

Maria Helena Diniz

Curso de Direito Civil Brasileiro

5. Direito de Família



29ª edição

2014

Consagrados
Quadros Sinóticos e
Esquemas Gráficos

100 ANOS
Saraiva

C. EFEITOS PESSOAIS DO CASAMENTO

c.1. Direitos e deveres de ambos os cônjuges

Com o ato matrimonial nascem, automaticamente, para os consortes, situações jurídicas que impõem direitos e deveres recíprocos, reclamados pela ordem pública e interesse social, e que não se medem em valores pecuniários²⁶², tais como: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, assistência, respeito e consideração mútuos (CC, art. 1.566, I a IV).

O dever moral e jurídico de *fidelidade mútua* decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.

Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro. Fernando Santosuosso alude à exclusividade das prestações sexuais pelos cônjuges, definindo o matrimônio como “a voluntária união, pela vida, de um homem e de uma mulher, com exclusão de todas as outras” (em contrário – Res. CNJ n. 175/2013). Com isso a liberdade sexual dos consortes fica restrita ao casamento. A infração desse dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência da moral familiar²⁶³, desagregando toda a vida da família²⁶⁴, além de agravar a honra do outro cônjuge, injuriando-o gravemente²⁶⁵. Para que se configure o adultério (ilícito civil) basta uma só transgressão ao dever de fidelidade por parte do marido ou da mulher (RT, 181:221); não se exige, portanto, a continuidade de relações carnis com terceiro. Até o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, o *adultério* era, concomitantemente, delito penal (CP, art. 240 ora revogado)

262. Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 119; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 108; Grassi, *La legge sul divorzio*, Napoli, Jovene, 1970, p. 28, escreve que “o matrimônio desencadeia uma série de obrigações de *agere*, de *non agere*, de *pati* (assistência, fidelidade, *ius in corpus*, convivência, respeito, tolerância, compreensão etc.), estritamente pessoais e infungíveis, e cuja observância é necessária para que se possam realizar a finalidade e os efeitos do negócio”.

263. Duprat, *Le lien familial*, p. 138; Santosuosso, *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, UTET, 1965, p. 328-9.

264. Beudant, op. cit., v. 1, p. 427.

265. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 152; Carbonnier, op. cit., v. 2, n. 20, p. 66. Para Regina Beatriz Tavares da Silva (Responsabilidade civil dos cônjuges, *A família na travessia do milênio*, IBDFAM, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 128), a fidelidade é o dever de lealdade, sob o aspecto físico e moral, de um dos cônjuges para com o outro, quanto à manutenção de relações que visem à satisfação do instinto sexual dentro da sociedade conjugal.

e civil, uma vez que constituía uma das causas de separação judicial (CC, art. 1.573, I) e, além disso, proibia a lei o reconhecimento de filho adulterino, salvo depois do término da sociedade conjugal ou por testamento cerrado (Lei n. 883/49, art. 1º, § 1º, com a redação da Lei n. 6.515/77). Atualmente, não há mais tal proibição, pois ante o disposto na CF/88, art. 227, § 6º, surgiram normas como a Lei n. 7.841/89, art. 1º, a Lei n. 8.069/90, art. 26, parágrafo único, e a Lei n. 8.560/92, admitindo o reconhecimento de filho decorrente de relação extramatrimonial sem qualquer restrição legal, o que foi consagrado pelo atual Código Civil (arts. 1.607 a 1.612).

Antes mesmo da revogação do art. 240 do Código Penal, relativo ao crime de adultério, Espínola²⁶⁶ já ponderava que havia uma nítida tendência mundial em abolir o delito de adultério no Código Penal, porque as causas da infidelidade masculina ou feminina são variadas: mudança de personalidade, desejo de vingança, monotonia, compensação para as decepções sofridas, inadequado relacionamento sexual, culpa do parceiro traído etc. Se o casal tivesse construído uma relação amorosa adulta, dizia Bassil Dower, baseada *na compreensão mútua*, onde os atritos e tensões fossem continuamente superados, dificilmente surgiria oportunidade para o adultério. A sanção civil, porém, deveria ser mantida, pois quando um dos consortes pratica adultério é sinal de que o casamento está enfraquecido e o adultério constituirá a *causa mortis* do matrimônio²⁶⁷.

laços afetivos que a prendiam ao cônjuge, visto que essa ligação, embora passageira, em regra tem, para a mulher, significação sentimental. Já em relação ao adultério do marido, os filhos que este tiver com sua amante ficarão sob os cuidados desta e não da esposa, e, além disso, pode ocorrer que a infidelidade do homem seja um desejo momentâneo ou mero capricho, sem afetar o amor que sente pela sua mulher. Todavia sob o ponto de vista moral e jurídico, merecem reprovação tanto a infidelidade do marido como a da mulher, por ser fator de perturbação da estabilidade do lar e da família²⁶⁸.

