dissertação. II. Universidade Católica do Salvador. Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. III. T.

CDU 316.356.2:347.626(043.3)

## BANCA EXAMINADORA

---

Profa. Dra. Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti - orientadora

---

Prof. Dr. Edivaldo M. Boaventura - UFBA

---

Prof. Dr. José Euclimar X. de Menezes - UCSAL

---

Profa. Dra. Isabel Maria O. Lima - UCSAL

## **DEDICATÓRIA**

A Margarida e Godinho, meus pais, pela nossa história de vida, cuja experiência foi fundamental para o aprendizado e dedicação ao Direito de Família.

A Sebastião – homem bom e sábio – companheiro integral, com quem compartilho vida em comum, no melhor de nossa maturidade conjugal.

A Mateus e Isadora, meus filhos, fonte de inspiração e fortaleza na construção dos vínculos e valores familiares, com o desejo de que este trabalho venha ajudá-los a refletir na construção de uma vida conjugal plena de realizações e felicidades.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por me ter iluminado a percepção e construção deste estudo, tão importante no âmbito do ordenamento civil positivado, quer para os legisladores, quer para os aplicadores do Direito, e tentar dar-lhe o real significado, à luz de novos/velhos valores familiares, e com a interseção das ciências sociais. O problema da tese teve sua origem em sala de aula, ministrando aula de Direito Civil de Família, exatamente sobre deveres conjugais. Pelo que agradeço, em seguida, aos meus alunos desta disciplina, tanto da União Metropolitana de Educação e Cultura – UNIME como da Faculdade de Tecnologia e Ciência – FTC, razão de ser desta pesquisa, do meu entusiasmo, dedicação e compromisso com a vida acadêmica e com o futuro do estudante de Direito, na condição de aplicadores da lei. Aos meus grandes Mestres do Direito, em especial, ao meu Professor de Direito Civil ao longo da graduação, Professor Orlando Gomes, *in memoriam*, com quem tive a oportunidade de conviver, aprender e desfrutar, com sabedoria e visão de futuro, as lições do direito e da vida, clareando meus caminhos, formando a minha personalidade com referência nos valores éticos profissionais, definindo minha opção na carreira jurídica logo aos 18 anos de vida: ser advogada. A paixão pela docência é uma recaída inusitada, adveio depois do exercício ininterrupto da advocacia na área do Direito de Família por mais de 20 anos, o que justifica um agradecimento de eterna gratidão, a minha amiga Maria Auxiliadora Minahim, colega de uma geração especial de estudantes de Direito da Universidade Federal da Bahia, entre 1968 e 1972, pelo irrestrito voto de confiança, manifestado de pronto, ao responsabilizar-me pela formação acadêmica processual, prática/jurídica, dos meus primeiros 300 alunos de Direito, na Faculdade UNIME, ingressando-me no meio acadêmico. Ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a que me associei desde 2002, quando participei do III Congresso Nacional de Direito de Família, e que tanto me tem estimulado a pesquisa e ao estudo aprofundado deste ramo do Direito Civil, a que vem agregando, reconhecidamente, novos valores ao longo de uma década de sua existência. Também agradeço a Professora Isabel Lima, amiga de terra idade em nossa Sacramentinas. Magistrada sensível à escuta e à valorização da pessoa humana, que me despertou, pela vez primeira, o interesse e a curiosidade por este Mestrado. À Professora Vanessa Cavalcanti que me

assumiu integralmente nesta caminhada, de tantas intercorrências, encorajando-me a chegar ao final, após a Professora Christine Jacquet, a quem faço também um agradecimento. À colega e amiga Irene Martha Targino, pelo companheirismo e solidariedade. À amiga Denise Coutinho pelas valiosas observações e sugestões ao trabalho. À Banca Examinadora pelas contribuições, tanto no exame de qualificação, bem como na defesa. E a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para este trabalho, dentro do entendimento de que não fazemos nada sozinhos, sendo, pois, a nomeação apresentada meramente exemplificativa.

O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e de amor. Belo sonho.

(Michelle Perrot, 1993)

## RESUMO

Esta dissertação aborda a temática dos deveres conjugais e situa-se dentro da linha de pesquisa Família e Sociedade, com enfoque no ordenamento jurídico civil positivado do Direito de Família. Abrange o período compreendido entre o início no Século XX, com a promulgação do Código Civil Brasileiro de 1º de janeiro de 1916 e o Século XXI com a vigência da Lei Complementar nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que instituiu a nova codificação civil com vigência a partir de 11 de janeiro de 2003. Examinam-se as mudanças sociais que foram se desencadeando entre uma e outra codificação (1916/2002) no que diz respeito aos deveres conjugais e seus efeitos jurídicos, no momento em que se instala a ruptura da sociedade conjugal, através dos processos de separação e divórcio. A dinâmica dos fatos sociais, neste período, reflete diretamente na família, modificando comportamentos, valores, vínculos entre pessoas, tanto individualmente como também na vida relacional conjugal, provocando o reconhecimento e a institucionalização de novos quadros jurídicos familiares pela lei civil. Por esta razão, se torna importante avaliar os atuais deveres conjugais declinados no Código Civil, a exemplo de fidelidade, vida em comum no mesmo domicílio conjugal, entre outros, estabelecidos para os cônjuges no casamento e para os conviventes na união estável, e sua eficácia no momento da ruptura da sociedade conjugal. A eficácia está vinculada a consequência que produz o não cumprimento dos deveres conjugais na constância da vida conjugal, razão pela qual, a presente dissertação procura investigar a existência ou não de sanção ou penalidade, prevista no ordenamento civil pátrio para esta hipótese. O ponto de partida é saber quais as obrigações conjugais que assumem aqueles que se casam ou convivem em união estável. Segundo, verificar se estas obrigações correspondem exatamente à aquelas listadas pelo Código Civil, tanto no de 1916 quanto no de 2002, fazendo-se uma análise comparativa das duas legislações. Discutem-se os princípios constitucionais do Direito Civil de Família, para esclarecer os novos paradigmas deste ramo do Direito. Breves considerações são feitas ao Projeto de lei nº 2285/2007, Estatuto das Famílias, ora em tramitação no Congresso Nacional. Por último, são analisados os efeitos jurídicos da inadimplência dos deveres no corpo das ações de separação e divórcio. A metodologia utilizada assenta-se na análise de discurso e aporte bibliográfico, apoiando-se na lei e na doutrina jurídica, dentro de uma análise histórico-documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Família; Sociedade Contemporânea; Direito de Família; Casamento e União Estável; Deveres Conjugais.

## **ABSTRACT**

The dissertation discusses the contemporary process that influences the positive civil judicial norms of the Family Law, based on a theoretical framework with focus on Family and Society. The analysis emphasizes the period starting with the promulgation of the Brazilian Civil Code of January 1<sup>st</sup>, 1916 and until the beginning of the 21<sup>st</sup> Century when the complementary Law N<sup>o</sup> 10.406 of January 10<sup>th</sup>, 2002 was issued. This new Law constitutes a new civil codification, effective from January 11, 2003. Social changes occurring within this period are analyzed highlighting the judicial effects of matrimonial obligations when the rupture of the conjugal society, through divorce or separation, happens. The social dynamics within this period changes the family behavior, values, interpersonal and family conjugal relationship, creating social demand for recognition and institutionalization of new familial arrangements by the civil law. The study discusses the efficacy of the connubial rights established by the Civil Code for the married couple, or those living on a “steady union”, such as fidelity and residence in the familiar home. The efficacy of the law is related to the consequences to husband or wife for not abiding to the rules and norms of the conjugal duties, stated on the Civil Code. Therefore, the present work discusses the existence of penalty and punishment, for those breaking the norms as stated on the civil law ordinances. The research questions aim, firstly, to verify which matrimonial obligations are assumed by those married or living on a “Steady Union”, and secondly, to confront those obligations with the ones listed on the 1916 and 2002 Civil Codes. The constitutional principles of the Family Civil Law are discussed to shed light on the new paradigms of this branch of Law. Comments are made on the Project of Law No. 2285/200, Family Statute, presently on the National Congress for discussions and voting. Lastly, the judicial effects of neglecting the connubial obligations on the legal actions of divorce and separation are analyzed. The methodology used for this research work was historic documental in addition to consultation of bibliographic sources, based on the legal doctrine and interdisciplinary approach for discourse analysis.

**Keywords:** Family, Contemporary Society, Family Rights, Marriage and Steady Union, Conjugal Obligations.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABEP	Associação Brasileira de Estudos Populacionais
Ac.	Acórdão
Art	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
Dec. Lei	Decreto Lei
Dep.	Deputado
Des.	Desembargador
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FTC	Faculdade de Tecnologia e Ciências
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
Min.	Ministro
PL	Projeto de Lei
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UE	União Estável
UNEB	Universidade do Estado da Bahia
UNIME	União Metropolitana de Educação e Cultura

# SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b>	<b>5</b>
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b>	<b>11</b>
<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b>	<b>13</b>
<b>1. DAS OBRIGAÇÕES – DEVERES CONJUGAIS</b>	<b>22</b>
1.1 DELIMITAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS	28
1.2 NATUREZA JURÍDICA DOS DEVERES CONJUGAIS	38
<b>2. OS DEVERES CONJUGAIS NA HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DE FAMÍLIA</b>	<b>42</b>
2.1 OS DEVERES CONJUGAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O DIREITO DE FAMÍLIA DA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX ATÉ 1950	44
2.2 O DIREITO DE FAMÍLIA DE 1950 ATÉ O SÉCULO XXI E OS DEVERES CONJUGAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	53
<b>3. OS DEVERES CONJUGAIS FACE AOS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA E O PROJETO DE LEI Nº 2285/2007</b>	<b>61</b>
3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	62
3.2 O DIREITO DE FAMÍLIA PROJETADO	73
<b>4. DOS EFEITOS JURÍDICOS DA INADIMPLÊNCIA DOS DEVERES CONJUGAIS NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL</b>	<b>76</b>
4.1 OS PROCESSOS DE DESQUITE, SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	80
4.2 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DEVERES CONJUGAIS	84
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>90</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>96</b>
<b>APÊNDICE</b>	<b>99</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>100</b>
<b>CRÉDITOS DA AUTORA</b>	<b>101</b>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Preliminarmente, para a compreensão do objeto do presente estudo, que se destina à análise da eficácia dos deveres conjugais estabelecidos nos dois Códigos Civis brasileiros, na ocasião da dissolução da sociedade conjugal, especificadamente, através das ações de separação e divórcio, consideramos importante levantar algumas indagações que circundam o tema, para alcançar a problemática dos deveres conjugais na forma posta no título deste trabalho, a exemplo de:

- Qual seria a motivação que conduz um homem ou uma mulher a se casar, a constituir a relação conjugal?
- Será que conhecem adrede os deveres conjugais a que estarão adstritos em decorrência do casamento ou da união estável?
- O que lhes estimularia a celebrar ou constituir o ato/fato jurídico de casar ou conviver sob a forma de união estável? Seriam os deveres conjugais previstos em lei?

Em geral, casa-se para ser feliz para sempre até que a morte os separe, a maioria dos casais não pensa na hipótese de dissolução ou ruptura. No ato sacramental da celebração do matrimônio na Igreja Católica, pelo celebrante são proferidas as palavras: “o que Deus uniu o homem não separe” significativas do vínculo indissolúvel do matrimônio. “A indissolubilidade do matrimônio, estabelecida pela doutrina da Igreja Católica, era usada como principal argumento a favor de uma escolha maduramente pensada do futuro cônjuge”. Neste entendimento “o princípio básico que norteava tal escolha era o princípio da igualdade, claramente anunciado quer nos adágios e provérbios, quer nos textos dos moralistas” (SILVA, 1984, p. 66). Explicando que tipo de igualdade deveria presidir à escolha do cônjuge no sistema de casamento no Brasil colonial, encontramos a seguinte análise:

A escolha do cônjuge era norteada, no período colonial, pelo princípio de igualdade no que se refere a idade, condição, fortuna e saúde, e também por aquilo que poderíamos denominar princípio da racionalidade, que

evidentemente marginalizava a paixão ou a atração física (SILVA, 1984, p. 70).

E conclui o seu entendimento, falando da assimetria existente quanto à escolha do cônjuge nesta época, representada na “decisão do homem na escolha da futura mulher”, onde “ela não escolhia, era escolhida” (SILVA, 1984, p. 70).

De outro modo, já sob a ótica da importância social do casamento, mais precisamente, sobre as alianças matrimoniais, quando o dote desempenhava um papel fundamental para a mulher, encontramos relato de que:

não eram apenas interesses econômicos que interferiam nas alianças matrimoniais. Força política e prestígio social não eram decorrência direta da riqueza. Famílias pobres, mas que já haviam usufruído de riqueza no passado e/ou com membros ocupando postos administrativos importantes, podiam encontrar-se entre as mais valorizadas socialmente (BRUGGER, 1990, p. 1769).

Para o autor as escolhas individuais vêm com o romance, e a “visão romântica do amor veio romper com este enfoque”. “Para os românticos, era fundamental que as opções matrimoniais fossem feitas pelos próprios nubentes. A eles deveria caber a escolha de futuros cônjuges” (BRUGGER, 1990, p.1771-3).

Há uma diversidade de informações representadas por dados variados de pesquisa apresentados pelo autores das Ciências Sociais que estudaram o Casamento e as relações intrafamiliares, selecionadas para o presente trabalho com a finalidade de retratar algumas das razões que podem conduzir a escolha do cônjuge.

Neste sentido, a pesquisa feita entre 1890 e 1930<sup>1</sup> dá conta de que nas escolhas matrimoniais, as “práticas homogâmicas predominam nas escolhas matrimoniais”(BASSANEZI, 1990, p.241). Entende-se como casamentos homogâmicos aqueles realizados dentro da própria família consangüínea, visando reforçar alianças, preservar patrimônio e manter a ordem social, próprios da sociedade patriarcal da época.

Sob a ótica do namoro como meio para escolher com quem casar, Lago, em pesquisa realizada entre jovens em Belém do Pará, afirma que “a escolha do par, ou a larga possibilidade desta, ganha relevância em função dos tempos modernos,

---

<sup>1</sup> Informações levantadas nos assentos de casamento civil existentes nos Cartórios de Rio Claro no Oeste Paulista.

cujas idéias e práticas estão pautadas no desejo de satisfazer expectativas individuais das pessoas, e que está presente nas várias camadas da sociedade” (LAGO, 2002, p. 27).

Importa notar aqui, ainda considerando a indagação inicial de qual seria a motivação que conduziria à escolha do cônjuge, o que nos fala Féres-Carneiro num trabalho que versa sobre a escolha amorosa e interação conjugal, com foco na heterossexualidade e na homossexualidade. A resposta conclusiva informa que:

os homens e as mulheres heterossexuais valorizam as mesmas qualidades em seus parceiros, ou seja, a *fidelidade*, a *integridade*, o *carinho* e a *paixão*. Tais qualidades são igualmente valorizadas pelas mulheres homossexuais, enquanto os homens homossexuais tendem a enfatizar a importância da *atração física* e da *capacidade erótica* de seus parceiros (FÉRES-CARNEIRO, 1997, p. 10 – grifos da autora)

Aquilo que foi considerado menos importante na escolha amorosa, entre homens e mulheres heterossexuais, é revelado na assertiva:

Homens e mulheres heterossexuais desvalorizam igualmente os atributos mesma *crença religiosa e jovem*. Mas enquanto os homens deste grupo não valorizam a *capacidade econômica*, a *ambição* e a *competência profissional* em suas parceiras, as mulheres não valorizam a *ausência de ciúme*, a *atração física* e a *capacidade para ter filhos* em suas escolhas de parceiros (*IBID.* – grifos da autora]

O trabalho ora citado, em sua conclusão, afirma que os resultados do estudo “permitem esclarecer algumas das diferenças que se estabelecem nos diversos tipos de conjugalidade, colaborando para construção de modelos mais adequados de atendimento ao casal, seja ele heterossexual, gay ou de lésbicas” (FÉRES-CARNEIRO, 1997, p. 11).

O resultado da pesquisa que tivemos oportunidade de desenvolver neste Mestrado<sup>2</sup>, sob orientação da Professora Cristhine Jacquet, sobre a organização dos casais, apurou a presença de desigualdade de direitos e deveres entre os cônjuges pesquisados e a discrepância na organização familiar. Demonstrou a necessidade de haver entre os eles um ajustamento e uma adequação mútua às novas

---

<sup>2</sup> Referente à disciplina Casamento e Relações Intrafamiliares – Semestre 2006-2, cujos temas compreenderam: 1. A Escolha do Cônjuge: Uma Livre Escolha do Indivíduo? 2. Organização Conjugal: Simetria nos Papéis Conjugais? 3. Conjugalidade e Sexualidade.

realidades familiares, devendo a mulher voltar-se a uma vida conjugal solidária, capaz de constituir e desenvolver valores e vínculos conjugais que lhe permitam construir a sua própria felicidade, constante do Apêndice deste trabalho. Foi realizada uma entrevista com um jovem casal com idade em torno de 30 anos, com cinco anos de casados e um filho de meses, cujo tema foi: A escolha do cônjuge: uma livre escolha do indivíduo e Organização conjugal: simetria nos papéis conjugais?

Avançando mais o estudo, já sob a luz do direito, encontramos também em Coelho, uma análise que vem em resposta à pergunta formulada inicialmente. O autor destaca ser em número de três as motivações que conduzem a pessoa a se casar: “o amor, a gratificação sexual e organização da vida”, esclarecendo, para tanto, que:

“amor é um sentimento complexo, talvez o mais complexo de todos. Alguns de seus ingredientes são conhecidos: a admiração e o respeito; a vontade de partilhar tudo, desde coisas miúdas até grandes projetos e conquistas; a saudade constante, mesmo quando pouca a distância e pouco tempo de separação; a mais ampla intimidade que conduz ao pleno relaxamento físico e mental, que desarma completamente, que permite explodir a autenticidade em mil direções [...] ele é o resultado do convívio, dos ajustes sutis, de uma demorada e caprichada construção a dois” (COELHO, 2006, p. 23).

Quanto à gratificação sexual, define o citado autor que: “enquanto os homens costumam ter o desejo despertado por simples estímulos visuais, a maioria das mulheres depende de carícias físicas para se interessar pelo ato sexual (COELHO, 2006, p 24).

A organização da vida para o citado autor é importante também, porque “casar é também dividir tarefas” e continua nesta senda, afirmando que:

“Antes da revolução dos costumes da segunda metade do século XX, as incumbências de cada cônjuge na organização da vida estavam predefinidas segundo o sexo. Ao homem cabiam tarefas como trabalhar fora e trazer o dinheiro para casa, defender a mulher e ao filho nos conflitos mais sérios com estranhos, bem como administrar os interesses gerais da família, definindo o local da residência, a marca do automóvel, destino de viagens de férias, orçamento para redecoração da sala etc. À mulher por sua vez, cabia o trabalho doméstico, incluindo cozinhar, limpar

a casa, lavar, passar, guardar e costurar as roupas, além do cuidado e educação dos filhos. (COELHO, 2006, p. 24-5).

Acrescenta, ainda, nesta comparação que, “após a revolução dos costumes não há mais nada definido *a priori*, cada casal deve contratar a divisão das tarefas de organização da vida na medida em que lhes convier” (COELHO, 2006, p. 25). Esclarece, outrossim, que as três motivações para o casamento “são autônomas”. Opina o autor no seu estudo, que o que leva um homem e uma mulher a se casarem “é a organização da vida”.

Tanto assim que sobrevivem muitos casamentos, mesmo depois do fim de qualquer admiração ou respeito entre os cônjuges e do menor resquício de atração sexual, desde que a vida continue estruturada: os dois continuam trabalhando e repartindo boa parte do salário e cada um deles cuidando de suas tarefas (COELHO, 2006, p. 26).

Justificando seu pensamento na expressão, “inúmeros casamentos sobrevivem sem amor e sexo, mas, dificilmente, se mantêm se os cônjuges não executam satisfatoriamente as tarefas quotidianas que lhes incumbem” (COELHO, 2006, p. 26).

Outras pessoas encontram na maternidade ou na paternidade, a motivação para casar, uma realização genética. Porém, sabemos que a bioética e biomedicina já resolvem estas questões, através dos processos de filiação artificial<sup>3</sup> independentemente de se ser esposa e esposo, enfim, de serem casados entre si. Entretanto, a vertente psicológica pode ser considerada como motivo para casar, na medida em que o homem procura na mulher a mãe, quando não superado o complexo de Édipo, e a mulher procura no homem o pai para lhe dar a proteção e o amparo financeiro.

Outro entendimento sobre a questão pode ser encontrado em Orlando Gomes, jurista que estudou profundamente e escreveu sobre o Código Civil Brasileiro de 1916, baseado no Código Napoleônico (1804) e nas Ordenações Filipinas (1603)<sup>4</sup>, quando ressalta que Casamento, segundo a legislação dos povos de religião cristã

---

<sup>3</sup> Leitura mais profunda em Dissertação de Mestrado de Valnêda Cássia Santos Carneiro (2005), intitulada: Filiação e Biotecnologia: Questões novas na tutela jurídica da família. Salvador: UCSAL, sob orientação da Profa Vanessa Cavalcanti.

<sup>4</sup> Para uma leitura mais profunda as bases da questão, cf. Álvaro Villaça, Estatuto da Família de fato, Jurídica Brasileira, 2001. p. 134s.

“é vínculo jurídico entre um homem e uma mulher, de base sexual, nascido do seu consentimento, do qual resultam direitos e deveres peculiares para os que o contraem e os que nascem dessa união” (GOMES, 1968, p. 37).

Em atendimento as indagações inicialmente formuladas, que o foram apenas com o intuito de verificar, se emergem dos fatos sociais um padrão comportamental único, basilar, capaz de definir as obrigações conjugais, podemos constatar que os motivos que conduzem à escolha do cônjuge modificam-se em cada sentimento, em cada idéia, em cada razão, em cada pessoa, em cada época. Entendendo-se, assim, que inúmeras justificativas podem levar um homem a casar com uma mulher, devendo corresponder, certamente, a um elenco próprio de compromissos, e de deveres entre aquele homem e aquela mulher, próprios a este homem e a esta mulher, que jamais se aplicam *erga omnes*, ou seja, para todos, de forma universal.

A ordem jurídica, ao regular os fatos sociais no que respeita aos deveres conjugais, estabeleceu uma lista composta de cinco deveres para os cônjuges no casamento, e de três para os conviventes em união estável, a serem cumpridos pelas pessoas, respectivamente, na constância do casamento e da união estável.

De logo, nos deparamos com duas questões que se impõem sejam tratadas nesta pesquisa: a primeira, de saber se a lista legal é taxativa, no sentido de que só existe, exclusivamente, aquele conjunto de oito deveres conjugais, e nenhum outro fará parte para o reconhecimento da ordem jurídica no disciplinamento dos deveres conjugais? Ou, podemos afirmar que os dispositivos legais trazem em si uma lista apenas exemplificativa, abrangendo em sua nomenclatura institucionalizada, vários significados compatíveis com os deveres obrigacionais dos cônjuges e conviventes na constância da vida conjugal?

Os conceitos de cada um dos deveres conjugais instituídos pela lei civil, serão trazidos ao presente trabalho através do debate doutrinário dos autores do Direito, que irão fornecer os esclarecimentos necessários à compreensão da problemática levantada quanto a sua eficácia, e, ainda, como nos reportamos no parágrafo anterior, se temos uma lista legal de deveres conjugais de forma taxativa, ou, meramente exemplificativa.

Aludidos deveres estão discriminados no artigo 231 do Código Civil de 1916 e nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil de 2002, a seguir transcritos *in verbis*:

“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” (art. 231 CC/16)

“São deveres de ambos os Cônjuges:

- I – Fidelidade recíproca
- II – Vida em comum no domicílio conjugal
- III – Mútua assistência
- IV – Sustento, guarda e educação dos filhos
- V – Respeito e consideração mútuos” (art.1.566 CC/02)

“As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (art.1.724 CC/02)

O objetivo geral da presente dissertação é analisar o ordenamento civil brasileiro, especificadamente, os dois Códigos Cíveis Brasileiros, o de 1916 e o de 2002, bem como a evolução legislativa entre um e outro, para investigar quais os efeitos jurídicos dos deveres conjugais estabelecidos em lei, nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil de 2002, quando da ocorrência da ruptura da sociedade conjugal instrumentalizada, processualmente, através das ações de separação e divórcio.

A metodologia da presente investigação compreende uma Pesquisa Documental, com técnicas de análise de documentos seguida de análise de conteúdo. Os passos seguidos foram: escolha; seleção; síntese e julgamento do material e das evidências. A Pesquisa Documental implica o estudo dos documentos escritos nos quais se encontram os fenômenos a serem investigados, bem como os efeitos e as conseqüências advindas destes fatos que, por sua vez, refletem o contexto e época nos quais se inserem. A análise de conteúdo seguiu-se em complemento, objetivando maior aprofundamento dos fatos e dos fenômenos observados,

atentando, então, para a construção dos argumentos, o tipo de vocabulário utilizado, mensagens por vezes contraditórias ou subjacentes, nos documentos analisados.

O *corpus* desta pesquisa resulta do estudo de dois principais documentos: os Códigos Civis brasileiros existentes, o primeiro de ano de 1916, com vigência a partir de 1917 e o segundo de 2002, com vigência a partir de 11 de janeiro de 2003. Integra ainda o *corpus* uma pesquisa na legislação atinente à Família, que permeou entre a vigência de uma codificação e outra, como a primeira Lei que permitiu o voto feminino de 1932, a que trata do reconhecimento dos filhos ilegítimos, de 1949, o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 1962, a Lei que trata dos Alimentos de nº 5.478 de 1968, a Consolidação das Leis do Trabalho que data de 1950 e regulação do trabalho da mulher, a Lei nº 6.515 de 1977 que instituiu o Divórcio no país, a Lei nº 8.560 de 1992 que institui o processo de investigação de paternidade, e o exame pericial de DNA, além de Jurisprudência, constante das decisões dos Tribunais Superiores, principalmente a Súmula 380 de 1964 do STF, a Constituição Federal de 1988 e as Leis subseqüentes de n. 8.791 de 1994 e 9.280 de 1996, que impulsionaram a nova codificação, tendo como base o aparato jurídico doutrinário e bibliográfico de autores do Direito e da Sociologia.

A estrutura da dissertação tem a seguinte forma:

Capítulo I – Das obrigações – deveres conjugais – subseqüentes a estas Considerações Iniciais, evidenciamos as obrigações – deveres conjugais estabelecidos em lei e sua análise doutrinária, delimitando o campo conceitual. Além disso, cuida também este Capítulo de comentar sobre a natureza jurídica dos deveres conjugais, fazendo uma reflexão sobre a função assistencialista da família, que advém das relações de parentesco consangüíneo e do afeto, fundamento das obrigações intrafamiliares.

Capítulo II – Traz uma abordagem comparativa do que foi indicado como deveres conjugais nas duas legislações civis brasileiras, 1916 e 2002, sob a ótica do processo histórico contemporâneo do Direito de Família. Com uma ênfase mais histórica, a finalidade aqui é de observar tempos e representações legais distintas, especialmente entre a primeira metade do Século XX até 1950 e de 1950 até o Século XXI nos dias atuais.

Capítulo III – Destina-se a examinar os deveres conjugais definidos na lei civil, face aos novos paradigmas constitucionais do Direito de Família constantes da Constituição Federal de 1988, quais sejam: liberdade, igualdade e dignidade. Avança, ainda, na análise dos deveres conjugais constantes no Projeto de Lei nº2285/2007, que institui o Estatuto das Famílias, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Capítulo IV – Aborda os efeitos jurídicos da inadimplência dos deveres conjugais por ocasião da ruptura da sociedade conjugal, nos atuais processos de separação e divórcio, comparando-os ao processo de desquite vigente no CC/16. Neste capítulo, o estudo versa também sobre as referidas ações de separação e divórcio deduzidas em Juízo por um dos cônjuges ou conviventes contra o outro, pelo descumprimento de quaisquer dos deveres estabelecidos em lei e sua conseqüência no âmbito familiar.

Este trabalho pretende ser uma contribuição ao estudo de questões controvertidas e atuais referentes à família. O enfoque é predominantemente jurídico no âmbito do Direito Civil de Família, sem prescindir da valiosa contribuição das Ciências Sociais, da Antropologia e da História, especialmente, observando ser o Programa de Pós-Graduação de caráter interdisciplinar. Ao estar inserido na Linha de Pesquisa Família e Sociedade, os múltiplos olhares se fazem presentes, sobretudo, a partir de referências do Direito e da Sociologia.

Diz respeito, igualmente, ao Direito de Família na contemporaneidade, entendido como forma de apaziguamento social, revelado nos processos judiciais, através das mesas de conciliação e mediação de interesses intrafamiliares, e no dinâmico e eficaz acompanhamento dos fatos sociais emergentes indicadores de novas realidades.

# **CAPÍTULO I**

## **DAS OBRIGAÇÕES – DEVERES CONJUGAIS**

Nas Considerações Iniciais, indicamos que diversas podem ser as motivações que conduzem um homem e uma mulher à vida conjugal, em cada época, para cada pessoa, em cada lugar, a exemplo de: idade, condição, fortuna e saúde, prestígio social, força política, interesses econômicos, fidelidade, integridade, paixão, carinho, capacidade erótica, atração física, capacidade para ter filhos, competência profissional, capacidade econômica, crença religiosa, juventude ou maturidade, amor, sexo e organização da vida.

Deste conjunto de atos e atitudes de caráter pessoal e individualista, emergem atos e fatos sociais, cujo acompanhamento e apropriação são realizados pela ordem jurídica positivada, ou seja, normatizados através de um sistema constituído de regras e sanções, a serem cumpridos pela sociedade.

O que vale dizer, o direito, como norma impositiva, transforma usos e costumes da sociedade em lei, de caráter geral, irrestrito e aplicável a todos.

Dentro desta compreensão, pode-se entender que as obrigações exigíveis pelas pessoas na constância da vida conjugal, casados ou conviventes de união estável, uma vez institucionalizadas pelo direito, constituem-se deveres conjugais, cuja análise doutrinária é feita no presente capítulo.

Além disso, delimitamos o campo conceitual dos deveres conjugais e comentamos sobre a sua natureza jurídica, fazendo uma breve inserção na função assistencialista da família. Dita função, advém das relações de parentesco consanguíneo e do afeto<sup>5</sup>, ambos fundamento das obrigações intrafamiliares, para perquirir sua relação com os deveres conjugais, objeto da presente dissertação. Tomanos para explicar as relações de parentesco afetivo, as uniões estáveis, que são relações afetivas por excelência, na medida em que são constituídas pelos fatos/atos praticados pelos

---

<sup>5</sup> Sobre o afeto e relações afetivas, leitura mais profunda em Dissertação de Mestrado de Valnêda Cássia Santos Carneiro (2005), intitulada: *Filiação e Biotecnologia: Questões novas na tutela jurídica da família*. Salvador: UCSAL, sob orientação da Profa. Dra. Vanessa Cavalcanti e em Dissertação de Mestrado de Cristiano Chaves de Farias (2005) intitulada: *A Separação Judicial à luz do Garantirismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*, sob a orientação do Profo. Dr. José Euclimar Menezes.

conviventes numa vida em comum, pública, contínua, duradoura, objetivando constituir família, mas, sem se utilizar para tanto, dos processos formais de habilitação e celebração que o casamento exige. Ainda explicando as relações constituídas pelo afeto temos, num outro pólo diverso deste trabalho, a filiação por adoção, onde a biologicidade natural, cede ao afeto, o lugar determinante desta construção parental.

Nesta senda, advém outro questionamento alusivo à própria palavra *dever* aplicado à vida a dois, a conjugalidade, que deriva de cônjuge, cujo significado faz remontar à origem da palavra:

que identifica quem está unido pelos sagrados laços do matrimônio. O vocábulo *jugum* era o nome dado pelos romanos à canga ou aos arreios que prendiam as bestas a carruagens. O verbo *conjugare* (de *cum jugare*), entre outros sentidos, significa a união de duas pessoas sob a mesma canga, donde *conjugis* quer dizer jungido ao mesmo jugo ou ao mesmo cativoiro (DIAS, 2005, p. 242).

O comentário que se impõe seja ser feito a partir da citação de Dias, reside no fato de se reconhecer a intervenção estatal nas relações afetivas subjetivas, pessoais, impondo deveres entre os cônjuges, invadindo à sua vida privada, regada à luz de suas liberdades, valores e vínculos construídos por eles próprios, “jungido ao mesmo jugo ou ao mesmo cativoiro” (*IBID.*,p.242). Pelo que denota ser uma imposição coercitiva, a atribuição aos cônjuges de cumprir deveres conjugais durante o período de convívio, sem antes discutir e analisar seu cabimento e pertinência para aquela relação conjugal.

Donde é dever o cumprimento de ações, atos e atitudes das pessoas envolvidas em uniões afetivas familiares? Será que dever como regra sob a qual o homem deve conduzir-se é incompatível com as recíprocas adaptações às quais pessoas se amoldam, numa dinâmica freqüente para manter a atmosfera da harmonia, da paz, da tranqüilidade entre os membros da família? Será que se definir numa lista numérica os deveres é ir de encontro a liberdade individual, autonomia da vontade, igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges e sua própria dignidade? Ou ainda a imposição de normas jurídicas consolidam a vida em comum?

As reflexões ora postas nos conduzem a um estudo sobre a origem do conflito no Casamento, levado a efeito em 1940, por Kurt Lewin, tendo o grupo social como

determinante fundamental do espaço de vida. O aludido autor define o casamento como uma

situação de grupo e, como tal, apresenta as características gerais da vida grupal. Portanto, os problemas de um cônjuge no casamento devem ser vistos como resultantes da relação entre um indivíduo e seu grupo”

Sob essa ótica, grupal “é mais que a soma de seus membros”, sendo que a “essência do grupo não é a semelhança ou a diferença entre seus membros, mas a sua interdependência (LEWIN, 1978, p. 100).

E falando ainda sobre os conflitos no casamento, o autor enumera fatores considerados em conflitos no casamento: carências e satisfações, quantidade de espaço de movimento livre da pessoa, barreiras externas, adaptação de um indivíduo a um grupo.

Entretanto, a reflexão que nos conduziu aos estudos grupais neste capítulo, onde falamos em obrigações conjugais, reside no fato da denominada “natureza contraditória das necessidades que o casamento precisa satisfazer” (LEWIN, 1978, p. 100) na forma ora explicada:

O marido pode esperar que sua futura mulher seja, ao mesmo tempo, namorada, companheira, dona de casa, mãe, administradora de suas rendas ou colaboradora no sustento da família e representante da família na vida social da comunidade. A mulher pode esperar que o marido seja seu namorado, companheiro, arrimo de família, pai e zelador da casa. Estas diversas funções que cada cônjuge é solicitado a satisfazer exigem tipos opostos de ações e de traços de personalidade. Portanto, não se conciliam facilmente umas com as outras. No entanto, o malogro no preencher uma dessas funções pode deixar insatisfeitas importantes necessidades e provocar elevado e permanente nível de tensão na vida conjugal (LEWIN, 1978, p. 100).

Daí porque existe a “necessidade de adaptação mútua” que não parece seja um dever, mas, uma recomendação, para a solução dos conflitos como o meio de encontrar o equilíbrio que satisfaça os dois cônjuges e “manter ileso o casamento”. Aduz o estudo que a confiança representa a segurança no grupo, aliada a íntima interdependência e espaço de movimento livre compatibilizando com o amor, vida

doméstica e atividades externas, devem guardar o significado do equilíbrio na vida conjugal, pois: “o grupo conjugal inclui relativamente poucas pessoas; compreende a participação na casa, na mesa e na cama; e atinge camadas muito profundas da pessoa” (*IBID.*, p. 108 e 110).

Noutro giro, sobre a solução de conflitos o autor citado assinala: “o fator mais importante na solução dos conflitos é a atmosfera”, atmosfera geral do casamento” (*IBID.* ,p. 117).

Haveriam de nos perguntar qual a correlação a ser feita entre o estudo de Kurt Lewin sobre “Problemas de Dinâmica de Grupo”, falando sobre os conflitos no casamento e sua relação com os deveres conjugais?

Poderíamos apenas entender que, na convivência conjugal, espaço que medeia entre o conflito e a solução deste, é o lugar de se exercitar a “adaptação mútua” como base para o equilíbrio conjugal, para manter a “atmosfera” do amor e felicidade, na dosagem certa da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, vetores da constelação de valores e vínculos nascidos no seio de cada homem e cada mulher, na constância de sua relação afetiva.

Outra dinâmica que nos parece se fazer considerada, a par da dinâmica de grupo construída por Kurt Lewin, a que já nos referimos, é aquela de que chama a atenção Giancarlo Petrini quando expressa:

[...] outras características podem ser reconhecidas nas relações familiares que constituem a identidade da família. A primeira é a dinâmica do dom, que vai desde a troca de bens até o dom de si mesmo ao outro (entre os cônjuges e dos pais para com os filhos). A dádiva exprime uma relação que se distancia do cálculo próprio da troca de equivalentes no mercado capitalista. Trocar dons é a arte de cultivar vínculos (Mauss, 2001; Godbout, 1999; Lanna, 2000; Martins, 2002), segundo os movimentos de dar, receber, retribuir. A segunda é a reciprocidade, isto é, a orientação de um para o outro e vice-versa, não só no plano afetivo e sexual, mas em todos os aspectos da existência. A terceira é a sexualidade e a quarta é a generatividade, isto é a disponibilidade para gerar filhos e educá-los. (PETRINI, 2004, p. 13).

Fazendo um paralelo desta dinâmica com os deveres conjugais previstos no CC brasileiro vigente, podemos constatar outros valores capazes de nutrir a vida

conjugal, independentemente da previsão legal contida na lista dos deveres. Pois, se lançarmos o olhar sobre o dom que deve alimentar a vida conjugal, traduzido na entrega espontânea de si mesmo ao outro, automaticamente ocorre a reciprocidade desta entrega, na mesma intensidade e identidade daquela relação afetiva familiar, envolvendo dádiva e gratidão.

“A dádiva existe (ainda)? É o título da Introdução do livro *O Espírito da Dádiva* (GODBOUT, 1999), que trava o debate da existência ou não da dádiva modernamente.

Neste diálogo, ressalta a existência da dádiva, caracterizada pela não gratuidade, ao dizer:

se a modernidade recusa-se a crer na existência da dádiva é porque ela a representa como a imagem invertida do interesse material egoísta. A seus olhos, a verdadeira dádiva só poderia ser gratuita. E como a gratuidade é impossível (*There is no such thing as a free lunch* e jamais alguém fará a barba de graça) a dádiva, a verdadeira dádiva, é igualmente impossível. (GODBOUT, 1999, p. 15).

E acrescenta para explicitar o caráter de relação social da dádiva:

A dádiva, serve antes de mais nada, para estabelecer relações. É uma relação sem esperança de retorno (por parte daquele a quem damos ou de outra pessoa que o venha a substituir, uma relação de sentido único, gratuita nesse sentido e sem motivo, não seria uma relação. (op. cit., p.16) [...] Ela é mesmo a relação social por excelência, relação mais temível do que seria desejada (*IBID.*, p. 16).

Desta assertiva resultam os perigos e as recusas da dádiva. Ao referir-se aos presentes que recebemos, o autor expressa: “os presentes são particularmente venenosos quando quem os oferece é venenoso”. Marcel Mauss acentuou que, nas línguas germânicas, a palavra *gift* designa ao mesmo tempo a dádiva e o veneno” (*IBID.*). Por outro lado, a recusa da dádiva, do presente, “seria reconhecer o estabelecimento de uma relação pessoal que justamente não é desejada ou que não se quer mais”. Neste caso a “dádiva é um símbolo” (apud GODBOUT, 1999, p. 16-17).

Mas a dádiva forma um sistema, e Mauss em seu *Essai sur le don* (1932) já dizia que “as trocas e os contratos são feitos sob forma de presentes teoricamente

voluntários, mas na realidade compulsoriamente dados e retribuídos” (IBID., p. 19).  
Pelo que ressalta o citado autor que

ainda hoje, nada pode se iniciar ou empreender, crescer e funcionar, se não for alimentado pela dádiva. Começando pelo começo, ou seja, pela própria vida, pelo menos ainda por enquanto nem comprada nem conquistada, mas realmente dada, e dada geralmente no seio de uma família, legítima ou ilegítima. [...] Passando pelas relações de amizade de camaradagem e de vizinhança, as quais tampouco se compram, se impõe pela força ou se decretam, mas pressupõe reciprocidade e confiança (GODBOUT, 1999, p. 20).

Acentua-se o fato de que a relação social familiar, entre os cônjuges, é uma relação onde também presentes estão reciprocidade e confiança, direcionando para a presença da dádiva na vida conjugal, como direção do comportamento espontâneo, livre, igual e digno entre o casal, sem que seja dever, norma impositiva.

Para o autor, “cabe perguntar por que um fato tão concreto e importante não é mais visível nem mais bem reconhecido? [...] É possível encontrar três razões principais para essa ocultação da realidade da dádiva”: “a dádiva é uma “forma de troca”, é uma “relação social sintética *a priori*” e a dádiva é o “sistema das relações sociais de pessoa a pessoa” (GODBOUT, 1999, p. 25-8).

a idéia central que inspira este livro [...] nada mais é do que a hipótese segundo a qual o desejo (*drive*) de dar é tão importante para compreender a espécie humana quanto o de receber. Que dar, transmitir, entregar, que a compaixão e generosidade são tão essenciais quanto tomar, apropriar-se ou conservar, quanto a inveja ou o egoísmo.