É preciso não olvidar que não é só o adultério (ilícito civil) que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida etc.

Esse dever de fidelidade, ensina-nos Washington de Barros Monteiro²⁶⁹, perdura enquanto subsistir a sociedade conjugal, ainda que os cônjuges estejam separados de fato, terminando apenas com a morte, nulidade, anulação do matrimônio, separação (extrajudicial e judicial) e divórcio, hipóteses em que o consorte readquire, juridicamente, plena liberdade sexual. Todavia, o novo Código Civil, no art. 1.723, § 1º, admite a união estável entre separados de fato, seguindo a esteira de alguns julgados que entendiam que, em caso de separação de fato, não haveria mais o dever de fidelidade (RT, 445:92, 433:87) e que o *animus* de terminar com uma vida conjugal bastaria para fazer cessar a adulterinidade.

As núpcias instauram entre os cônjuges a *vida em comum no domicílio conjugal*, pois o matrimônio requer coabitação, e esta, por sua vez, exige comunidade de existência²⁷⁰ (CC, arts. 1.511 e 1.566, II).

A coabitação é o estado de pessoas de sexo diferente (ou do mesmo sexo – Res. CNJ n. 175/2013) que vivem juntas na mesma casa, convivendo sexualmente. Com arrimo em Lopez Herrera, Antônio Chaves²⁷¹ distin-

268. Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 126; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 110. Hoje o adultério com a extinção da separação judicial de um ano como requisito para o divórcio pela EC n. 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º, pode ser motivo para pleitear indenização civil por dano moral, havendo pedido de divórcio direto.

269. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 110. Vide nossos comentários a respeito no capítulo alusivo ao direito convivencial.

270. Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 123; Flávio Tartuce, O princípio da boa-fé objetiva no direito de família, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 35:5-32.

271. Antônio Chaves, *Lições de direito civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, v. 2, p. 11-3.

gue, no dever de coabitação, dois aspectos fundamentais: o imperativo de viverem juntos os consortes e o de prestarem, mutuamente, o débito conjugal, entendido este como o "direito-dever do marido e de sua mulher de realizarem entre si o ato sexual". Um cônjuge tem o direito sobre o corpo do outro e vice-versa, daí os correspondentes deveres de ambos, de cederem seu corpo ao normal atendimento dessas relações íntimas, não podendo, portanto, inexistir o exercício sexual, sob pena de restar inatendida essa necessidade fisiológica primária, comprometendo seriamente a estabilidade da família²⁷². Sendo recíproco o dever de coabitação, ambos são devedores dessa prestação, podendo um exigir do outro seu cumprimento. Cada consorte é devedor da coabitação e credor da do outro. Daí sentir-se, mais, nesse direito-dever o caráter ético, extrapatrimonial e absoluto, sendo, assim, intransponível, irrenunciável, imprescritível²⁷³. É, como diz Laurent²⁷⁴, um dever de ordem pública, pois não há casamento se não mais existir vida em comum. Impossível é a renúncia ao direito de exigi-lo ou convenção que o pretenda abolido.

Contudo não é tal dever da essência do matrimônio, uma vez que a própria legislação permite o casamento *in extremis* e o de pessoas idosas, que não estão em condições de prestar o débito conjugal²⁷⁵. Além do mais, o dever de vida em comum dos consortes sob o mesmo domicílio conjugal não é absoluto, pois casos existem que impedem a coabitação física: grave enfermidade de um dos cônjuges, que se recolhe a um hospital; voto de castidade feito, solenemente, pelo casal após anos de convivência normal; exercício de profissão em outra localidade, como ocorre com viajante, oficial da marinha, marujo ou funcionário²⁷⁶. Nestas hipóteses a comunhão de vida é, predominan-

272. Álvaro Villaça Azevedo, Dever de coabitação, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 24, p. 371. Nesse mesmo sentido, consulte Giambattista Nappi, *Trattato di diritto matrimoniale concordatario e civile*, Milano, Ed. Libreria, 1940, v. 2, p. 593; Francesco Scardulla, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 5; Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 150; Cláudia Haidamus Perri, *Direito ao débito conjugal*, in *O direito de família após a Constituição Federal de 1988* (coord. Coltro), São Paulo, Celso Bastos ed., 2000, p. 161-86.

273. É o que diz Álvaro Villaça Azevedo, op. cit., p. 366 e 377. Sobre o caráter fundamentalmente ético desse direito-dever, vide Federico Puig Peña, *Compendio de derecho civil español*, 2. ed., Pamplona, Ed. Aranzadi, 1972, t. 5, p. 125-7.

274. Laurent, op. cit., v. 3, p. 79.

275. Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 123.

276. Clóvis Beviláqua, *Código Civil comentado*, 11. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1956, v. 2, p. 87; Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v. 4, p. 324-5; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 123-4; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 112.

temente, espiritual²⁷⁷, não havendo quebra do dever de vida em comum, por se tratar de exceções impostas no interesse próprio do casal e da prole²⁷⁸.

Devem marido e mulher conviver na mesma casa, denominada, pela lei, *domicílio conjugal*. Competia ao marido fixar o domicílio, devendo sua esposa segui-lo, mas ante o art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil, art. 1.569, ao estatuir que o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se, temporariamente, do domicílio conjugal para atender a encargos públicos (p. ex., prestação de serviço ao Brasil, no exterior), ao exercício de sua profissão (p. ex., comandante de aeronave ou navio mercante; juiz de direito ou promotor de justiça, para cumprir sua função na comarca designada; trabalhador de plataforma de exploração petrolífera; guia de turismo etc.) ou a interesses particulares relevantes (p. ex., para poder cursar mestrado no exterior ou em outra cidade do Brasil; prestar assistência a pais ou a filhos residentes em outra nação etc.). Assim, p. ex., havendo justa causa, a mulher pode afastar-se do domicílio conjugal se (a) o marido não a tratar com o devido respeito e consideração; (b) o consorte pretender que ela o acompanhe em sua vida errante ou que ela emigre com ele para subtrair-se a condenação criminal²⁷⁹; (c) o cônjuge, por capricho ou hostilidade, muda-se para lugar insalubre, insalubre ou desconfortável²⁸⁰; (d) tiver de atender a reclamos de sua vida profissional e interesses particulares importantes. A lei apenas requer que haja presença regular no domicílio do casal, pois tem por escopo manter a comunhão de vida.

A infração do dever de coabitação pela recusa injustificada à satisfação do débito conjugal constitui injúria grave, implicando ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do outro consorte, e podendo levar à ação de reparação civil por dano moral e à separação judicial (CC, art. 1.573, III)²⁸¹. Da mesma forma o abandono voluntário do lar, sem justo motivo durante um ano contínuo, reveste-se de caráter injurioso²⁸², autorizando, por isso, o

277. Espínola, op. cit., p. 208.

278. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 112.

279. É a lição de W. Barros Monteiro, op. cit., p. 112. Consulte: Matiello, *Código*, cit., p. 1021.

280. Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 124. Vide RT, 410:175.

281. Azzolina, *La separazione personale dei coniugi*, p. 87; RTJ, 67:449; Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 126; De Page, op. cit., v. 1, n. 869.

282. A este propósito o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que "comete injúria grave e abandono do lar a mulher casada que viaja para o exterior contrariando o marido e na polícia declara-se solteira" (RT, 407:142).

pedido de indenização por dano moral e de separação judicial (CC, art. 1.573, IV), pois não se pode recorrer à força policial para coagir o cônjuge faltoso a retornar à habitação conjugal. O cônjuge abandonado poderá se quiser dirigir interpelação judicial ou extrajudicial ao outro consorte, convidando-o a retornar ao lar sob pena de incorrer nas sanções legais²⁸³.