É possível que a dádiva seja algo tão simples e tão grandioso, na medida das relações do afeto, as relações conjugais, as relações familiares, traduzida por atos de grandeza, de generosidade, de perdão, de compaixão e solidariedade.

Perguntamos: os deveres conjugais esculpido na lei civil podem ou não alcançar estes sentimentos? O que será apurado, na delimitação dos conceitos sobre os deveres conjugais emanados dos doutrinadores do direito, está a seguir descrito.

## 1.1 DELIMITAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

Os deveres conjugais estão fixados pelo Estado para proteger a família. Então, para aqueles que casam o “alcance da expressão ‘sim’ na solenidade do casamento significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece de forma rígida como deveres dos cônjuges” (DIAS, 2005, p. 242), sem que seja necessário, para tanto, qualquer expressão de vontade.

O Poder Estatal disciplina os deveres conjugais nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil atual, respectivamente, para o casamento e para a união estável:

“São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;

II – vida em comum, no domicílio conjugal;

III- mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

V – respeito e consideração mútuos”. (Art. 1.566).

“As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. (Art. 1.724).

O entendimento manifestado por Rizzardo, ao estudar os efeitos jurídicos do casamento, no que se refere aos deveres conjugais, é no sentido de que:

há uma série de deveres comuns e recíprocos que nascem do casamento, e que a lei os concebe como condição inafastável de sobrevivência da família conjugal. Não significa que inexistam outros, mas revelam a condição mínima para estabelecer uma união conjugal (RIZZARDO, 2004, p. 169).

A considerar este entendimento é possível que cada inciso onde consta dever legal, acima enumerado, possa desdobrar-se em diversos outros, não instituídos por lei, integrantes de uma constelação infinita de deveres conjugais, de caráter subjetivo, necessários para “a estabilidade e o bom funcionamento da família” fazendo a menção de alguns deles:

o amor entre os seus membros, o entendimento a confiança, a tolerância a abnegação, a colaboração nos afazeres domésticos, a economia nas

despesas, além de algumas condições básicas, como um razoável entrosamento de mentalidades, cultura, sensibilidade e temperamento entre os cônjuges (*IBID.*, p. 169),

A indicação é de que a lista legal é exemplificativa e não taxativa. Entretanto, vários são os juristas que se ocuparam em delimitar o conceito, na compreensão taxativa ou exemplificativa, os deveres conjugais tipificados em lei, além de Arnaldo Rizzardo, Orlando Gomes, Paulo Lobo, Maria Berenice Dias, Carlos Roberto Gonçalves, Silvio de Salvo Venosa, Fábio Ulhoa Coelho, entre outros. Cada qual, a seu tempo, possui uma concepção sobre os deveres conjugais vinculada à evolução histórica do próprio Direito de Família no ordenamento civil pátrio.

A lei menciona os deveres, é certo, preocupando-se em listá-lo, embora seja este “um assunto do interesse exclusivo da família”. Isto porque o CC/02 em seu artigo 1.513 diz que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O que vale dizer, é proibido qualquer pessoa de direito público, como o Estado, ou de direito privado como os particulares, interferir na comunhão de vida criada pela família. Por esta razão “as implicações da inobservância dos deveres do casamento não são juridicamente relevantes [...] claro, se um dos cônjuges deixa de cumpri-los, poderá o outro pedir o desfazimento do vínculo (COELHO, 2006, p. 50), fato de que nos ocuparemos no capítulo IV.

Dentro de uma visão mais conservadora, podemos encontrar em Orlando Gomes os conceitos dos deveres conjugais à luz do Código Civil de 1916, considerando a premissa segundo a qual “além das relações pessoais, estabelece o casamento relações patrimoniais entre os cônjuges, igualmente consistentes entre direitos e deveres recíprocos e próprios (GOMES, 1968, p. 116). Acrescentando o autor que “o principal efeito do casamento na ordem patrimonial é o dever de sustento da família que incumbe, em princípio, ao marido”. Na época, a contribuição financeira da mulher para a família estava restrita aos afazeres e prendas domésticas e não garantiam sequer seu próprio sustento.

Neste raciocínio, prossegue o jurista, o dever obrigacional de coabitação representa “mais do que a simples convivência sob o mesmo teto”. É, sobretudo, o “*jus in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*”. Não só convivência, mas união carnal. O *jus in corpus*, de cada cônjuge sobre o outro, implica no lado

passivo, o débito conjugal que tem de ser cumprido para que a sociedade conjugal se mantenha íntegra” (GOMES, 1968, p.117).

Resulta da coabitação o dever de fidelidade, que interpretado pelo jurista citado “consiste em abster-se cada cônjuge de relações carnis com terceiro”, e continua: “decorre do caráter monogâmico do casamento, sendo incondicional” (*IBID.*, p. 119).

Em análise mais detalhada sobre dever obrigacional de fidelidade considera que:

A infidelidade pode ser material ou moral. Se consiste na prática de congresso sexual com terceiro, constitui adultério. Se não chega a esse extremo concretizando-se em fatos que denunciam esse propósito ou constituem sob esse aspecto, agravo à honra do outro cônjuge, qualifica-se como infidelidade moral justificando o desquite, sob o fundamento de injúria grave (*IBID.*, p. 119).

Em seguida, o dever obrigacional de assistência “consiste em ajuda e cuidados. Ajudam-se os cônjuges mutuamente em todas as circunstâncias da vida, compartilhando dores e alegrias, um confortando o outro na enfermidade” sendo que “a violação do dever de assistência constitui “injúria grave” (*IBID.*, p. 119).

Os direitos e os deveres para com os filhos, constantes do rol legal, significa nas palavras do doutrinador: “criando a família legítima, impõe o casamento aos cônjuges deveres para com a prole”, em que pese estes últimos existirem desde 1916, representados como “relações pessoais e patrimoniais que melhor se definem no estudo do instituto do pátrio poder”<sup>6</sup>, que é o poder dos pais com relação aos filhos. (*IBID.*, p. 123).

Donde se pode entender que a Lei estipulou no elenco dos deveres conjugais, desde 1916, os deveres dos cônjuges entre si (fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, respeito e consideração mútuos) e destes para com os filhos (sustento, guarda e educação) no mesmo dispositivo legal, contido no artigo 1.566 do CC/02.

Analisando a dicção dos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil de 2002, e sua respectiva listagem de deveres conjugais e convivenciais, do casamento e união estável, respectivamente, vamos encontrar em Paulo Lobo, membro integrante do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, num entendimento manifestado

---

<sup>6</sup> Sobre pátrio poder consultar artigos 379 e seguintes do Código Civil de 1916.

pós Constituição de 1988, uma oposição ao de Orlando Gomes, quando afirma: “Os deveres de fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal e respeito e consideração mútuos [...] importam profunda interferência na intimidade e na privacidade familiares, que dizem respeito exclusivamente aos cônjuges.” (LOBO, 2007, p. 119). A expressão encontra amparo no disposto no artigo 1.513, acima citado do CC/02, que veda qualquer possibilidade de interferência na vida em comum da família.

Além disso, critica o autor o ordenamento civil positivado dizendo que: “estes deveres, durante a convivência conjugal, são absolutamente inócuos, pois destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos” (*IBID.*, p. 119), e continua analisando os dispositivos legais para aduzir que:

Assim, prestam-se, exclusivamente, como causa de separação judicial litigiosa (art.1.572) quando a sociedade conjugal já chegou ao fim, trazendo ao conhecimento dos agentes públicos judiciários (*a fortiori* do Estado) o que deveria estar velado pela tutela da preservação da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição) (*IBID.*, p. 119).

E enfatiza sua concepção sobre a impositividade da lista dos deveres conjugais estabelecidos no Código Civil de 2002, quando ressalta: “Todavia o princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com o simples desaparecimento dos laços afetivos do casal, bastando que um assim considere, tornando desnecessária a investigação de culpa ou de culpado” (*IBID.*, p. 119)

A crítica vai além, chega a distinguir os deveres para os casados e para os conviventes em união estável e, sobre o artigo 1.566 do C/C 02, já citado, diz que este dispositivo legal, “estabelece um rol de deveres mais gravoso do que o previsto para a união estável (art. 1.724), cujos companheiros estão dispensados da fidelidade recíproca e da vida em comum no domicílio conjugal”, utilizando-se, para tanto, da seguinte expressão:

Esses deveres são inconciliáveis com a união estável, uma vez que a Constituição a recebeu e garante como união ontologicamente livre em sua formação e em sua convivência. Ora, se tais deveres não podem ser atribuídos aos companheiros da união estável, então não poderiam ser mantidos para os cônjuges, porque estariam a dificultar a conversão

daquela em casamento, em vez de facilitar, violando-se o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição (*IBID.*).

Para comprovar, argumenta o autor que o dever de fidelidade recíproca “historicamente, voltava-se em grande medida ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e a *turbatio sanguinis*.” (*IBID.*, p. 119),

Tal questão pode parecer insustentável na atualidade, com o progresso da medicina, os métodos anticoncepcionais corolários da liberdade sexual da mulher, tornando o casamento no dizer do autor “não uma comunhão de afetos e interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra o outro, quando o relacionamento chega ao fim” (*IBID.*, p.120), cujos efeitos da inadimplência na ruptura da sociedade conjugal estudaremos no Capítulo III desta dissertação.

“O dever de respeito e consideração mútuos foi introduzido no Direito Brasileiro pela Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, que regulamentou a união estável, no lugar do dever de fidelidade”, O autor menciona ainda que: “O Código Civil de 2002, inexplicavelmente, trouxe para os cônjuges como *plus*, mas não o transplantou para o art.1.724, preferindo as locuções “lealdade” e “respeito” de conteúdo muito mais vagos e imprecisos” (*IBID.*, p. 121).

O dever de respeito e consideração mútuos, neste sentido,

abrange a inviolabilidade da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica, da honra, do nome da imagem, da privacidade do outro cônjuge. Mas, não é só um dever de abstenção ou negativo, porque impõe prestações positivas de defesa de valores comuns, tais como a honra solidária, o bom nome da família, o patrimônio moral comum (*IBID.*).

Quanto ao dever de vida em comum, no domicílio conjugal, se no Código de 1916 representou o débito conjugal, na contemporaneidade, é um dever repudiado, no dizer de Paulo Lobo, “fez sentido enquanto prevaleceu a sociedade patriarcal, reservando-se à mulher os papéis domésticos e ao homem o de provedor” (*IBID.*, p. 122).

Este entendimento também pode parecer reconhecido pelo C/C de 2002 no seu artigo 1.569, ao permitir que o cônjuge possa se ausentar do domicílio conjugal para atender encargos públicos, ao exercício da profissão ou a interesses particulares

relevantes, sendo que hoje o nome do lugar onde se localiza a comunidade familiar é residência e não mais domicílio conjugal.

A mudança da nomenclatura encontra fundamento nos fatos sociais, porque a emancipação feminina e a inserção crescente das mulheres no mercado de trabalho, inclusive em cidades distintas de seus maridos, o dever de vida em comum revela-se relativizado.

De acordo com a concepção do autor, o dever de mútua assistência envolve aspectos morais e materiais. Decorre do princípio da solidariedade familiar consagrado na Constituição Federal, como veremos no Capítulo III.

Convém citar a expressão do autor com relação a este dever de mútua assistência, a saber:

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 mais elevado e a assistência material diz respeito ao provimento dos meios necessários para o sustento da família de acordo com os rendimentos e as possibilidades econômicas de cada cônjuge (*IBID.*, p. 123).

Elimina, porém, este entendimento na medida em que a assistência moral e material é intrínseca ao princípio da solidariedade familiar, constitucionalmente estabelecido, não estando, assim, adstrito a dever conjugal propriamente dito.

No que diz respeito ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos, estas características são ínsitas ao poder familiar<sup>7</sup> e não se coadunam também enquanto deveres entre cônjuges propriamente ditos, relação horizontal, até porque cada um dos cônjuges, pai e mãe, é detentor desta autoridade em relação a seus filhos, decorrente do princípio constitucional da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.

Observando a realidade hodiernamente, o autor citado afirma:

a própria razão de ser da norma instituidora dos deveres comuns, sua utilidade e sua finalidade, perderam consistência porque ela integrava um conjunto normativo voltado à consolidação do paradigma familiar fundado

---

<sup>7</sup> Sobre o poder familiar, que é o poder dos pais sobre os filhos, estudo detalhado é encontrado na obra de Ramos (2005).

na entidade matrimonializada. Este '*status quo*' deixou de existir a partir da Constituição Federal de 1988 que introduziu novos parâmetros familiares, inclusive sedimentou o princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher e entre os filhos (*IBID.*).

Opinião diversa tem Rizzardo (2004, p. 170): "o Código Civil ateu-se aos principais deveres, considerados o mínimo para a estabilidade conjugal".

Sobre a fidelidade recíproca diz que sua origem e causa de existir estão na organização monogâmica da família. Acrescenta que o sentido da fidelidade recíproca envolve mais a dedicação exclusiva e sincera de um cônjuge em relação ao outro ou um leal compartilhamento de vida, tanto na dimensão material como na espiritual.

O dever de vida em comum no domicílio conjugal é mais que a coabitação, "envolve a plena comunhão de vida"; homem e mulher "constituem entre si uma comunhão da vida toda", que "compreende esforços, trabalhos, desejos e realizações, a vida em comum vai muito além de um relacionamento sexual".

A mútua assistência compreende "o amor, o auxílio, o amparo mútuo, tudo dirigido para o bom entendimento, para a educação dos filhos e a felicidade comum da família, e a respeito do sustento, guarda e educação dos filhos "trata-se de dever dos pais em relação aos filhos". Respeito e consideração mútuos, "compreendem a atitude e a maneira elevada de alguém se dirigir a uma pessoa" (*IBID.*, p. 170-5) gentilezas, trato fino, valorização do outro cônjuge, resalte de suas qualidades.

Em outra linha de pensamento, preleciona Dias (2005, p. 116), que levanta uma outra questão de indenização por danos morais, da qual vamos nos afastar, para transcrever o pensamento da jurista apenas naquilo que toca diretamente aos deveres conjugais.

Ainda que seja forçoso reconhecer como indevida qualquer intromissão do Estado na intimidade da vida a dois, o fato é que a lei impõe e assegura direito tanto no casamento (1.566) como na união estável (1.724). Porém a violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa a honra ou a dignidade do consorte a ponto de gerar obrigação indenizatória por danos morais.

Considera que o dever de “fidelidade corresponde ao de exclusividade de relacionamento sexual”. Neste sentido, “o chamado sexo virtual, em que os parceiros trocam mensagens eróticas via internet, é exemplo de infidelidade” (COELHO, 2006, p. 53). Sobre a infidelidade virtual, ou o adultério virtual “não implica em violação do dever de fidelidade, pela falta de contato físico, mas sim em martirização ao dever conjugal de respeito e lealdade (CHAVES, 2008, p. 190). Pelo que “o tema deveria ser ignorado pela ordem jurídica, tanto no âmbito civil como no criminal. É assunto da exclusiva alçada dos casais e o autor considera “indiferente para sociedade a guarda do dever de fidelidade”. A vida em comum é “partilhar o cotidiano um com o outro em todos os múltiplos e ricos aspectos: profissional, social, psicológico, econômico, cultural, físico” (COELHO, 2006, p. 53-54).

Sobre respeito e consideração mútuos compreende que em qualquer lugar em que esteja, nenhum dos cônjuges pode, por suas condutas ou falas, agravar a imagem-atributo do outro ainda que minimamente.

O dever de mútua assistência manifesta-se “tanto nas aflições como nas dificuldades econômicas” (COELHO, 2006, p. 52 e 53). O de sustento, guarda e educação dos filhos corresponde as “árduas responsabilidades atinentes ao sustento, guarda e educação dos filhos, biológicos ou não, devem ser repartidas entre os cônjuges”.

Tratando do cerne da questão do dever de fidelidade que é a monogamia, é de Dias (2005) o entendimento de que o dever de fidelidade “é norma social, estrutural e moral, mas também é norma jurídica, porque sua transgressão admite punição na esfera civil e criminal” (DIAS, 2005, p.244-5). Aduz que, no fundo, é um desestímulo a infidelidade, a considerar que a bigamia é crime<sup>8</sup>, o “que torna imperativa a anulação do casamento”. E acrescenta, “mesmo sendo uma obrigação imposta por lei, para vigorar durante sua vigência, não há como exigir, em juízo, o seu adimplemento na constância do vínculo matrimonial”, concluindo que “ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal”.

Quanto ao dever obrigacional de vida em comum no domicílio conjugal, ressalta ainda que “não significa imposição de vida sexual ativa nem a obrigação de manter relacionamento sexual”, deixando mais claro que “não existe sequer a obrigação de

---

<sup>8</sup> Vide artigo 235 do Código Penal.

se submeter a um beijo, afago ou carícia, quanto mais de se sujeitar a práticas sexuais pelo simples fato de estar casado” (*IBID.*, p. 249).

A obrigação de mútua assistência, na análise feita pela autora materializa a “promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença” feita no ato da celebração do casamento.

O sustento, guarda e educação dos filhos, reconhece a autora, como, aliás, assim vem se posicionando a doutrina, “é encargo dos pais enquanto pais” (*IBID.*, p. 251).

A interpretação encontrada em Silvio Venosa difere dos autores até aqui citados, de cunho mais conservador. Sobre a fidelidade recíproca, considera “corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade” (VENOSA, 2008, p. 140).

A obrigação conjugal da vida em comum no domicílio conjugal é decorrente da união de corpo e de espírito, entendendo que “na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais”, embora faça a ressalva de que: “a sua falta não implica necessariamente desfazimento do *affectio maritalis*” (*IBID.*).

Sobre a mútua assistência “também é derivada da união material e espiritual”, chegando a afirmar que “o casamento não transige em matéria do pão do corpo e do pão da alma”, e o não cumprimento de um ou de outro implica transgressão do dever conjugal. A respeito do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, diz que “incumbe a ambos os pais o sustento material e moral de seus filhos”<sup>9</sup>. E sobre o respeito e consideração mútuos, dever acrescido à listagem legal pelo Código Civil de 2002, “é base para toda a vida em comum” (*IBID.*, p. 141-143).

Na mesma linha de entendimento, discorre Gonçalves (2007, p. 175-180) sobre o conceito dos deveres conjugais. Por fidelidade recíproca assinala o caráter monogâmico do casamento, pois a vida em comum vincula o “dever de coabitação”, a mútua assistência “obriga os cônjuges a se auxiliarem, reciprocamente, em todos os níveis”, forma a “identidade fisiopsíquica” retratada no Direito Canônico dizendo “uma só carne ou um só corpo”. Sustento, guarda e educação dos filhos constitui “dever e direito dos pais”, como já vem sendo sustentado pelo autores citados neste capítulo. Respeito e consideração mútuos decorrem da “comunhão plena de vida”

---

<sup>9</sup> Sobre obrigações legais dos pais, vide o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

própria do casamento que “tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir”.

Da leitura dos autores do direito, podemos compreender que os deveres durante a convivência conjugal são imperceptíveis pelos cônjuges, ou mesmo desconhecidos. Não há exigência legal do seu acompanhamento ou fiscalização, prestação de contas ou qualquer proposta de perfeição ou modificação, ainda de renovação pelos cônjuges ou conviventes ou mesmo pelo Estado, no decurso da vida conjugal.

São deveres legais silenciosos, dormentes, inertes, a que toda pessoa casada ou convivente de união estável, está submetida, sem que precise expressa manifestação de vontade ou discordância de seu cumprimento. Não se discute os deveres conjugais, se adere. É um compromisso conjugal legal compulsório, que não admite comportamento em contrário, nem a mais nem a menos, senão nos estritos termos da lei, cujo teor se desconhece.

É como se disséssemos: os deveres conjugais ficam estáticos e intactos face a dinâmica da relação a dois, da vida marital, do dia a dia desta convivência, enquanto durar. Então, enquanto dura o casamento ou a união estável, as pessoas não se apercebem desses deveres, tanto o homem quanto a mulher, também os filhos. Certamente não o conheceram anteriormente à celebração do casamento ou da constituição da união estável, nem durante a sua vigência, como se depreende da doutrina jurídica levantada neste trabalho.

Mas, quando então, casados e conviventes, tomam consciência da existência dos deveres conjugais listados em lei? Esta é a problemática que traz esta dissertação, a ser esclarecida na pesquisa doutrinária do ordenamento jurídico positivado.

Existe algo que chama a atenção do pesquisador sobre o tema focalizado, e que diz respeito à natureza jurídica dos deveres conjugais, pelo que justifica tecer considerações sobre a função assistencialista da família, onde poderia estar assentada a funcionalidade natural dos deveres conjugais, o que vamos tratar em seguida.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA DOS DEVERES CONJUGAIS

A família encontra-se sob a proteção do Estado, assim dispõe a Constituição Federal:

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento;

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos;

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. (Art. 226 da CF).

Entretanto, a disposição constitucional não declara em que deve consistir, quanto aos meios e medidas através das quais se efetive a proteção à família. Ao que parece, o legislador constitucional remeteu o assunto para o ordinário através da legislação civil, que também não se pronunciou quanto a efetividade das medidas protetivas.

O Código Civil Brasileiro dividiu o Livro que normatiza o Direito de Família em três grandes campos de estudo disciplinar: o primeiro dedicado ao direito pessoal, voltado ao estudo da instituição do Casamento; o segundo tem como objeto o direito

patrimonial, onde estão regulamentados os regimes patrimoniais de bens; e o terceiro se ocupa do direito assistencial.

Da leitura do texto legal que dispõe sobre o direito assistencial da família, temos três instituições seculares, existentes desde o CC de 1916<sup>10</sup> constituído da Tutela, Curatela e Ausência<sup>11</sup>, que não é objeto de nosso estudo, através das quais assiste a família e seus membros. Pelo que a função assistencialista da família, neste caso, é uma função intrafamiliar, de amparo aos seus membros nas necessidades, nas enfermidades, na velhice.

No cumprimento da assistência familiar, a família provê o sustento, a educação, o lazer, a cultura de seus membros, guardada a compatibilidade com seu padrão econômico.

Assim opera o Direito de Família, em seu aspecto assistencial, efetivado pelos particulares, pelas pessoas em suas relações familiares. O que vale dizer, o Estado recua da sua função assistencial à família que declara proteger, e a própria família assume esta atribuição de forma compulsória, para manter e fazer sobreviver os seus membros, na medida em que:

pais se sacrificam para dar estudo aos filhos, irmão ajuda a irmã desempregada com as despesas do supermercado, tia custeia o tratamento dentário da sobrinha, filhos se cotizam para pagar o seguro saúde dos pais – essas ações acontecem em geral, porque os familiares se gostam ou pelo menos se consideram responsáveis uns pelos outros; no mínimo, nutrem a expectativa de merecerem igual auxílio de um familiar, se vierem a necessitar (COELHO, 2006, p. 195).

Quando a prestação assistencial da família aos seus membros não se realiza de forma espontânea, a lei exige que aludida prestação seja feita através de seus institutos, a exemplo dos alimentos. Neste sentido, dispõe o Código Civil: “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição pessoal” (artigo 1.694 do CC/02).

A origem da função assistencialista da família pode ser entendida também no fato de que “o ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de

---

<sup>10</sup> Vide artigos 406 a 484 do CC/16.

<sup>11</sup> Vide artigos 1.728 a 1.783 do CC/02.

seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência” (VENOSA, 2008, p. 348).

Igualmente a família assiste aos seus membros incapacitados para a prática de atos da vida civil, através da constituição de um curador, legalmente constituído.

Na ausência dos pais, os filhos menores também são amparados por tutores, que são pessoas da família, parentes, indicados para o encargo de, substituindo os pais, exercerem o poder familiar de sustentar, guardar e educar os filhos órfãos.

É de se notar que o “Estado tem interesse direto no cumprimento das normas que atribui obrigação legal para os membros da família, pois a sua inobservância acarretará um maior número de pessoas carentes, desprotegidas e desamparadas que poderão trazer outros problemas à sociedade” (VENOSA, 2008, p. 348)

Assim, pode-se pensar na possibilidade de os deveres conjugais encontrarem apoio na função assistencialista da família?

Os estudos desenvolvidos até agora demonstram que aos deveres conjugais listados em lei sujeitam-se os cônjuges entre si, tendo em vista o vínculo conjugal que os une, na constância do casamento ou da união estável. Ao passo que, relativamente à função assistencial da família, subordinam-se os parentes de sangue ou afetivos entre si, de obrigações familiares por toda uma vida.

A indicação da pesquisa é que a função assistencialista da família não serve de base para a instituição legal dos deveres conjugais, repousando, pois, a juridicidade dos deveres conjugais em direito subjetivo, de caráter pessoal, posto [que] vinculado a instituições de direito pessoal – casamento e união estável – apresentando-se, portanto, como direitos subjetivos específicos, oponíveis a todos.

Corroborar com esta interpretação a manifestação feita por Pinheiro (2008, p. 103) ao afirmar: “os direitos conjugais são instrumentos de realização da finalidade do casamento ou *direitos de comunhão*”.

É do Código Civil a disposição que determina que o “casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1.511 do CC/02).

A análise deste princípio do casamento encontra-se cotejada no estudo dos deveres conjugais nas duas legislações civis brasileiras, contextualizada com a evolução histórica contemporânea do Direito de Família, o que faremos, a seguir, no próximo Capítulo desta dissertação.

## **CAPÍTULO II**

### **OS DEVERES CONJUGAIS NO CONTEXTO DA HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Compreende este Capítulo – através da pesquisa documental e observação de documentação primária oficial - a análise dos deveres conjugais nas duas legislações civis brasileiras, de 1916 e 2002, contextualizada através do processo histórico contemporâneo adstrito ao Direito de Família do século XIX ao XXI, ressaltando as conquistas legislativas ocorridas entre uma compilação e outra.

O estudo ora proposto começa pelo enunciado das fontes do Direito de Família, inseridas no ordenamento civil pátrio, que advêm do

direito canônico e do direito português, representado este, sobretudo, pelos costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil como seus colonizadores. A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1890 que instituiu o casamento civil (GOMES, 1968, p. 15)<sup>12</sup>.

A aludida Lei de nº 181 de 24 de janeiro de 1890, promulgada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, foi composta por 125 artigos que trataram das formalidades do Casamento, seus impedimentos, respectivos processos de habilitação e celebração, casamento de brasileiros no estrangeiro, provas, efeitos do casamento, hipóteses de casamento nulo e anulável e ainda dispunha sobre o divórcio.

Quase todos os dispositivos legais contidos na referida lei foram recepcionados, ou seja, assimilados pelo Código de 1916, que a revogou em sua totalidade.

A posição do Direito Canônico é conduzida ao presente trabalho na transcrição do pensamento expressado por Azevedo (2001, p. 58):

segundo o texto bíblico, Deus criando o homem e a mulher, a sua imagem, recomendando-lhes que fossem fecundados e se multiplicassem, determinou sua união em uma só carne, texto de que se serviu Jesus para defender o caráter indissolúvel do casamento monogâmico, afirmando:

---

<sup>12</sup> Cópia no Anexo I

‘Assim não são mais dois, mas uma só carne. Portanto o que Deus ajuntou, não o separe o homem’.

Reafirmando este conceito, nos dias atuais, Dias (2005, p. 142-3) assinala que o casamento “sempre foi reconhecido como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”. Esclarecendo sua afirmativa, acrescenta:

O casamento gera o que se chama de estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal. Historicamente, sempre se reconheceu que a constituição da família nasce da lei que celebra o casamento, assegura direitos e impõe deveres no campo pessoal e patrimonial. As pessoas têm a liberdade de casar, mas, uma vez que se decidem, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulação de suas relações. Assertivas como esta, da doutrina mais tradicional, mostram que a tônica era o interesse de ordem pública, sem maior atenção ao interesse dos próprios cônjuges, o que deveria ser prevalente.

Por outro lado, Pontes de Miranda, jurista que se dedicou a comentar o Código Civil de 1916, define o casamento, sem nenhum conflito com a contemporaneidade, como “relação ética entre um homem e uma mulher” (MIRANDA *apud* DIAS, 2005, p. 142).

O Casamento era, portanto, o único modo legal, à época de 1916, de se estabelecer vínculo conjugal entre homem e mulher, cujos deveres de cônjuges entre si serão analisados, em seguida, à luz da concepção familiar e do direito de família desde a primeira metade do século XX até o ano de 1950.

## 2. 1 - OS DEVERES CONJUGAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O DIREITO DE FAMÍLIA DA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX ATÉ 1950

O Código Civil de 1916 regulou o Direito de Família matrimonializado, voltado à família constituída unicamente pelo matrimônio, havida do casamento, instituição secular.

No seu artigo 231, o CC 1916, estabeleceu como deveres conjugais a fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos. É como se encontra, abaixo transcrito, o dispositivo legal citado, na sua integralidade:

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. (art. 231 CC/16).

Para melhor compreender o enunciado normativo do Código de 1916, retomo Gomes (1968, p. 115) quando assinala: “Os deveres e direitos próprios e recíprocos dos consortes, constituem, na tradição doutrinária e legislativa, os *efeitos* do casamento”. Ressalta, ainda, que os efeitos reduzir-se-iam a um só: “a criação da família legítima”. “Os outros são simples conseqüências lógicas”. Alcançando um raciocínio mais analítico, esclarece o autor citado que os “deveres são recíprocos, exigidos na mesma medida, de ambos os cônjuges. Já os direitos e deveres próprios de cada qual pressupõem, no estado atual da legislação, uma relação de hierarquia, na qual o marido ocupa a posição mais alta” e a “mulher exerce funções especializadas, ou subsidiárias” (CARBONNIER *apud* GOMES, 1968, p. 116).

Dentro deste princípio, conceitua o dever de fidelidade como aquele que consiste em “abster-se cada cônjuge de relações carnais com terceiros”, e acrescenta “trata-se de dever que não pode ser dispensado, mas se a falta é perdoada pelo outro cônjuge deixa de ser justa causa para o desquite” (GOMES, *op.cit.* p. 119).

O dever de coabitação, ou seja, de vida em comum no mesmo domicílio conjugal, sob o mesmo teto, vale explicar,

é o modo legítimo de estabelecer a vida em comum dos nubentes. Não se casam para outro fim. Devem, portanto, viver juntos. Não só convivência, mas união carnal. [...] O dever de assistência consiste em ajuda e cuidados e a violação do dever de assistência constitui injúria grave, e pode ser demandado por ação de desquite (*IBID.*, p. 117-21).

Direitos e deveres para com os filhos são estabelecidos no elenco dos deveres entre os cônjuges no CC de 1916, quais sejam, “cumpre aos cônjuges sustentar, guardar e educar os filhos”. Observemos que referidos direitos são ínsitos ao pátrio poder próprios e exclusivos do pai e da mãe<sup>13</sup>, de criar, formar e educar seus filhos, regulamentados em dispositivos legais típicos no Código Civil de 1916, a que já nos referimos neste trabalho.

Adiante, o mesmo diploma legal estabelece de forma diferente os direitos e deveres do marido, e os direitos e deveres da mulher, mas não são objeto de nosso estudo, pois este se limita aos deveres entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, constituída sob a forma de Casamento ou de União Estável.

Impõe-se esclarecer de antemão que, sobre os deveres entre os conviventes em União Estável, estes não foram normatizados pelo Código de 1916, porquanto as uniões estáveis enquanto sociedades de fato constituídas, à época, entre pessoas impedidas de casar, eram tidas como relações denominadas de concubinárias, (concubinato), *a latere* do ordenamento civil pátrio então vigente.

Os estudos indicam que, no início do século XX, época da elaboração do Código Civil de 1916, pode-se constatar a existência de Família legitimada pelo casamento, cujo núcleo central era constituído de pai, mãe e filhos legítimos, biológicos, resultantes da conjunção carnal entre marido e mulher, exclusivamente, podendo-se compreender, via de consequência, que Família era a união de duas pessoas, homem e mulher, voltados a assegurar a procriação garantidora da sobrevivência da espécie humana, um ser do sexo masculino outro do sexo feminino.

Noutro giro sobre o modelo de família no Código Civil de 1916, dentro do contexto patrimonialista da codificação de 1916, Alves (2007, p. 30) afirma que: “a família era tratada no Código como um ente de produção de riqueza, perpetuada nas gerações seguintes por intermédio do Direito das Sucessões” .

---

<sup>13</sup> A mulher passou a ser detentora do pátrio poder, poder do pai sobre os filhos, a partir do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº4.121/64.

Adiante, o referido autor aduz, esclarecendo, que:

A irrestrita necessidade de sustentar, por tempo ilimitado, essa supervalorização de *ter* em detrimento do *ser* levou o Código a consolidar, a todo custo, apenas um modelo de família baseado, entre outros, em dois pilares essenciais: *o matrimônio como único meio de constituir o instituto da família e a conseqüente regra da indissolubilidade do vínculo conjugal* (precaução contra possíveis “ameaças” ao sacro instituto) (ALVES, 2007, p. 31).

Pelo que se pode entender, o conceito caracterizador da família na primeira metade do Século passado era ser matrimonializada, sendo unicamente legítima a advinda do matrimônio, sacramento cristão, e o Casamento a instituição civil capaz de assegurar a legitimidade da prole, resultante da relação sexual exclusiva, e o patrimônio, garantidor da subsistência econômica da família.

Sobre este aspecto, vale a observação trazida por Gomes (1968, p. 23):

A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por largo período histórico, vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em conseqüência, é a influência do direito canônico na estruturação jurídica do grupo familiar.

Retomando ao estudo de Gomes (1968, p. 23), encontramos a leitura sobre acepções da palavra família: “o vocábulo família não tem significação unívoca”. No Direito Romano, acrescenta o autor, “era empregado em diversas acepções, aplicando-se às coisas e as pessoas [...] Ora significava o conjunto das pessoas sujeitas ao poder do *pater familias*, ora o grupo dos parentes unidos pelo vínculo da cognação, ora o patrimônio, ou herança”.

Mais profundamente, vem a explicação do citado autor, quando detalha:

A família romana assentava no poder incontestável do *pater familias*, “sacerdote, senhor e magistrado” em sua casa. Seu poder – *pátria potesta* – exercia-se sobre os filhos, a mulher, os escravos, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, ao ponto de se lhe reconhecer *o jus vitae et necis* (IBID., p. 26).

Sendo válido transcrever, neste cotejo, outro conceito de Família à época da primeira metade do século passado:

era também a principal unidade de produção de bens. Comidas, roupas, móveis e tudo de que se necessitava para viver eram produzidos, *em princípio*, pela família. O trabalho acontecia dentro da família: nela incluíam-se os escravos. Além disso, era um grupo religioso. Cada família adorava seus próprios deuses e o *pater* era o sacerdote dos rituais. A cura das enfermidades e o amparo na velhice eram atribuições exclusivas da estrutura familiar. Era na família igualmente que se desenvolvia, do início ao fim, a educação dos pequenos e a preparação do filho primogênito para a vida pública; não havia escolas ou universidades naquele tempo (COELHO, 2006, p. 5).

A modificação desse *status quo* então vigente vem com a lição de Gomes quando afirma: “A reação a essa tendência produz-se, entretanto, acentuando-se com a intervenção do Estado pelo reconhecimento da importância social da família.” (GOMES, 1968, p. 29).

A contribuição das Ciências Sociais vem ao encontro do direito, demonstrando a realidade dos fatos sociais refletidos na legislação então vigente. Pelo que, a Sociologia nos informa, “o mundo por volta de 1900 era patriarcal (THERBORN, 2006, p. 109 e 33), “no começo de nossa história, todas as sociedades importantes eram patriarcais.

Explicando o que significa o patriarcado, esclarece o autor: “tem duas dimensões intrínsecas básicas: a dominação do pai e a dominação do marido, nessa ordem”. Acrescentando que “o núcleo do poder patriarcal consistiu, acima de tudo, no poder do pai sobre a filha e no do marido sobre a mulher” (*IBID.*, p. 28-30).

É de se ressaltar a descrição de Therborn sobre a família do ano de 1900, quando já surgem os indícios daquilo que logo veio a se constituir legalmente como deveres conjugais. É época em que a mulher sofria o império da dominação paterna e marital, de forma sucessiva e/ou concomitante, e cujos direitos lhe eram subtraídos, como bem expressa o autor:

com relação às relações entre marido e mulher, os principais aspectos são: a presença ou ausência da assimetria sexual institucionalizada, tal como na poligamia e nas regras diferenciais para o adultério; a hierarquia de poder marital, expressas pelas normas de chefia marital e de representação familiar; e a heteronomia, ou seja, o dever de obediência da

mulher e o controle do marido sobre sua mobilidade, suas decisões e seu trabalho (THERBORN, 2006, p. 30).

É importante frisar a expressão de Therborn, ao afirmar que um acontecimento internacional influenciou mudanças legais na instituição familiar no mundo: “a Feira Mundial de Paris de 1900 foi também a ocasião de um (terceiro) congresso internacional sobre as condições e os direitos das mulheres” (DHAVERNAS *apud* THERBORN, 2006, p. 30 e 38). Este acontecimento internacional produziu reflexos no Brasil, quando “O término da escravidão fez com que a recém emancipada população negra se defrontasse com novas opções familiares, marcada por severos constrangimentos socioeconômicos”.

Tomemos como referência a instituição do Casamento no Brasil, criado pelo Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, (Anexo I), como já nos referimos, tendo como um de seus efeitos “determinar os direitos e deveres recíprocos na forma da legislação civil, entre o marido e a mulher entre eles e os filhos” (art. 56 § 6º).

A Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, então vigente, sobre a Família apenas disse na Seção que trata da Declaração de Direitos que: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (artigo 72 § 4º). Foi instaurada a República Brasileira, com a promulgação da primeira Carta Constitucional de 1891, denominada de “Constituição Republicana”, cuja diretriz para o Direito de Família dizia respeito às restrições aos direitos da mulher. Naquela época, a mulher era reconhecida tal qual os silvícolas, relativamente capaz, destituída de autonomia da vontade, do poder de se autodeterminar, ou de, ao menos, se expressar, temente e dependente por um lado, ao *pater famílias*, chefe da família patriarcal. Por outro lado, do seu esposo, detentor exclusivo do pátrio poder, poder este que a mãe não possuía.

Discorrendo, ainda, sobre o Direito de Família no Brasil, à época, vale a observação feita por Venosa dizendo que:

Os Códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal (VENOSA, 2007, p. 14).

Sobre a primeira codificação civil brasileira, aduz o referido autor que:

Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época, ou seja, do início do Século. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana (*IBID.*, p. 14).

O referido autor reconhece a influência da Igreja sobre o Estado<sup>14</sup>, explicitando seu pensamento da seguinte forma:

pela forte influência religiosa e como conseqüência da moral da época, o Estado não se afasta muito dos cânones, assimilando-os na legislações com maior ou menor âmbito. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento e a *capitis deminutio* incapacidade relativa da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima. (VENOSA, 2007, p.14-5).

O Casamento, como Instituição Civil, foi apropriada pelo poder patriarcal, que o utilizava como moeda de troca e de negócio jurídico, sob a égide da proteção à família e do seu patrimônio. O dote da mulher definia a “escolha” paterna do seu cônjuge, do seu destino e sua felicidade conjugal.

A partir da assertiva acima, é possível ainda observar a constituição de grupos familiares que estão caracterizados “simultaneamente, como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”; o “ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz” (GONÇALVES, 2007, p. 15).

A família legítima, fechada em si mesma, na limitação e legitimidade de seus membros e de sua descendência consangüínea, carregada de moral, preconceitos e discriminação, não prescindia da existência de relações conjugais paralelas de outra natureza, de caráter adúlterino, espúrio e incestuoso, reveladas pelos autores até aqui citados<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Ainda hoje este conceito da Igreja se mantém vivo, transmitido nas palavras do Papa Bento XVI que assim se manifestou: “Tende, sobretudo, um grande respeito pela instituição do sacramento do matrimônio. Não poderá haver verdadeira felicidade nos lares se, ao mesmo tempo, não houver felicidade entre os esposos. O matrimônio é uma instituição de direito natural, que foi elevada por Cristo à dignidade de sacramento; é um grande dom que Deus fez a humanidade. Respeitai-o, venerai-o (Revista Veja, 2008, n.19).

<sup>15</sup> cf PETRINI, G. & CAVALCANTI, V.R.S. (Orgs). Família, Sociedade e Subjetividades. Petrópolis: Vozes, 2006. Obra composta por diversos olhares sobre o tema Família e que traz contribuições multidisciplinares.

A posição da mulher na sociedade conjugal encontrava-se, absoluta e exclusivamente, vinculada às prendas do lar, à criação e à educação das filhas, mulheres também, já que dos filhos homens se encarregava o pai, e ao débito conjugal, sem prejuízo de que o seu marido constituísse outras famílias, tidas como ilegítimas, sobre o que se deveria silenciar, desconhecer, porquanto era a esposa a senhora do Lar, e para os homens a condição extraconjugal denunciava poder e patrimônio, do qual ela usufruía na manutenção do “*status*” familiar.

Sobre este aspecto, ou seja, a posição jurídica da mulher, vale a transcrição do entendimento de Lobo ao discorrer sobre o lugar da família no Estado Social:

A posição jurídica subalterna da mulher, nas codificações liberais, está bem retratada na frase famosa pronunciada por Napoleão, intervindo na Comissão que elaborou o Código Civil francês de 1804, para destacar o poder marital: ‘O marido deve poder dizer: senhora, você me pertence de corpo e alma; você não sai, não vai ao teatro, não vai ver essa ou aquela pessoa, sem o meu consentimento’ (LOBO, 2008, p. 4).

Este é o contexto histórico-social, nacional e internacional, refletido na Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil, com vigência a partir de 1917.

O Direito de Família, portanto, pode ser considerado como um conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, ou pelo parentesco,

visualizava, precipuamente, as relações oriundas do *casamento*, fonte única da família legítima e Família significava o conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *pater* famílias, ora o grupo dos parentes unidos pelo vínculo da cognação, ora o patrimônio, ou a herança (GOMES, 1968, p. 7 e 24).

E, tecendo comentário sobre a codificação civil de 1916, na contemporaneidade, vale a transcrição de que:

O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo **matrimônio**. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinção entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações (DIAS, 2005, p. 27 – grifos no original).

Destes parâmetros sociais, a influência é direta no ordenamento civil representada na norma contida no artigo 229 do Código Civil de 1916: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (art. 229).

A dinâmica dos fatos sociais, entretanto, foi delineando novas realidades; após a primeira codificação civil, várias foram as questões de ordem familiar carecedoras de regulação por lei.

Tais situações atingiam, principalmente, as mulheres e sua cidadania, os filhos e sua legitimação, as relações conjugais de fato, tudo a necessitar de uma nova lei, representativa destes quadros informais, à margem do direito, capaz de evitar quaisquer lesões, dúvidas ou receios no meio da sociedade, eliminando-se preconceitos e quaisquer discriminações à pessoa humana.

Para compreender a sociedade nesse período e as políticas públicas adotadas, vale conhecer o quanto afirma Sarti (2004, p. 194) quando diz que:

neste começo do século XXI, falar de família implica referir-se a uma realidade em desordem. Seus parâmetros de ordem esgarçaram-se de tal maneira que se torna cada vez mais difícil definir claramente os contornos que delimitam a família.

E continua na mesma descrição:

a partir da década de 60, não apenas no Brasil, mas em escala mundial, difundiu-se a pílula anticoncepcional, que separou a sexualidade da reprodução e interferiu decisivamente na sexualidade feminina. Este fato criou as condições materiais para que a mulher deixasse de ter a sua vida e sua sexualidade atadas a maternidade como um “destino”, recriou o mundo subjetivo feminino e, aliado a expansão do feminismo, ampliou as possibilidades de atuação da mulher no mundo social. A pílula associada a outro fenômeno social, o trabalho remunerado da mulher, abalou os alicerces familiares e ambos os fenômenos inauguraram um processo de mudanças substantivas na família (SARTI, 2004, p. 194).

Sob a ótica de Petrini, através da análise de Saraceno, o relato do social passa pela seguinte interpretação:

a família participa dos dinamismos próprios das relações sociais e sofre as influências do contexto político, econômico e cultural no qual está imersa.

Por causa disso a família contemporânea caracteriza-se por uma grande variedade de formas que documentam a inadequação dos diversos modelos da tradição para compreender os grupos familiares da atualidade (SARACENO *apud* PETRINI, 2004, p. 15).

Afirmando, ainda, Petrini que:

a mudança nos vínculos familiares acaba por reformular aspectos relevantes da estrutura familiar. Verifica-se uma desinstitucionalização da família, que passa muitas vezes, a ser considerada como uma realidade privada, relevante apenas para o percurso existencial dos próprios membros. Prevalece a legitimação da família como grupo social expressivo de afetos, emoções e sentimentos, diminuindo o seu significado público. Reduz-se a importância da família como instituição, assentada na dimensão jurídica dos vínculos. Por fim a própria esfera privada se dissolve, reduzindo-se a individualismo.

Sobre a vida conjugal na sociedade, acrescenta o mesmo autor, citando Berquó:

Aumentam as separações e os divórcios, diminui significativamente o número de casamentos, aumentam as famílias reconstituídas, as uniões de fato, as famílias monoparentais e as chefiadas por mulheres (BERQUÓ *apud* PETRINI, 2004, p. 17).

A evolução legislativa foi lenta e gradativa, entre a primeira codificação civil brasileira de 1916 e a segunda de 2002, perpassando por várias conquistas da sociedade, notadamente pelas mulheres, na garantia de seus direitos enquanto cidadã, estudo a que nos dedicamos a seguir.

## 2.2 – DIREITO DE FAMÍLIA DE 1950 ATÉ O SÉCULO XXI E OS DEVERES CONJUGAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

O Código Civil de 2002 foi precedido de sucessivos acontecimentos sociais que impulsionaram os legisladores a uma nova codificação, e cujo projeto repousou no Congresso Nacional por mais de 45 anos.

Neste trabalho, selecionamos algumas mudanças significativas da ordem civil, representada através de leis específicas que foram alterando a estrutura codificada, principalmente após o segundo conflito mundial, ocorrido entre os anos de 1945 a 1948, que fez inaugurar uma nova ordem econômico-social no País.

Decorre deste evento, em primeiro lugar, as modificações na legislação social, naquilo que concerne aos direitos trabalhistas e sociais, notadamente pelo trabalho da mulher e sua inserção neste mercado.

Em 1949, surge a Lei nº 883 de 21 de outubro, (Anexo III) de avanço considerável no direito de família, porque dispôs sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos havidos fora do casamento, após dissolvida a sociedade conjugal. Fato este que jamais fora concebido, em nenhuma hipótese, no ordenamento civil positivado até então vigente.

Posteriormente, já na década de 1950, houve a Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada no Governo de Getúlio Vargas.

A partir da década de 1960, não apenas no Brasil, mas em escala mundial, difundiu-se a pílula anticoncepcional, que separou a sexualidade da reprodução e interferiu decisivamente na sexualidade feminina, como já apontado acima.

Este fato criou as condições materiais para que a mulher deixasse de ter sua vida e sua sexualidade atadas à maternidade como um “destino”, recriou o mundo subjetivo feminino e, aliado à expansão do feminismo, ampliou a possibilidades de atuação da mulher no mundo social.

Em 1962 foi editada a Lei nº 4.121 de 27 de agosto, que tratou sobre a situação jurídica da mulher casada, denominada Estatuto da Mulher Casada, Anexo IV.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. dissertação de Mestrado de Catarina Cecin Gazele. Estatuto da Mulher casada: Uma história dos Direitos Humanos das Mulheres no Brasil. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2005.

Com a vigência desta lei, a mulher passa a ser colaboradora do marido que é o chefe da sociedade conjugal, no interesse comum do casal e dos filhos, deixando de ser relativamente capaz, passando a ser detentora também do pátrio poder sobre os filhos.

Voltamos a nos apropriar do que diz a doutrina sobre a evolução legislativa entre ambas as Codificações Civis, entre 1916 e 2002, a saber:

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/62), que devolveu a plena **capacidade** à mulher casada e deferiu-lhe **bens reservados** que lhe asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho (DIAS, 2005, p. 27 – grifos no original).

Para bem compreender, quão revolucionário foi o Estatuto da Mulher Casada, é importante ter a descrição do quanto dispunha o Código de 1916 sobre o trabalho da mulher, estatuído em seu artigo 246, transcrito *in verbis*:

A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito a praticar todos os atos inerentes ao exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente, com observância, porém, do preceituado na parte final do artigo 240 e nos nº. II e III do artigo 240. (Art. 246 – grifo nosso).

A observância do artigo 246 do CC/1916 é uma limitação imposta à mulher que tem o dever de colaborar com os encargos da família cumprindo-lhe velar por sua direção material. Ou seja, na medida em que liberta, escraviza, com a restrição imposta. Razão pela qual somente com o advento do Estatuto da Mulher Casada é que a mulher conquistou a plenitude do poder de dispor do resultado do seu trabalho, fato esclarecido na expressão textual abaixo:

No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências [...] A Lei nº 4.121, de 27-8-62, Estatuto da Mulher Casada, que eliminou a capacidade relativa da mulher casada, inaugura entre nós a era da igualdade entre os cônjuges, sem que, naquele momento, a organização familiar deixasse de ser

preponderantemente patriarcal, pois muitas prerrogativas ainda foram mantidas com o varão. (VENOSA, 2007, p. 15).

Mas, a esta altura, era irreversível a conquista de direitos das mulheres na sociedade.

Em 1968, entra em vigor a Lei de Alimentos, de nº 5.478, (Anexo V), para os filhos e para a mulher casada que deles necessite, na ausência de sustento próprio, garantindo a sustentabilidade econômica da prole nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal.

Advém, igualmente, a Lei do Divórcio e os novos regimes de casamento que foram instituídos em 1977, através da Lei nº 6.515, (Anexo VI), criando a possibilidade de extinção do vínculo conjugal, dando lugar a novas núpcias, extinguindo completamente o “desquite”, que mantinha vivo o vínculo conjugal no propósito da reconciliação, restauradora da família.

A referida Lei ainda ampliou o número de regimes patrimoniais para além da comunhão universal, até então vigente. Neste aspecto, assevera Dias que:

A instituição do **divórcio** (EC 9/77 e L 6.515/77) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a idéia da família como uma instituição sacralizada. O surgimento de novos paradigmas, quer pela emancipação da mulher quer pelas descobertas dos métodos anticonceptivos e pela evolução da engenharia genética, dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução. (DIAS, 2005, p. 27 – grifos no original).

Paralelamente à promulgação das leis emanadas do Estado, definindo ainda muito lentamente as políticas públicas para família, dentro desse processo legislativo secular entre uma codificação e outra, é de se registrar, a contínua e ininterrupta luta de homens e mulheres, junto aos Tribunais do País, Estado-Juiz, na solução dos conflitos familiares, em cada caso concreto.

Notadamente, através das Cortes Superiores, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), na busca do reconhecimento das Uniões livres, regidas pelo afeto, sem nenhum vínculo de parentesco consanguíneo, como Concubinato e União Estável, ressaltando, no particular, o enunciado da Súmula nº 380 de 1964 do Supremo Tribunal Federal, (Anexo VII), a seguir transcrita *in verbis*:

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” (Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal). Isto porque, “o moderno enfoque dado à família pelo direito, volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes” (DIAS, 2005, p. 27). A referida autora encontra-se em consonância com outros autores:

O Código Civil de 1916 e leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada” [...] ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação (GONÇALVES, 2007, p. 16).

A partir dos anos 1980, as novas tecnologias reprodutivas, sejam inseminações artificiais ou fertilizações *in vitro*, dissociaram a gravidez da relação sexual entre homem e mulher, provocando outras mudanças que novamente “afetaram a identificação da família com o mundo natural, que fundamenta a idéia de família e parentesco do mundo ocidental” (STRATHERN *apud* SARTI, 2004, p. 195).

Nesta seqüência, impende citar, em destaque, a Constituição Federal de 1988, estudo a que dedicamos um capítulo neste trabalho.

Ainda segue-se a evolução legislativa com a promulgação da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, (Anexo VIII), que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Ressalte também para a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994,(Anexo IX)que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, (Anexo X), que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal que institui a união estável, e a reconhece como “entidade familiar de convivência duradoura, pública, contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (art.1º). No seu artigo 2º, o texto legal consagra os deveres dos conviventes em união estável, quais sejam: respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Em janeiro de 2002, é sancionada a Lei Complementar nº 10.406 de 10 de janeiro, publicada no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, com vigência a partir de 11 de janeiro de 2003.

O Livro IV do Código Civil de 2002, específico do Direito de Família, tal como o Código de 1916, consagra o Casamento como a única Instituição do Direito Pessoal. Assim, o estatui no artigo 1.511 ao dispor: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos Cônjuges”, e dedica quase duzentos artigos a sua regulamentação, deixando de fora, sem nenhum regramento, no âmbito do Direito Pessoal de Família, os demais tipos familiares constitucionalmente previstos, quais sejam: a União Estável e a Família Monoparental.

O exame do CC de 2002, de referência aos deveres conjugais, conduz ao entendimento de que os legisladores infraconstitucionais, aqueles que elaboraram o CC/02, deixaram permanecer como única Instituição do Direito Pessoal de Família, o Casamento, disciplinando fora deste âmbito, a União Estável, sem nenhuma alusão à Família Monoparental, tão presente na sociedade, que é a comunidade formada por quaisquer de seus pais e seus descendentes, caso típico das mulheres chefes de família. E, ao normatizar o Direito de Família, naquilo que se refere aos deveres conjugais, o fez de forma igual, tanto para o Casamento quanto para a União Estável, abaixo transcritos, mais uma vez:

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;

VI – Respeito e consideração mútuos. (art.1.566 CC/02)

As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (art.1.724 CC/02).

Os conceitos são os mesmos descritos no Capítulo I desta dissertação, levando a crer tratar-se de instituição iguais, que não o são, mormente por sua forma de constituição. Enquanto o casamento é precedido de regular processo de habilitação e celebração, a união estável é uma convivência de fato, entidade familiar caracterizada pela sua publicidade, continuidade, durabilidade, objetivando constituir família. É a previsão legal contida no artigo 1.723 do CC 2002: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, e 1.724 do Código Civil, este acima transcrito *in verbis*.

Não houve, neste sentido por parte do legislador civil, o estabelecimento da diferença que se faz necessária, para caracterização dos institutos com relação dos deveres conjugais, podendo vir a causar dificuldades de compreensão ao intérprete.

A simples leitura dos dispositivos legais citados, artigos 1.723 e 1.724 do CC de 2002, no cotejo com aquel’outros, já citados, que assinalam os deveres dos cônjuges no casamento, contidos no artigo 1.566, parecem dificultar aos operadores do direito, a identificação dos institutos legais que a lei quer reger.

A expectativa da sociedade, com a chegada da nova codificação civil, não era de que cada caso seria mais um caso a ser decidido pelo Juiz ou Tribunal como veio ocorrendo por um século, mas a realidade fática já poderia enquadrar-se tipicamente na previsão legal, sanando dúvidas, gerando esclarecimentos, tranquilidade e consciência para as pessoas quanto as suas escolhas da forma conjugal, no exercício do seu livre arbítrio. Continuar à mercê de decisões no âmbito do Poder Judiciário brasileiro é incentivar conflitos humanos marcados por delongas processuais infundáveis atentatórios a dignidade da pessoa humana.

É quando Dias elucida que:

O fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito a tutela. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito a tutela, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática (2005, p. 22).

Só que isto no Brasil de cento e noventa milhões de brasileiros de norte a sul, com um grande percentual de analfabetismo pode parecer difícil, pois, a falta de conhecimento dos direitos conduz a disparates terríveis na comunicação entre as

peças, nos comportamentos humanos, gerando equívocos, violência, agressões, e passionalidade no seio da família, antes mesmo de se chegar às barras dos Tribunais.

Visando prevenir este estado de coisas, e dando seguimento à evolução legislativa pós CC 2002, recentemente, foi promulgada a Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, (Anexo XI), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, na preservação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservando sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Esta Lei é do Direito de Família, na medida em que garante a todas as mulheres direitos fundamentais a vida, segurança, saúde, alimentação, educação, cultura, moradia, acesso a justiça, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária.

Dias, em obra atual, alusiva à efetividade da Lei 11.340/2006, intitulada “A Lei Maria da Penha na Justiça” (2007, p. 7), na sua Apresentação afirma que:

A banalização da vida doméstica levou a invisibilidade do crime de maior incidência no país e o único que tem perverso efeito multiplicador. Suas seqüelas não se restringem à pessoa da ofendida. Comprometem todos os membros da entidade familiar, principalmente crianças, que terão a tendência de se transformar em agentes multiplicadores do comportamento que vivenciam dentro de casa.

Perpassa por estes direitos a construção dos valores conjugais a serem preservados na contemporaneidade, a partir dos princípios constitucionais do Direito de Família, objeto de estudo no próximo Capítulo.

A propósito do tema ora examinado da violência contra mulher, a autora, na obra citada, ressalta a importância do afeto como valor jurídico nas relações familiares ao dizer:

Empresta a lei (art.5º, III) proteção a violência perpetrada em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (DIAS, 2007, p. 44).

Acrescentando que:

Bem dá para notar que o projeto da Lei Maria da Penha foi elaborado por mulheres, pois traz expressão que nem a Constituição nem o Código Civil ousaram utilizar: afeto. Aliás, nem se pode entender como uma lei que regula as relações familiares conseguiria não falar em afeto (*IBID.*, p. 45).

E conclui a sua análise sobre a relação íntima de afeto na obra citada:

Diante desta nova realidade não há como restringir o alcance da previsão legal. Vínculos afetivos que refogem ao conceito de família e de entidade familiar nem por isso deixam de ser marcados pela violência. Assim, namorados e noivos, mesmo que não vivam sob o mesmo teto, mas resultando a situação de violência do relacionamento, faz com que a mulher mereça o abrigo da Lei Maria da Penha. Para a configuração de violência doméstica é necessário umnexo entre a agressão que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência (DIAS, 2007, p. 45-6).

O tripé que orienta os estudos jurídicos – Fato, Norma e Valor – aqui se apresentam como suporte aos princípios. Neste senda, também afirma que:

Mas, a norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades e as inquietações do ser humano. Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero direito substantivo, mais vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz. Daí o surgimento de normas que não criam deveres, mas, simplesmente, descrevem valores, tendo os **direitos humanos** se tornado a espinha dorsal da produção normativa contemporânea. (DIAS, 2005, p. 22 – grifos no original).

Razão pela qual, procurando melhor entender os limites da lei, recorro à Constituição para, à luz dos princípios, sanar dúvidas de caráter interpretativo, estudo que se descortina no Capítulo seguinte.

**CAPITULO III**

**OS DEVERES CONJUGAIS FACE AOS NOVOS PARADIGMAS  
CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA E O PROJETO DE LEI  
Nº 2285/2007**

Este capítulo destina-se a examinar os deveres conjugais definidos na lei civil, face aos novos paradigmas constitucionais do Direito de Família constantes da Constituição Federal de 1988, quais sejam: liberdade, igualdade e dignidade. Avança, ainda, a presente dissertação, na análise dos deveres conjugais constantes no Projeto de Lei nº2285/2007, que criou o Estatuto das Famílias, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

O objetivo deste Capítulo é demonstrar quais são efetivamente os novos princípios constitucionais que o Estado Democrático trouxe para o Direito de Família através da Constituição Federal de 1988, em face da evolução da sociedade e as modificações legislativas havidas no âmago dos institutos familiares então vigentes.

A análise dos deveres conjugais feita nas duas legislações civis brasileiras, levada a efeito no Capítulo anterior, à luz da evolução histórica do Direito Civil de Família, denota as substanciais alterações sofridas no ordenamento civil positivado.

Neste caminho, e, dedicando-nos à pesquisa sobre os Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família, tomamos a referência de Pereira ao expressar que:

A suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar de sujeito para as mulheres e não mais assujeitadas ao pai ou ao marido. A conquista de um lugar ao sol das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito, abalou a estrutura e a organização da família. Os papéis masculinos e femininos se misturaram e tudo está sendo repensado na organização jurídica da família (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 3).

O aludido autor ressalta, entretanto, que “é natural que em meio a um processo histórico, e que ainda estamos vivenciando, tenhamos um olhar medroso e pessimista às mudanças [...] mas o processo é de uma evolução histórica, e não de decadência” (*IBID.*, p. 4). Acrescentado, ainda, sobre o processo evolutivo:

Ora, se a Lei nº 4.121/62, denominada de Estatuto da Mulher Casada, inovou com o estabelecimento da paridade entre os direitos e deveres da mulher de forma igualitária ao homem, e a Lei do Divórcio de nº 6.515/77, evoluiu a paridade no sentido de permitir a extinção do vínculo conjugal, facultando ao homem e à mulher divorciada novas núpcias (*IBID.*).

Processo evolutivo este que veio a ser consolidado com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, sobre a qual passamos a discorrer.

### 3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 aceitou a norma civil, estabelecendo como paradigma constitucional a igualdade dos direitos e deveres na sociedade conjugal, exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Razão pela qual se afirma que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226 e seus parágrafos, cujo texto segue adiante transcrito *in verbis*, recepciona a jurisprudência e consolida a participação do Estado nas Famílias oriundas do casamento, da união estável e da monoparentalidade (comunidade formada por qualquer de seus pais e seus descendentes).

Donde se pode entender, dentro de uma classificação de ordem constitucional, que há uma pluralidade de famílias constitucionais institucionalizadas sob a forma do casamento, da União Estável e da família monoparental, ficando *a latere* da órbita constitucional as uniões livres, assim consideradas o concubinato e a união homoafetiva.

Resultam destes quadros familiares constitucional o conceito moderno de família, na expressão flexível de que hoje a família é plural. Em contraposição ao modelo único, singular, constituído entre um homem e uma mulher, unidos pelo casamento. Decorre da recomposição de famílias, ensejadoras de outras estruturas de convívio. “Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e

humanismo voltaram-se a proteção da pessoa humana” (PERROT apud DIAS, 2005, p. 36).

Na expressão de Coelho (2006, p. 15), a respeito desta classificação, temos a seguinte assertiva: “já as famílias não-constitucionais são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria incluem-se, por exemplo, as derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não-monogâmicas”.

O texto constitucional assim dispõe sobre a família em artigo 226 e §§ 1º ao 8º da seguinte forma:

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento;

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos;

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Constituição Federal, portanto, estabeleceu novos paradigmas para o Direito de Família, com a institucionalização de três tipos de famílias (casamento, união estável

e monoparental), atribuindo valor jurídico ao afeto, cujo conceito parental foi feito no Capítulo I, p.22 deste trabalho, fundamento da constituição das sociedades de fato, tendo na União Estável a sua maior expressividade.

A partir da legitimação constitucional dos novos quadros jurídicos do Direito de Família para além da Instituição do Casamento, a Família Moderna caracteriza-se por sua pluralidade, tendo como referência o parentesco consangüíneo e afetivo.

Sobre estes novos paradigmas constitucionais familiares, encontramos em Cretella Júnior o comentário que se faz indispensável à compreensão do novo valor:

Diante da nova regra jurídica constitucional, não pode mais a doutrina aceitar o conceito de família como o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende mais larga, ou mais restritamente segundo as várias legislações (Clóvis Beviláqua), nem a posição de Pontes de Miranda, quando recorda que, desde os romanos, a palavra “família” foi invariavelmente usada para designar o *pater familias* seus descendentes e pessoas àqueles ligadas pelo parentesco civil, a *agnatio* (CRETELLA JUNIOR, 1993 p. 4526).

A Família contemporânea, assim considerada pós Constituição de 1988, tem como núcleo central os indivíduos, no conjunto de seus arranjos familiares, permitidos pela Constituição, politicamente estatuídos pelo Estado. Isto porque:

no Direito Brasileiro atual, o legislador Constituinte, auscultando a vontade da maioria do povo que representa, teve a coragem necessária para libertar-se dos preconceitos passados, colocando, no texto, o que observou na realidade diária (*IBID.*, p. 4526).

Mais ainda, acrescenta o comentador da Constituição Federal de 1988:

“conforme a regra jurídica constitucional vigente, o fato natural – a união estável do homem e da mulher – é suporte jurídico bastante para ser reconhecido pelo Estado, que lhe dá proteção reconhecendo-a. É também família “o conjunto formado pela mulher e de seus filhos” ou “do homem e de seus filhos (*IBID.*, p. 4526).

Deste modo, podemos entender que a razão de ser da Família contemporânea, pós Constituição de 1988, é a afeição entre os cônjuges, sem prescindir do parentesco consangüíneo. Tem como parâmetros a comunhão de vida, a monogamia, além da paridade de direitos e deveres entre os cônjuges e conviventes, da igualdade

jurídica de todos os filhos (poder familiar, nome e sucessão), a consagração do poder familiar, ou seja, o poder-dever de dirigir a família é exercido conjuntamente por ambos os genitores, extinguindo-se o poder marital e paterno que caracterizava a Família na primeira metade do Século XX como registramos no Capítulo II.

Então, rege o grupo familiar o princípio da liberdade, de previsão constitucional, que nos leva a compreendê-los como um conjunto de liberdades direcionadas ao Homem e à Mulher, no âmbito da relação conjugal, em absoluta igualdade de poder/dever para:

- formar uma comunhão de vida;
- decidir sobre o planejamento familiar;
- escolher o regime patrimonial de bens a ser adotado;
- adquirir e administrar o patrimônio familiar;
- escolher o modelo de formação educacional, cultural e religioso da prole;
- garantir o pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar.

No dizer de Cunha Pereira, discorrendo sobre os princípios fundamentais (constitucionais) norteadores para o Direito de Família atual, a afirmação é de que:

Alguns princípios são vitais e fundamentais, e sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça. Esses princípios têm assento em uma hermenêutica constitucional que traduz, por sua vez, o mais cristalino espírito de uma ordem civil, ou seja, de um direito civil constitucional:

1. Princípio da Dignidade Humana.
2. Princípio da monogamia.
3. Princípio do melhor interesse da criança/adolescente.
4. Princípio da igualdade e respeito às diferenças.
5. Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal.
6. Princípio da pluralidade de formas de família.
7. Princípio da afetividade (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 37).

Deste elenco de princípios constitucionais, ressaltamos três deles, que se vinculam diretamente ao objeto do presente estudo, quais sejam: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Afetividade e o Princípio da Igualdade.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhece o citado autor que “hoje é um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos”.

Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da idéia e conceito da dignidade, embora esta noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que o fundamento primeiro da ordem constitucional e, portanto, o vértice do Estado de Direito” (*IBID.*, p. 94).

A dignidade é um “macroprincípio”, sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, não obstante, uma coleção de princípios éticos.

Mas o que é a dignidade da pessoa humana diante dos deveres conjugais impostos pela Lei? A resposta advém da interpretação de que, se a dignidade, pelo que estudamos, é inerente à pessoa humana, é ínsita à condição humana de ser, então está presente na relação conjugal entre Homem e Mulher, de forma naturalmente concebida e não imposta e, em nome dela, brotam a coleção de princípios éticos reinantes na vida a dois, como respeito, consideração, lealdade, afetividade, entre outros.

O que conduz ao entendimento de que poderia ser dispensada a enumeração taxativa dos deveres conjugais constantes do CC 2008, posto se tratar de uma coleção infindável de princípios e deveres. Por isso que, “a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal” (ROCHA *apud* CUNHA PEREIRA, 2006, p. 95).

A propósito da abordagem trabalhada até esse momento, podemos recuperar um questionamento diretivo acerca da dignidade: “Como saber, então, que essa dignidade mencionada na lei significa um valor universal presente em todo ser humano por sua natureza racional?” (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 95).

E a resposta vem do próprio autor quando encontra na teoria kantiana o fundamento que fornece o suporte ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tanto na nossa legislação quanto na de outros países: “a filosofia de Immanuel Kant” e nestes termos descreve:

A expressão “dignidade da pessoa humana” é uma criação da tradição Kantiana no começo do século XIX. Não é, diretamente, uma criação de Kant. Em sua *Fundamentação da Metafísica dos costumes* (1785), ao argumentar que havia em cada homem um mesmo valor por causa da sua razão, empregou a expressão “dignidade da natureza humana”, mais apropriada para indicar o que está em questão quando se busca uma compreensão ética – ou seja, da natureza – do ser humano” (*IBID.*, p. 95-6).

E, interpretando Kant, o citado autor aduz, explicando:

os homens tendem a fazer dos outros homens instrumento ou meios para suas próprias vontades ou afins, isso é uma afronta ao próprio homem. É que o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição da coisa (*IBID.*).

A dicção ensina que aquilo que está acima das coisas são os valores, e no que diz respeito à pessoa humana, os valores intrínsecos a ela, ora indicado como tal o princípio da dignidade da pessoa humana, presente, inquestionavelmente na relação conjugal entre Homem e Mulher. Aludido princípio, traz em si, um sem número de princípios éticos de difícil enumeração, porque são incontáveis, e de difícil qualificação dada a peculiaridade que identifica cada relação conjugal.

Nesta esteira, podemos constatar os deveres conjugais legais apenas em número de cinco, quais sejam o de fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos.

Deste modo instituídos, é como se a lei afastasse do seu âmbito legal outros tantos que poderiam integrá-lo, quer pela identidade, quer pelo valor que empresta à dignidade da pessoa humana, tão presente na vida à dois. Ainda mais que, inexistindo o “cabeça do casal”, nivelada a mulher ao homem, ambos são, portanto,

os titulares legítimos do exercício dos direitos, como também dos deveres inerentes a sociedade conjugal.

Continuando a compreender Kant, vale a transcrição da lição:

Assim, o homem, em Kant, é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas. Por conter essa dignidade, esse valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ou seja, uma ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 95-6).

E conclui afirmativamente: “Foi ele que demonstrou que a dignidade humana decorre da natureza humana e não de variáveis externas”. Neste diapasão, chama atenção o aludido autor para: “Exigir, por meio de preceito constitucional que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana, é exigir que ele garanta a todos direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem.” (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 97-8). Para finalizar seus estudos sobre a dignidade da pessoa humana, o citado autor recomenda que:

a dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família –, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus próprios valores (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 106).

Naquilo que diz respeito ao princípio da Afetividade, já o havíamos abordado neste estudo, quando falamos que a Constituição de 1988 trouxe um novo/velho valor para o Direito de Família, para os deveres conjugais, ora estudados, que é o afeto.

A afetividade hoje está presente no Direito como valor jurídico, assim o é nas relações conjugais, como por exemplo, nas uniões estáveis, ou, ainda nas relações filiais, onde a adoção é o exemplo típico onde se estabelece um parentesco eminentemente afetivo. “O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósito comuns, gerando comprometimento mútuos” (DIAS, 2005, p. 39).

Concomitantemente, outra assertiva pode ser expressa na seqüência, quando afirma-se que , “isso porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linhagem masculina” (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 190).

O terceiro princípio constitucional a estudar é o principio da igualdade.

A CF/88 consagra a igualdade jurídica entre Homem e Mulher, o que vale dizer, a existência de deveres e direitos recíprocos, entre si, na vida conjugal, quer seja sob a forma de casamento ou de União Estável, e também face aos filhos. Diferentemente da situação contemplada no Código Civil de 1916, de exclusão e inferiorização da mulher diante do homem na sociedade conjugal, quando a mulher sequer podia dispor do fruto do seu salário livremente, a não ser mediante decisão do marido. Situação que perdurou ao longo do tempo, de desigualdade e não reciprocidade de direitos e deveres entre homem e mulher, até a vigência do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121 de 1962, que teve como corolário a Constituição de 1988.

No ressalte aos princípios constitucionais emanados da Constituição Federal, é indispensável citar a opinião de Dias, ao expressar que: “Todo um modo de ver o Direito emerge da Constituição Federal, verdadeira **carta de princípios**, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF 5º § 1º)” – (Anexos XII e XIII) - (DIAS, 2005, p. 51 – grifos no original).

Pelo que também se faz necessário, para melhor compreensão, transcrever o teor da norma contida no artigo 5º, § 1º da CF alusiva ao princípio da igualdade, a saber:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

I – [...]

§1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Conceituando o que são princípios, continua a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, explicando que:

Os princípios – considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional desprovidos de força normativa. Agora são *conformadores da lei* Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispendo exclusivamente de **força supletiva**. Adquiriram **eficácia imediata** e aderiram ao sistema positivo, compondo com as leis uma nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados (DIAS, 2005, p. 51 – grifos no original).

A citada autora esclarece mais, chamando atenção para a dinâmica dos princípios constitucionais que foram afastados do isolacionismo estático, onde a cidadania não conhecia, tornando-se sem funcionalidade operacional, o que muda na contemporaneidade e favorece ao Direito de Família, no entendimento de que, sua base principiológica encontra-se assentada na CF e não na legislação infraconstitucional, como é o Código Civil.

Sobre o assunto preleciona Dias no que diz respeito à interpretação do texto constitucional:

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do Direito Civil e a **dignidade da pessoa humana** foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF 1º III) *o positivismo tornou-se insuficiente*. As regras jurídicas mostram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações em sede de técnica interpretativa, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas. (DIAS, 2005, p. 52 – grifos no original).

Para melhor compreensão, faz-se mister a transcrição do teor do dispositivo constitucional citado, porque traz o elenco dos Princípios Fundamentais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

E mais, ressalta a citada autora, cujas explicações têm especial importância ao deslinde da problemática que envolve o presente trabalho, a saber:

Em passado não muito distante a operação **hermenêutica** encontrava-se invertida. A Constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelas leis e pelos códigos. Imaginava-se que o destinatário do texto constitucional era o legislador ordinário. Tal preceito tornava o civilista refém da legislação infraconstitucional, sem sentir-se vinculado aos preceitos constitucionais, não podendo reinterpretar ou revisar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição. Mas está superada a concepção que negava força normativa aos princípios em razão do seu caráter fluido e indeterminado (DIAS, 2005, p. 52 – grifos no original).

Aduz, ensinando, a citada autora que:

o ordenamento jurídico positivo compõe-se de normas que são princípios ou regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o **suporte axiológico**, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico (DIAS, 2005, p. 52 – grifo no original).

Donde se conclui que os princípios são normas que se sobrepõem a regras. Como se os primeiros fossem fundamentos da segunda, por serem mais universais, generalizados, aplicáveis a todos.

No Direito de Família, os estudos indicam pela observância dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, representativos do tripé onde estão apoiadas as regras contidas no CC pátrio, e, porque não dizer, as regras dos deveres conjugais. Afirma Dias, tratando sobre os Princípios Constitucionais que “Os juízes têm o dever de outorgar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível e passarem a aplicar diretamente os princípios constitucionais” (DIAS, 2005, p. 52).

Sobre a Família Constitucionalizada, ou seja, aquela regulada pelos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade, vale dizer que:

o modelo igualitário de família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988 (LOBO, 2007, p. 5).

Sob essa ótica, e apenas, *ad argumentandum*, o citado autor acrescenta que:

As revolucionárias transformações promovidas pela Constituição na concepção, na natureza e nas atribuições das relações familiares e, conseqüentemente, no direito de família, puseram o Brasil na dianteira da refundação dos novos institutos jurídicos, pelo trabalho criativo da doutrina civilista. Em comparação, a França, país que sempre se destacou pelas inovações no direito de família, apenas em 2005, com a lei de 4 de julho, extinguiu definitivamente a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, que deixou de existir no Brasil desde 1988, o § 6º do art. 227 da Constituição (LOBO, 2007, p. 7).

De todo modo, cabe a recomendação de se “revisitar os institutos do direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica” (DIAS, 2005, p. 56).

Isto porque, como assinala Tepedino:

a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos, econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada a dignidade de seus membros em

particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (TEPEDINO *apud* GONÇALVES, 2007, p. 6).

A sugerida revisão dos institutos jurídicos foi apontada no Projeto de Lei nº 2285/2007, (Anexo XIV), que tramita no Congresso Nacional, propondo um Estatuto específico para as famílias, independente do Código Civil, revogando por inteiro os artigos 1.511 a 1.783 integrantes do Livro V dedicado ao Direito de Família.

### 3.2 O DIREITO DE FAMÍLIA PROJETADO (Projeto de Lei nº2285/2007)

Neste momento encontra-se tramitando no Congresso Nacional o Projeto nº 2.285 de 25 de outubro de 2007– Estatuto das Famílias – cujo texto segue anexo a este trabalho, composto de 274 artigos, revogando expressamente a Lei 10.406 de janeiro de 2002 (Código Civil), no Livro IV – Do Direito de Família (art. 1.511 a 1.783), entre outras leis.

O Projeto é do Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro, elaborado pela Comissão de Sistematização do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apoiado por seus associados, juristas, professores e estudiosos do Direito de Família no País.

Na justificativa do Estatuto das Famílias, a Comissão de Sistematização sustenta que:

A complexidade da sociedade contemporânea incita transformações de diversas ordens que incidem diretamente na realidade sociocultural e privada dos cidadãos. Novos arranjos e composições familiares se materializaram sem que a lei tivesse tempo de prever e proteger seus direitos. A garantia dessa pluralidade se encontra ameaçada, sendo mister e oportuno um ordenamento jurídico brasileiro mais humanitário e inclusivo (Estatuto das Famílias, 2007, p. 3).

Aduz nesta exposição de motivos: “Mais que uma reforma no Código Civil, o projeto desmembra o título que trata do Direito de Família e reestrutura a matéria, criando um estatuto autônomo, com novas regras materiais e processuais” (Estatuto das Famílias, 2007, p. 3).

O autor do Projeto na Câmara, Deputado Sérgio Carneiro, coloca sob a égide de ‘Razões Fundamentais’ do Estatuto, aquilo que denomina de “pilares” do regulamento projetado de família, a saber:

- comunhão de vida consolidada na afetividade e não no poder marital ou parental;
- igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges;
- liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares;
- igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva;
- garantia de dignidade das pessoas humanas que a integram, inclusive a criança, o adolescente e o idoso.

Os deveres conjugais dos cônjuges e conviventes estão previstos nos artigos 36 e 65 do Projeto em referência; o primeiro se destina ao Casamento e o segundo à União Estável, a seguir transcritos *in verbis*:

As relações pessoais entre os cônjuges devem obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, tendo ambos responsabilidade pela guarda, sustento e educação dos filhos (Art. 36).

As relações pessoais entre os conviventes obedecem aos deveres de lealdade, respeito e assistência recíproca, bem como o de guarda, sustento e educação dos filhos (Art. 65).

A leitura dos dispositivos legais projetados evidencia que a lista dos deveres conjugais constantes do CC de 2008 foi diminuída para o número de três deveres, absolutamente iguais para os cônjuges no casamento, e para os conviventes em união estável, quais sejam: lealdade, respeito e assistência e mais o dever de guarda, sustento e educação dos filhos, sendo este o dever dos pais para com os filhos, próprios do poder familiar, que no Projeto recebe o nome de autoridade parental.

Então deveres recíprocos entre os cônjuges e conviventes são apenas três: lealdade, respeito e assistência não tendo discriminado o Projeto a forma de sua execução.

A justificativa do Projeto para a identidade de deveres conjugais em ambas as modalidades familiares, é de que “uniformizaram-se os deveres dos conviventes, entre si, em relação aos deveres conjugais” (Justificativa ao Projeto de Lei nº 2285/2007). Sendo que nada mais foi explicado com relação à redução do número de deveres conjugais.

Nota-se que o Projeto extinguiu os deveres de fidelidade e de vida em comum no mesmo domicílio conjugal. Ou seja, não será mais exigível a exclusividade da relação sexual entre marido e mulher na relação conjugal, o que colide com o princípio da monogamia que rege o casamento e a união estável, já que a previsão constitucional é da possibilidade de sua conversão em casamento. Também não será mais obrigação conjugal o dever de coabitação entre os cônjuges que envolve um conceito de comunhão de vida, planos, projetos, realizações comuns, além de se assegurar o relacionamento conjugal, no dia a dia da esposa e do esposo.

A legislação projetada sinaliza, no sentido, diminuir os deveres conjugais, a deveres mínimos, pode-se dizer, ou visando recuperar o valor da ética nas relações conjugais, ou, reconhecendo a ineficácia que os deveres representam por ocasião da ruptura da sociedade conjugal através dos processos de separação e divórcio, dos quais vamos nos ocupar no Capítulo seguinte.

## **CAPITULO IV**

### **DOS EFEITOS JURÍDICOS DA INADIMPLÊNCIA DOS DEVERES CONJUGAIS NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL**

Aborda este capítulo os efeitos jurídicos da inadimplência dos deveres conjugais por qualquer dos cônjuges ou conviventes na ocasião da ruptura da sociedade conjugal, nos processos de separação e divórcio. O estudo versa também sobre as referidas ações de separação e divórcio deduzidas em Juízo, motivadas pelo descumprimento de quaisquer dos deveres estabelecidos em lei e sua conseqüência no âmbito familiar.

De logo um esclarecimento se faz necessário, pois não se trata de discutir a eficácia do casamento, mas, dos efeitos jurídicos do não cumprimento do dever conjugal. A eficácia do casamento ocorre na medida em que homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, é a previsão legal contida no artigo 1.565 do CC/02.

A eficácia dos deveres conjugais, ora estudados, diz respeito aos seus efeitos no bojo dos processos de dissolução da sociedade conjugal. A referência legal encontra-se na lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e institucionalizou o divórcio no País.

Inaugura-se na ordem jurídica brasileira uma outra etapa, instalada com o divórcio e a possibilidade se de regularizar as diversas uniões conjugais informais existentes, sob a forma de sociedade de fato. Isto porque, o desquite, como única modalidade de dissolução do casamento, regulado pelo CC/16, não permitia que as pessoas pudessem casar novamente. Então, homens e mulheres se desquitavam, mas, permaneciam formalmente unidos pelo vínculo matrimonial.

Podiam, entretanto, constituir famílias sob a forma de concubinato, sociedade de fato.

O desquite vigorou de 1916 até 1977, quando foi substituído pela separação, meio hábil para se extinguir a sociedade conjugal e permitir o ingresso do divórcio na

ordem civil pátria, tendo sido consagrado no art. 3º da Lei nº 6.515/77, o entendimento de que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.”

Pelo que se pode compreender, como o próprio texto diz, com a separação acaba o casamento e com este os deveres conjugais previstos que correspondem a sua duração. Tais deveres encontram-se arrolados e descritos anteriormente neste trabalho.

No artigo 24 da aludida lei encontramos a possibilidade da dissolução da sociedade conjugal, através do divórcio que “põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.” Sendo o divórcio o procedimento judicial através do qual se extingue o vínculo conjugal, permite que as pessoas possam convolar novas núpcias por mais uma vez. Este foi o grande avanço da legislação, permitir novo casamento.

O vínculo conjugal é o elo entre marido e mulher que não se rompe com a separação, para permitir a reconciliação com aquele mesmo marido, com aquela mesma mulher. Neste ínterim, aos separados não permite a lei novo casamento, com o objetivo de garantir a reconstituição da família pelo casamento.

Ao passo que com o divórcio o vínculo conjugal se extingue. Isto porque, as pessoas divorciadas podem casar-se, até mesmo, com o seu ex-marido ou sua ex-mulher, na eventualidade de um retorno afetivo.

Compreende-se melhor a noção de vínculo conjugal, na medida em que nos reportamos à prova de sua existência, que se materializa através da certidão de casamento, enquanto na união estável esta prova advém da convivência pública, contínua, duradoura, objetivando constituir família, ou seja, através de fatos da vida em comum, com respeito e cumprimento dos deveres conjugais, estatuídos no artigo 1.724 do Código Civil/02, objeto de nosso estudo. Em decorrência da lei do divórcio, o processo de dissolução da sociedade conjugal perpassa por dois momentos processuais.

Ajuíza-se em primeiro lugar a ação de separação e, após um ano de transitada em julgado a sentença que decretou a separação, se pode requerer o divórcio. Ou, ainda, pedir ao juiz o divórcio direto, sendo necessário neste caso, que o casal esteja separado de fato por mais de dois anos ininterruptos de forma comprovada

através de testemunhas. O que nos leva a entender que, tanto na forma direta quanto na via indireta, é necessária a existência da separação, processualmente transitada em julgado por um ano, ou de fato, por dois anos.

O CC/02 não revogou a lei do divórcio, recepcionou suas normas, e tipificou as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal, respectivamente, a separação e o divórcio, além da morte de um dos cônjuges, e nulidade ou anulação de casamento, conforme artigo 1.571. Vejamos o texto legal:

A sociedade conjugal termina:

I – pela morte de um dos cônjuges;

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – pelo divórcio (art. 1571).

A separação tem a finalidade de extinguir a sociedade conjugal que une marido e mulher e permite a reconciliação. O que pode ocorrer no interstício de um ano, que antecede um possível requerimento de divórcio, se assim desejarem as pessoas envolvidas. Não sendo exigência legal seguir-se ao processo da separação, a reconciliação ou o divórcio, são faculdades diretamente vinculadas à vontade pessoal.

Ambas as hipóteses, são instrumentalizadas perante o Estado-Juiz, através das respectivas ações, sob a forma amigável ou litigiosa, onde são resolvidas as questões que dizem respeito aos filhos – guarda e visitação, alimentos – e aos próprios cônjuges – alimentos, bens e sua partilha e nome de casado para ambos os cônjuges.

Nas petições iniciais que postulam a separação ou divórcio não constam pedidos, cláusulas ou condições referentes à discussão dos deveres conjugais; ninguém se lembra dos deveres nesta oportunidade, quiçá dos conjugais. Neste momento o que mais se observa é o interesse pelos direitos ao patrimônio e aos filhos, uma vez que a união já chegou ao fim, na segurança de que nada mais importa.

A discussão sobre os deveres é inócua, e não afeta nem prejudica os direitos. Algo que fica no plano do que se viveu e aquilo que se viveu chegou ao seu término, resta o quê? Aplicação ao caso concreto das regras do regime patrimonial de bens

daquele casamento (comunhão universal, comunhão parcial, separação total e participação final nos aquestos), decidir sobre os filhos e o nome de casado ou casada, decorrente da inclusão do nome de família (paterno) aos prenomes da esposa ou esposo, que pode continuar imutável, se representar um nome de conhecimento público, cuja retirada importa em prejuízos econômicos para pessoa.

Ditas ações, deduzidas em Juízo, são encaminhadas, preliminarmente, às mesas de tentativa conciliação e mediação de Varas de Família, Sucessões, Órfãos, Interditos e Ausentes, buscando a reconciliação ou acordo entre as partes para pôr fim ao litígio. Em todo País cada Tribunal local cria suas mesas de conciliação e mediação específicas para assuntos de família, inclusive na segunda instância.

Em sua impossibilidade, qual seja, do êxito na conciliação, prosseguem as ações de forma litigiosa, instalando-se o contraditório, com a instrução do feito, oportunidade em que são ouvidas de testemunhas, depoimentos das partes, opinativo do Ministério Público, até sentença final do Juiz.

A sentença, entretanto, não obriga as pessoas a castigos ou punições pela inadimplência aos deveres conjugais, nem os correlaciona com a decisão sobre a partilha de bens, alimentos e guarda, visitas e alimentos dos filhos.

Cada uma destas matérias tem regramento próprio, como já afirmamos, a primeira ao regime patrimonial de bens, artigos 1639 a 1693 do CC/02, a segunda, a lei de alimentos, já citada neste trabalho, de nº. 5.478/68, a terceira nos artigos do Código Civil/02, de números 1.583 a 1.590 que tratam da proteção da pessoa dos filhos, com acuidade ao princípio do melhor interesse da criança.

Na delonga processual, que se instaura nestes processos, as pessoas demonstram total desconhecimento dos direitos e deveres conjugais que deveriam ter cumprido na constância da sociedade conjugal, tanto no casamento como na união estável, e não se interessam por conhecê-los em mesa de discussão litigiosa.

Não reconhecem a fidelidade, lealdade, respeito e consideração mútuos, entre os outros, como deveres obrigacionais a que estiveram subordinados pelo vínculo do casamento ou da união estável, porque não existe mais o casamento nem a união estável. O que se discute, nesse momento, é a sua dissolução. A legislação civil atual, não indica nenhuma correspondência dos deveres conjugais com o patrimônio e os filhos.

Desta forma, passamos a examinar os processos de desquite, separação e divórcio, em que pese não existir mais o desquite, apenas como comparativo na evolução das formas de dissolução da sociedade conjugal e os deveres conjugais ora estudados.

#### 4.1 – OS PROCESSOS DE DESQUITE, SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO.

Em 1916, de acordo com o disposto no artigo 317 do Código Civil a ação de desquite, então vigente à época, só poderia se fundamentar nas seguintes hipóteses: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria, abandono voluntário do lar, durante dois anos contínuos.

A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I – Adultério.

II – Tentativa de morte.

III – Sevícia ou injúria grave.

IV – Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos (Art.317).

Donde não se fundamentava a ação de desquite, nos deveres conjugais de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos constantes do artigo 231 do aludido Código, objeto de nosso estudo, no Capítulo II.

O que se entende da interpretação dos dispositivos legais supracitados é que os deveres conjugais estão vinculados a constância, vida do casamento, cujo vínculo matrimonial tem a sua durabilidade, permanência alimentada por este conjunto de comportamentos, atos, atitudes entre os cônjuges, sem a vigília da lei, e sem a consciência das pessoas.

Instalado o conflito entre os cônjuges, que venha resultar na ruptura da sociedade conjugal, através do desquite, ora em análise, sobrevêm as causas para a imputação da culpa, que atrai outros condicionantes, e constituem uma outra teoria, fundada no adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e o abandono voluntário do lar, que não é objeto de nossos estudos.

A previsão legal de sanção aplicável ao cônjuge culpado, qual seja, a “perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente” e, ainda a “obrigação de cumprir as promessas, que lhe fez no contrato antenupcial” está contida no artigo 232 do Código Civil de 1916.

Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá:

- I- Na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente.
- II- Na obrigação de cumprir as promessas, que lhe fez no contrato antenupcial (art.232).

O Código Civil atual, não atribui nenhuma penalidade ao marido ou à mulher com relação aos deveres conjugais recíprocos, enquanto dura o casamento, por qualquer inadimplência. Sequer por adultério, pois, uma vez subsistindo a vida conjugal, não há penalidade a ser atribuída, tendo em vista o implícito perdão representado pela simples continuação do casamento, sem óbice do prosseguimento da vida conjugal, sem a menor interferência do Estado, para reprimir, penalizar, culpar. Neste caso, as questões se passam no âmbito da constância da vida privada da família, com resoluções próprias e adequadas a sua gênese.

É de Maria Berenice Dias (2005, p. 243), a assertiva de que: “o eventual ou reiterado, dissimulado ou público inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do casamento”. Justificando o seu entendimento com a afirmativa de que “o descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar o seu adimplemento em juízo”. Explica ainda a citada autora: “as regras estabelecidas para vigorar durante a vida em comum têm utilidade somente para fundamentar o pedido de separação, ou seja, invocáveis depois de findo o casamento”.

É o que consta da disposição contida no artigo 1.572 do CC/02 , a saber:

“Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

Porém, não disse a lei quais são as conseqüências punitivas para aquele que violou os deveres do casamento em sua constância.

Em geral a expressão “violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum” surge como um manto a encobrir os comportamentos escusos praticados de forma recíproca ao longo da convivência conjugal no casamento ou na união estável, na ênfase de provar em Juízo a impossibilidade da reconciliação do casal.

É dever legal do Juiz promover todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, dedicando-se a ouvir cada um dos cônjuges separadamente, reunindo, depois em sua presença, com a indispensável oitiva do Ministério Público, com intuito de restabelecer o casamento ou a união estável. Por esta razão, é necessário haver a demonstração e comprovação inequívoca pelos interessados, partícipes, cônjuges, conviventes de que aquela relação acabou sem nenhuma possibilidade de sua reconstituição, suprimindo assim, o constrangimento de conduzir a Juízo pessoas conhecidas para testemunhar que de fato, o casal brigava muito, ofensas e agressões recíprocas assistidas por filhos e vizinhos, com reflexos em toda família.

Pelo que a expressão de que a vida em comum se tornou insuportável, em ações de separação e divórcio, principalmente as amigáveis, alberga toda sorte de atos atitudes contrários ao cumprimento dos deveres conjugais na constância da vida a dois.

O citado dispositivo legal foi instituído pela lei do divórcio que trouxe originalmente a disposição no seu artigo 5º, que diz “*in verbis*”:

A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

Em situações litigiosas, entre os cônjuges ainda é possível atribuir culpa um ao outro pelo desfazimento da vida conjugal, neste caso, já sob outra vertente, para atribuição de culpa conjugal – separação com culpa - cuja previsão legal encontra-se disciplinada no artigo 1.573 do CC/02, *in verbis*.

Para caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I- adultério;
- II- tentativa de morte;

- III- sevícia ou injúria grave;
- IV- abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V- condenação por crime infamante;
- VI- conduta desonrosa

O texto legal se refere à impossibilidade de comunhão de vida do próprio casamento, não da inadimplência dos deveres conjugais pelos cônjuges, que se observados e cumpridos na constância do casamento, estimularia a comunhão de vida, tornando a conjugalidade positiva a cada dia, distanciando a possibilidade de sua ruptura., . São causas de natureza criminológicas, indeterminadas e pessoais. A exemplo da tentativa de morte de um para o outro cônjuge, sevícia, injúria, bigamia, embriaguez contumaz, alcoolismo, entre outros.

Ora, se a lei do divórcio, 6.515/77, como já dissemos, estabeleceu na seção que trata dos casos e efeitos da separação judicial, em seu artigo 3º que: “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”, faz-nos entender que, com o término do casamento, findos estão os deveres conjugais que vigoraram apenas em sua constância.

Mais recente, o direito de família projetado, constante do Projeto de Lei nº. 2285/2007, se refere à dissolução da entidade familiar, no Capítulo IV, alcançando nesta denominação, o casamento e a união estável hetero ou homossexual, pela ação do divórcio ou pela separação, sem que para tanto, seja necessário invocar descumprimento de deveres conjugais, é o teor da previsão contida no artigos 168 “*caput*”.

“A ação de divórcio pode ser intentada por qualquer um dos cônjuges ou por ambos:

Não encontramos para os processos de separação ou divórcio, qualquer sanção ou punibilidade, decorrente da lei, pelo não cumprimento dos deveres conjugais na constância do casamento.

## 4.2 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DEVERES CONJUGAIS.

Estudos indicam que os deveres conjugais estabelecidos em lei destinam-se a vigorar na constância do casamento e são destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos. Entrementes, prestam-se, exclusivamente,

como causas de separação judicial litigiosa (art. 1.572), quando a sociedade conjugal já chegou ao fim, trazendo ao conhecimento dos agentes públicos judiciários (*a fortiori* do Estado) (art. 5, X, da Constituição) o que deveria estar velado pela tutela da preservação da intimidade e da vida privada (LOBO NETO, 2005)<sup>17</sup>.

O ordenamento jurídico na atualidade avançou para além do Código Civil, em matéria de separação e divórcio, admitindo a possibilidade de dissolução matrimonial por Escritura Pública dispensando a atuação do Estado.

Com o advento deste novo procedimento, para hipóteses de separação e divórcio consensuais, não havendo filhos menores ou incapazes, o processo é administrativo, através do Tabelião de Notas, como dispõe a lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007.

A aludida lei altera dispositivos do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973), possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Dispensar a presença do Juiz para sacralizar a dissolução do vínculo conjugal evidencia que o Estado está deixando de interferir de forma tão incisiva na vida do cidadão. Passou a respeitar a vontade de quem, de forma livre, quer afastar-se do casamento (DIAS *apud* CHAVES, 2007, s/p).

É de se notar que o Código de Processo Civil, que teve acrescido em seu texto o art.1.124-A, passou a vigorar com a seguinte redação:

A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto

---

<sup>17</sup> No artigo “As vicissitudes da Igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, Jus Navegandi, n. 722 (27.6.2005) sobre o artigo 1.566 do Código Civil.

aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e a pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto a retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou a manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º - A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º - A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Através do procedimento administrativo, não temos mais a etapa da conciliação ou mediação, como no processo judicial, os pactos amigáveis são ajustados e preparados anteriormente, através de advogados, e sua entrega posterior ao Tabelião para escriturar e registrar. Não existe também a fase instrutória do processo, não se ouvem depoimentos de testemunhas ou das partes, nem há sentença, ato judicante por excelência.

Igualmente não cabe, pela via administrativa, separações e divórcios litigiosos, fundados sequer numa das hipóteses do artigo 1.573 do CC/02, já transcrito neste trabalho para a imputação de culpa pelo término da relação conjugal, pelo fato de que a questão de quem é culpado não interessa a esse expediente, que não tem órgão julgador, como o é o Estado Juiz.

Nesta esfera não se aplicam os princípios constitucionais da ampla defesa nem do devido processo legal, porque não há lide, senão o consenso e o acordo entre as partes. Informação mais contemporânea advém com o Projeto de lei nº. 2285/2007, que reduziu o número dos deveres conjugais na constância do casamento estabelecidos pelo CC/02, donde é de se aguardar a manifestação dos doutrinadores do direito sobre o assunto, porque também o Projeto não atribuiu sanção ou penalidade para a hipótese.

É possível que os deveres conjugais a serem observados pelos cônjuges e conviventes em suas relações conjugais na modernidade tenham como base os princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade, qualificadores da

relação conjugal como um todo, acrescido da observância da lei, respeitados os limites da privacidade que envolve as relações intrafamiliares.

Uma reflexão que vale ser considerada encontra-se no pensamento de Cunha Pereira (2001, p. 3) quando preleciona:

É preciso romper fronteiras, instalar a pluralidade e buscar em outros campos do conhecimento a compreensão de uma ordenação jurídica sobre a família que seja libertadora e que assente suas bases no amor e no afeto.<sup>18</sup>

As lacunas existentes entre o positivismo jurídico, entendido como a efetivação do direito, e a realidade fática da vida humana são salientadas abaixo:

Pretende o direito, em tese, abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação. Daí a instituição de modelos preestabelecidos de relações juridicamente relevantes a sustentar o mito da completude do ordenamento. Entretanto, a realidade social é dinâmica e multifacetada. Ainda que tente a lei prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter na legislação. A moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos. A realidade sempre antecede o Direito, os atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas. Assim, a existência de lacunas no direito é uma decorrência lógica do sistema e surge no momento da aplicação do direito a um caso *sub judice* não previsto pela ordem jurídica (DIAS, 2005, p. 22).

Esta observação abre caminho ao acolhimento do entendimento de que os deveres conjugais estabelecidos nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil possam representar todos aqueles que possam ser compatíveis com sua nomenclatura, a partir da vivência de cada casal, em seus papéis conjugais.

Outrossim, nesse contexto institucional contemporâneo, onde o direito de família vai se distanciando da tutela estatal, utilizando-se de procedimento administrativo para dissolver a sociedade conjugal, através da separação e divórcio amigáveis, de forma mais rápida, eficaz e com menor custo, ratifica a idéia de que os efeitos dos deveres

---

<sup>18</sup> Rodrigo da Cunha Pereira, atual Presidente do Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM, na Apresentação dos Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2001.

conjugais são produzidos da constância do casamento, já que a lei não lhe atribui efeitos face o descumprimento, pelos cônjuges e conviventes.

O que vale dizer, respondendo a problemática inserida no título do nosso trabalho – Deveres Conjugais – Efeitos jurídicos na ocorrência de ruptura da sociedade conjugal – Quais são eles?

O estudo de ambas as codificações civis brasileira de 1916 e 2002, objetivo deste trabalho, especificadamente, os artigos 231 do CC/16 e 1.566 e 1.724 do CC/02, que tratam da disciplina legal dos deveres conjugais, aqui transcritos e pesquisados na doutrina jurídica, estão destituídos de quaisquer sanções ou penalidades, para a hipótese de sua inadimplência, pelos cônjuges ou conviventes, durante o convívio conjugal, e, ainda, no momento da ruptura da sociedade conjugal através das ações de separação ou divórcio.

Se no começo do século XX o Estado se mostrou mais intervencionista na vida privada familiar, consagrando no *pater familias* a sua representação econômica, fiscal, patrimonial, social, política, religiosa, e no casamento a legitimação da família, por outro lado, segregou a mulher de qualquer direito civil, quer como esposa quer como cidadã, mantendo o controle das relações intrafamiliares. Não foi o que ocorreu na metade do século passado, no pós guerra dos anos 50, quando a mulher ingressou no mercado de trabalho e foi assumindo na sociedade posições de igualdade com o seu esposo e, enquanto mãe para com seus filhos, por força do Estatuto da mulher casada.

A evolução legislativa havida entre 1916 e 2002, comprova a própria incapacidade do Estado de imiscuir-se nas relações conjugais, através do estabelecimento, inclusive, de outras modalidades de dissolução da sociedade conjugal, extinguindo o desquite, que até a lei do divórcio de 1977 mantinha para todo sempre, subsistente o vínculo conjugal para estimular a reconciliação entre os desquitados, quando já findo estava o casamento.

A Carta Constitucional trouxe valores para o Direito de Família, consagrados nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade. No que acompanham as ciências sociais, na experiência das dinâmicas de grupos trazidas neste trabalho por Kurt Lewin e Godbout, indicativas das práticas de adaptações mútuas entre os cônjuges, na manutenção do equilíbrio indispensável a vida conjugal ou ainda, a troca, a

reciprocidade, a doação, a entrega como valores estabelecedores de vínculos familiares.

Diferentes da obrigatoriedade do débito conjugal, da sobrecarga de trabalhos para um dos cônjuges na organização familiar, da obrigação da fidelidade conjugal no sentido restrito a exclusividade sexual, ou, ainda, a convivência obrigatória sob o mesmo teto, a deslealdade pelos comportamentos assimétricos, individuais, diferentes, livres.

A disciplina dos deveres conjugais se referem a deveres de convivência, de vida à dois, enquanto dura, local onde o Estado não fiscaliza, nem deseja que assim o faça, por força da própria norma estatal, consubstanciada no artigo 1.513 do CC/02, que proíbe ao próprio Estado, na condição de pessoa de direito público, ou a qualquer outra de direito privado interferir na vida familiar.

O Estado ratifica esta posição não intervencionista na vida privada familiar, através da instituição dos procedimentos administrativos de separações e divórcios, criados através da Lei 11.441/07, processados por Tabelião de Notas, através de escritura pública devidamente registrada.

Nestes procedimentos nada se discute sobre a vida conjugal, se os deveres foram cumpridos ou não, muito menos se discutem as razões que deram fim ao casamento ou a união estável. Neste momento se cuidam dos negócios patrimoniais sequer dos filhos, sendo menores.

A via judicial não faz diferente, nas ações de separação e divórcio, ainda que litigiosos, os deveres do convívio conjugal, ora estudados, não vêm à mesa do litígio, nenhum dos partícipes da vida conjugal nem o Estado Juiz, deles se lembram, senão do patrimônio e dos filhos: guarda, sustento e alimentos.

Ainda que lembrados, só serveriam para imputar um ao outro a culpa pela separação ou divórcio, quando já findo o afeto, findo o casamento, jamais para lembram que não os cumpriram, reciprocamente, na convivência conjugal, de tal forma que esta chegou ao fim, de forma insuportável.

Resta demonstrado que os deveres conjugais, são da constância do casamento, do desconhecimento dos próprios interessados, antes, durante, ou depois do casamento ou da união estável, que não o reconhecem na ocorrência de ruptura da relação conjugal, o Estado, por sua vez, não atribui sanção aos cônjuges por sua

inadimplência, não detém o poder de fiscalizar o seu cumprimento, restando inócua a disciplina legal estatuída em lei, porquanto sem nenhuma eficácia jurídica.

Pelo que, prevalente os princípios, apontados para o novo milênio na epígrafe desta dissertação nas palavras da historiadora Michelle Perrot, de conservar da família: solidariedade, fraternidade, ajuda mútua, laços de afeto e de amor.

Valores estes que se coadunam com os princípios constitucionais basilares do Direito de Família, estudados no Capítulo III desta dissertação de liberdade, igualdade e dignidade, no entendimento de que família são vínculos, valores e subjetividade.

Cumpre assinalar que, neste novo milênio, há necessidade de se aprender a conviver com as diferenças, com a inclusão social, sinônimo de cidadania, onde novos princípios e valores poderão surgir para promoção do desenvolvimento de todas as pessoas humanas, sujeitos de direito, principalmente na família, lugar de companheirismo, solidariedade e felicidade entre seus membros, como já afirmamos. Por esta razão o exame de institutos do direito de família, como os deveres conjugais, se revela uma contribuição necessária para o aperfeiçoamento da própria instituição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estimulantes discussões com alunos em sala de aula, ocorridas na disciplina por mim ministrada Direito Civil de Família, na parte dedicada ao estudo dos Deveres Conjugais constantes dos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil atual, respectivamente, para o casamento e para união estável, geraram a presente pesquisa sobre o tema.

As inquietações tiveram e tem fundamento, principalmente, quando se procura saber quais os efeitos jurídicos dos deveres conjugais, na ocorrência de ruptura da sociedade conjugal. Foi o caminho percorrido nesta pesquisa. Em sala de aula fomos questionados sobre o rol dos deveres disciplinados pela lei e se temos no ordenamento positivado uma lista taxativa ou exemplificativa? o por que da desigualdade deveres conjugais para os conjugues no casamento e os conviventes em união estável? sobre as conseqüências para os cônjuges, conviventes e para os filhos, a inadimplência dos deveres conjugais? se são deveres do convívio conjugal, enquanto dura a relação? ou são deveres a serem usados apenas quando o casamento acaba, através das competentes ações de separação e divórcio? Exploramos em sala de aula diversas situações práticas para averiguar a eficácia dos deveres na ruptura da sociedade conjugal e não encontramos as consequência legais.

O que resultou na pesquisa ora realizada, que tem o significado dos primeiros achados sobre o tema, por meio da Pesquisa documental, de modo descritivo e analítico, cujo objetivo foi analisar as duas codificações civis brasileiras, a de 1916 e a de 2002, observando o comportamento legal dos deveres conjugais à luz da evolução legislativa entre um e outro código, para saber quais os seus efeitos, quando da dissolução da sociedade conjugal. Não sem antes, passar por algumas indagações, meramente exemplificativas, sobre as possíveis razões que podem conduzir um homem e uma mulher e constituir uma relação conjugal.

O trabalho responde que a motivação não advém dos deveres conjugais insculpidos em lei, os casais não os conhecem antes nem durante a convivência conjugal, também não o reconhecem na instalação dos processos de separação e divórcio,

senão para culpar o outro e auferir, com a inocência, vantagem patrimonial. O que também não ocorre nas separações culposas.<sup>19</sup>

Os motivos que conduzem à escolha do conjugue modificam-se a cada sentimento, a cada idéia, a cada pessoa, a cada época, não se podendo elenca-los, dada as inúmeras justificativas pessoais e subjetivas sobre este processo de escolha, não havendo possibilidade de se disciplinar juridicamente deveres personalísmos como estes, não tendo como se aplicar, *in casu*, o sistema normativo de a cada regra corresponder uma sanção.

Nesta senda, os deveres conjugais gravitam em torno de valores, vínculos subjetividade, típicos da construção familiar, norteados pelos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade, que resultam nos compromissos e responsabilidades da vida à dois, como solidariedade, adequação das diferenças individuais para harmonia e equilíbrio do casal, troca, reciprocidade, entrega, cumplicidade, respeito, afeto, amor, motivos de surgimento e permanência da vida conjugal.

É consenso entre os especialistas, tanto do direito quanto das ciências sociais, neste trabalho estudados, que o Direito de Família e as concepções sobre a Família muito evoluíram ao longo do século passado até o século atual. A família viveu e ainda vive sob transformações e mudanças de seus tradicionais e conservadores conceitos e instituições, de 1916 para a contemporaneidade.

Avanços da tecnologia, uma nova ordem econômica e social globalizada, novos costumes e uma maior tolerância em relação às singularidades individuais influenciaram decisivamente para os contornos e conteúdo do Direito de Família Moderno, pós Constituição de 1988, implicando modificações de valores e conceitos. Foi o impacto dessas transformações sobre os códigos legais aquilo que pretendemos discutir, de maneira sistematizada, neste trabalho.

O casamento, historicamente, tem como uma das suas mais tradicionais finalidades, a procriação, para assegurar a sobrevivência da espécie. Hoje, a vida pode ter continuidade, sem o casamento, sem relações sexuais naturais, podendo o ser

---

<sup>19</sup> Estudo profundo sobre o assunto foi feito por Cristiano Chaves de Farias, na Dissertação de Mestrado intitulada: A Separação Judicial à luz do Garantirismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento, 2005, já citada neste trabalho.

humano utilizar-se dos procedimentos da biotecnologia para conservar-se enquanto espécie.

A mulher quando casava era obrigada a usar o sobrenome do marido. Na viuvez, caso voltasse a casar, perdia a guarda dos filhos menores no Brasil. Os deveres conjugais não mais podem ser vistos somente como letra jurídica, como norma, mas, sobretudo, observando-os a partir de um matriz interdisciplinar e que revele os momentos históricos nos quais foram produzidas e promulgadas. Ademais, uma revisão bibliográfica envolvendo diversas áreas do conhecimento como o Direito, História, Sociologia e Antropologia demonstraram ser fundamental para a compreensão do fenômeno/fato social em determinados períodos da História Contemporânea brasileira.

Neste sentido, retomo a Constituição Federal de 1988 que instituiu a igualdade dos cônjuges entre si e entre estes e os filhos, além da liberdade do planejamento familiar, da liberdade em escolher o regime patrimonial de bens, e o respeito à dignidade da pessoa humana, condenando a violência no âmbito da família e das relações de afeto.

A igualdade constitucional entre marido e mulher fez com que a União Estável, sociedade de fato, também tivesse a proteção do Estado e deveres conjugais iguais aos do Casamento, principalmente, porque a União Estável pode ser convertida em casamento, se assim desejarem os conviventes.

A presente dissertação percorre os fatos históricos do Direito de Família Contemporâneo, suas permanências e transformações, revelados através da legislação que mencionamos e anexamos ao presente trabalho, até chegarmos aos processos de separação e divórcio, para verificar a eficácia dos deveres conjugais na ruptura da sociedade conjugal.

Cabe um estudo posterior, de enfoque mais empírico, através de pesquisa de campo com dados que representem a conjuntura familiar e suas múltiplas possibilidades na atualidade, a exemplo de se investigar quais os deveres conjugais das pessoas envolvidas numa relação de casamento (processo formal) e na união estável (processo informal). Mais, ainda, adentrando-se na relação de união estável, sugere-se uma pesquisa específica, para os conviventes que coabitam no mesmo domicílio conjugal e aqueles que não coabitam.

Os estudos indicaram que a relação conjugal enquanto permanece não sofre fiscalização do Estado e mesmo nem poderia, uma vez que é defeso a qualquer pessoa de direito público e de direito privado interferir na vida familiar. A proibição é constante em lei, especificadamente no artigo 1.513 do CC/02, a que já nos referimos nesta pesquisa.

Nesta senda, é da família e dos próprios cônjuges o direito de cumprir, fazer cumprir, exigir, fazer exigir, zelar, cuidar, observar os deveres conjugais a que estão adstritos no curso de suas vidas conjugais. Porque é durante a vigência da sociedade conjugal que eles têm vida e podem ser observados, advertidos, lembrados e cumpridos. Mas, neste aspecto não são os deveres legais, objeto do nosso estudo, senão aqueles adequados e constuidos naquela conjugalidade, no âmbito dos papéis que representam um para o outro e que estão postos por êles próprios, não pelo Estado.

O campo de efeitos psicológicos e sociais, que produzem os deveres conjugais devidamente adimplidos na constância da vida a dois, produz uma irradiação positiva na atmosfera familiar. Referimo-nos àquela atmosfera trazida ao trabalho, por Kurt Lewin, no Capítulo I. Refletem alegrias, bons momentos de felicidade, regozijo, interação entre o casal, relação tranqüila com os filhos, podendo, em muitos casos, durar para sempre.

No momento da ruptura da sociedade conjugal, esta atmosfera é, muitas vezes, renegada pelos cônjuges, como se nunca tivesse havido, e não é raro que ambos se dediquem a buscar reparação do próprio convívio pela via patrimonial, mercadológica.

Pesquisada a lei, não encontramos o estabelecimento de sanção ou qualquer penalidade pela inadimplência dos deveres conjugais, pois a lei não fiscaliza seu cumprimento, e os cônjuges não o declaram reconhecer.

O trabalho dedicou-se, inicialmente, a investigar os deveres, as obrigações conjugais, delimitando seus conceitos e natureza jurídica, perpassando pela evolução histórica do Direito de Família, chegando à Constituição de 1988 e ao Projeto do Estatuto das Famílias (nº. 2285/2007).

O objetivo geral do presente estudo foi averiguar quais os efeitos jurídicos dos deveres conjugais na ocorrência de ruptura da sociedade conjugal, tendo buscado

mostrar que a lei não tem previsão legal para a tal ocorrência, e a questão se passa no subjetivo das pessoas, no seio da família, internamente, enquanto duradoura for a convivência conjugal.

O estudo também investigou sobre o número, a quantidade dos deveres conjugais legais, e se seriam apenas aqueles legalmente listados, o que sugere até mesmo uma pesquisa de campo para que as próprias pessoas reconheçam e identifiquem quais são os seus deveres e se de fato os têm, por força do casamento ou da união estável, como já afirmado nestas considerações finais.

A possibilidade é de que exista uma gama de direitos e deveres de cada relação conjugal de *per si*. Isto porque dizem respeito à individualidade do ser humano, a cada pessoa humana, detentora de inúmeros direitos e deveres.

Elencar em números, cinco ou dois, deveres conjugais próprios do casamento ou da união estável, pode se revelar uma tarefa inócua, pois podem ser eles mínimos e insuficientes, ou ainda, máximos e superestimados. A medida exata quem vai lhe emprestar é a realidade, o caso concreto, exemplar único do meu/nosso viver, do meu/nosso bem estar, da minha/nossa felicidade.

Diante desta dificuldade, imperioso se faz recorrer aos princípios porque, afinal de contas, o fato social do casamento é de interesse público e o Direito é instrumento também de apaziguamento social.

Ao casar ou estabelecer união estável, as pessoas tornam-se guiadas pelos princípios constitucionais da dignidade, liberdade e igualdade, parâmetros legais em torno dos quais gravitam as Instituições do Direito de Família contemporâneo, como o Casamento e a União Estável.

A supremacia dos princípios revela-se na opinião de Sarmiento, em seu estudo sobre a Constituição Federal: “Se o Direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juízes por máquinas (SARMENTO, 2000,p.44).

Sendo a família, como de fato o é, “um tipo específico de relação social” retorno a Petrini citando Donati, que vem corroborar a afirmativa que ora fazemos da impossibilidade de previsão legal satisfatória de deveres conjugais, a saber: a família é um sistema relacional com limites variáveis porque, nela, as relações nunca podem ser predefinidas,

[...] A variabilidade tem uma dúplici dinâmica: intersubjetiva e estrutural, que estão em contínua interação entre si. Dinâmica intersubjetiva significa que a relação familiar vive no e através do diálogo e da conversação interpessoal. Dinâmica estrutural significa que a relação familiar vive na e através de vínculos (liames) que ela mesma, no decorrer de sua história gerou, destruiu, regenerou (DONATI *apud* PETRINI, 2004, p.15-6).

Considerar, então, a vivência familiar como relação social de natureza afetiva, por excelência, significa dizer que a sua sobrevivência está adstrita à existência do afeto, sendo válida a conclusão de que, uma vez findo o afeto finda está a relação familiar conjugal, dinâmica, intersubjetiva e estrutural, qualquer que tenha sido a motivação para celebrar o casamento ou para constituir união estável.

Esperamos, por fim, que nossas contribuições propiciem novos estudos no âmbito do Direito de Família, voltados ao aperfeiçoamento de suas instituições e que estimulem o debate qualificado e interdisciplinar sobre os reais valores familiares. Pois, sem os princípios nós, advogados, seríamos meros aplicadores da lei, sem bom senso, criatividade e imaginação, e, para nós professores, sem os princípios não saberíamos ensinar nossos alunos a pensar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

III Congresso Brasileiro de Direito de Família, **Anais**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2002.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O Fim da culpa na separação judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BASSANEZI, Maria Silvia C. Beozzo. **As escolhas matrimoniais no velho oeste paulista**. Encontro de Estudos Populacionais, ABEP.

BRASIL. **Código Civil**, 1916.

BRASIL. **Código Civil**, 2002.

BRUGGER, Silvia Maria Jardim. **Casamento e valores sociais: o triunfo do discurso amoroso**. Encontro de Estudos Populacionais, ABEP

CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. **Filiação e biotecnologia**: Questões novas na tutela jurídica da família. Dissertação [Mestrado]. Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea, Universidade Católica do Salvador, Bahia, 2005.

CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. **Família, sociedade e subjetividades**. Petropolis: Vozes, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil** v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1891, 1924, 1946, 1988.

COURT, Pedro Morandé. **Família, redes, laços e políticas públicas**. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988** v. VIII. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1993.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESTATUTO DAS FAMÍLIAS (Projeto de Lei nº 2285/2007). IBDFAM. Belo Horizonte: Magister, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. **A escolha amorosa e interação conjugal na heterossexualidade e na homossexualidade**. Porto Alegre, Psicologia: Reflexão e crítica, v. 10, n. 2, 1997.

GODBOUT, Jacques T. **O espírito da dádiva**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** v. VI. São Paulo: Saraiva, 2007.

JACQUET, Christine & COSTA, Lívia Fialho (Orgs.). **Família em mudança**. São Paulo: Companhia Ilimitada, 2004.

LEWIN, Kurt. **Problemas de Dinâmica de Grupo**. São Paulo: Cultrix, 1978.

LAGO, Syane de Paula. **Namoro para escolher (com quem casar): idéias e práticas de namoro entre jovens em Belém/ PA**. XIII Encontros de Estudos Populacionais, Caxambu, 2002.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável do concubinato ao casamento antes e depois do novo Código Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PETRINI, João Carlos e CAVALCANTI, Vanessa (Orgs.). **Família, sociedade e subjetividades. Uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis: Vozes, 2005.

PETRINI, João Carlos. A relação nupcial no contexto das mudanças familiares. In: JACQUET, Christine (Org.). **Família em mudança**. São Paulo: Companhia Ilimitada, 2004.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja** 25 anos: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal (os Deveres Conjugais Sexuais). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, n. 4, junho/julho, 2008.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

REVISTA VEJA, Entrevista com o Papa Bento XVI no Brasil. São Paulo, abril, 2008, ano 40, n. 19.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARTI, Cynthia Andersen. Algumas questões sobre família e políticas sociais, In: JACQUET, Christine (Org.). **Família em mudança**. São Paulo: Companhia Ilimitada, 2004.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de Casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: T. A. Queiroz/EDUSP, 1984.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula** 380 de 1964.

THERBORN, Göran. **Sexo e poder**. São Paulo: Contexto, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família v. 6**. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1988.

WETTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Fundamentos do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

# **APENDICES**

# **ANEXOS**

## CRÉDITOS DA AUTORA

Natural de Cachoeira, Estado da Bahia, ingressou na Faculdade de Direito na Universidade Federal da Bahia em 1968 e formou-se em 1972 e, após prestar exame de Ordem, logo começou a advogar.

Em 1981 ingressou no Mestrado em Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal, tendo concluído os créditos. Realizou, em seguida, curso de Pós-Graduação em Processo Civil e Processo do Trabalho em 1984.

Entre 1974 e 1979, foi contratada, como advogada, pela Fundação Instituto de Urbanismo e Administração Municipal – IURAM, fundação de direito privado vinculada a Secretaria do Planejamento Governo do Estado da Bahia, tendo exercido o cargo de assessora jurídica. Dita função compreendia a atividade de consultoria na área do direito urbano municipal, integrado em sua essência pelo direito administrativo e constitucional, sem prejuízo do exercício da advocacia na área privada.

De 1979 a 1981 passou a ser advogada do Centro de Planejamento da Bahia – CEPLAB, fundação de direito público, vinculada à Secretaria do Planejamento do Estado da Bahia, que sucedeu ao IURAM, voltada à mesma finalidade.

Em 1981, ocupou o cargo de Procuradora Chefe da Autarquia Centro de Planejamento e Estudos – CPE, vinculada à Secretaria do Planejamento do Estado da Bahia até 1983, com restrições de advogar apenas contra o Estado.

Entre 1983 e 1990, exerceu o cargo de Procuradora Chefe da Autarquia estadual denominada Centro de Estatística e Informações – CEI.

Exerceu também a função de Assessora Chefe da Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região Metropolitana de Salvador – CONDER, empresa pública estatal, de 1990 a 1998, colocada à disposição pelo Estado.

Em 1998, aposentou-se no cargo de Procurador do Estado da Bahia, com vinte e cinco anos de serviços prestados na área do Direito Público, envolvendo Direito Administrativo, Constitucional e Tributário, retomando ao exercício pleno da advocacia.

Em 1999, foi contratada para chefiar a assessoria jurídica da Fundação Luiz Eduardo Magalhães, fundação de direito privado, onde permanece até hoje, cuja prestação de serviços envolve prestação de serviços e consultoria em matéria administrativa e trabalhista, uma nova experiência a ser considerada no exercício da advocacia na Justiça do Trabalho.

Ao longo dos trinta e seis anos de formada em direito, sempre exerceu a advocacia em escritório profissional, dedicando-se ao Direito Privado, principalmente o Direito Civil de Família, sem nenhuma incompatibilidade com as funções/cargos técnicos públicos que ocupou no âmbito do Estado da Bahia, tendo participado de Cursos, Congressos e Seminários na área do Direito, publicado artigos, conferências e aulas. Vale registrar a experiência docente levada a efeito neste Mestrado à convite da Professora Isabel Lima participei de um Seminário em Direito de Família no ano de 2004, a partir quando foi despertado a curiosidade e o interesse em realizar este Mestrado,

Em 2002, ingressou como associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, tendo participado de vários Congressos Nacionais de Direito de Família, e realizado junto com a Secção local do IBDFAM Seminário Estadual e iniciado a minha dedicação a pesquisa.

Fez formação em Árbitro e Mediadora junto ao Conselho Arbitral da Bahia, para funcionar em mesas de conciliação, mediação e arbitragem, na execução da Justiça alternativa para solução de conflitos na área do direito patrimonial disponível, inclusive no Direito de Família.

Em 2004 ingressou na vida acadêmica, sendo contratada para lecionar na Faculdade de Direito da então UNIME – União Metropolitana de Educação e Cultura S/C Ltda., até 22 de julho do corrente ano, tendo ministrado a disciplina de Prática Jurídica e Direito Civil de Família, e participado de diversas Bancas de Trabalho de Conclusão de Curso de alunos do curso de Direito, e feito diversas conferências na área do Direito de Família.

No mesmo ano de 2004, no mês de agosto, foi contratada pela Faculdade de Tecnologia e Ciência – FTC, para lecionar, na Faculdade de Direito, a disciplina Prática Jurídica e Direito Civil de Família, até os dias atuais, continuando no exercício da advocacia.

Em 2005, prestei exames e me habilitei a cursar o Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea, na linha de pesquisa Família e Sociedade, iniciado em 2006, oportunidade em que me afastei por dois anos da UNIME, até a conclusão dos créditos.

Devo revelar a experiência positiva e enriquecedora que representou para mim esta vivência, como advogada, dado o caráter interdisciplinar do curso, mostrando um novo olhar e uma nova consciência sobre a família e sua projeção no Direito Civil de Família, além de grande estímulo à pesquisa.