É mister ressaltar, a título ilustrativo, que o injustificado abandono do lar, por parte da mulher, acarretava maior número de sanções, cessando, para o marido, a obrigação de sustentá-la; podia o magistrado, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher (CC de 1916, art. 234; STF, Súmula 379). E, atualmente, se um dos cônjuges não vivia com o consorte, ao tempo da morte deste, não pode administrar a herança, nem ser nomeado inventariante (CC, art. 1.797, I; CPC, art. 990, I), ou ficar na posse da herança até a partilha, como poderia se com ele coabitasse²⁸⁴. Havendo recusa de viver em comum, o abandonado poderá pleitear indenização por dano moral e requerer a separação judicial, mas o cônjuge faltoso continuará obrigado a sustentá-lo, se necessitar de alimentos para viver de modo compatível com sua condição social (CC, art. 1.694)²⁸⁵.

Além dessas sanções econômicas, não se admitem sanções compensatórias sob a forma de multa e muito menos sanções coercitivas para o restabelecimento dos direitos conjugais²⁸⁶.

Como observam Kipp e Wolff²⁸⁷, deve haver entre os consortes uma atenção às suas características espirituais, o que requer os deveres de cuidado, assistência e participação nos interesses do outro cônjuge. Trata-se do dever de *mútua assistência*, que, segundo Beviláqua, se circunscreve aos cuidados pessoais nas moléstias, ao socorro nas desventuras, ao apoio na adversidade e ao auxílio constante em todas as vicissitudes da vida²⁸⁸, não se concretizando, portanto, no fornecimento de elementos materiais de alimentação, vestuário, transporte, diversões e medicamentos conforme as posses e educação de um e de outro²⁸⁹. Jemolo e Carbonnier²⁹⁰ vislumbram nesta

283. É o que escreve W. Barros Monteiro, op. cit., p. 111.

284. Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 127.

285. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 151.

286. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 151.

287. Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de derecho civil; derecho de familia*, v. 1, t. 4, p. 191.

288. Beviláqua, op. cit., obs. 3 ao art. 231.

289. Jemolo, op. cit., p. 458; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 125.

290. Jemolo, op. cit., p. 463; Carbonnier, op. cit., n. 20, p. 67.

obrigação assistencial deveres implícitos como o *respeito* e *consideração mútuos*, que abrangem o de sinceridade, o de zelo pela honra e dignidade do cônjuge e da família, o de não expor, p. ex., o outro consorte a companhias degradantes, o de não conduzir a esposa a ambientes de baixa moral, o de acatar a liberdade de correspondência epistolar ou eletrônica e de comunicação telefônica ou a privacidade do outro etc. Na apreciação desses deveres, ante a amplitude da fórmula legal, dever-se-ão também levar em conta as condições e ambiente de vida do casal, bem como a educação dos cônjuges e circunstâncias de cada caso²⁹¹.

A violação do dever de assistência e do de respeito e consideração mútuos constitui injúria grave, que pode dar origem à ação de separação judicial (CC, art. 1.573, III) e de responsabilidade civil por dano moral.

É preciso ressaltar que, com a reforma substancial provocada pela EC n. 66/2010, abolindo o prazo de um ano de separação judicial e o de 2 anos de separação de fato, e a perquirição da culpabilidade como requisito para o exercício do direito do divórcio (mas não dos efeitos), este sofre limitação requerendo lisura, conduta de boa-fé e preservação da incolumidade físico-psíquica dos cônjuges em desafeto. Isto porque se um deles, durante a convivência conjugal, vier a lesar direito da personalidade do outro, poderá ser responsabilizado civilmente por dano moral. Por isso entendemos que o art. 1.573 servirá de parâmetro, havendo divórcio direto, à ação de responsabilidade civil por dano moral, movida pelo lesado, por afronta ao seu direito da personalidade.

c.2. Igualdade de direitos e obrigações entre marido e mulher

Do casamento decorrem certos direitos e deveres. Os cônjuges são os titulares deles, em virtude de lei, e devem exercê-los conjuntamente. O exercício desses direitos e deveres pertence, igualmente, a ambos (CF, art. 226, § 5º).

291. Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 127; Regina Beatriz Tavares da Silva, *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 71 a 111; Ricardo A. Gregorio, *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*, *Revista do IASP*, 17:221-240; José de Oliveira Ascensão, *A reserva da intimidade da vida privada e familiar*, *O direito civil no século XXI*, Diniz e Senise Lisboa (coord.), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 317-34; Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *O direito à privacidade nas relações familiares*, *Direito à privacidade*, Silva Martins e Pereira Jr. (coord.), Ideias e Letras, 2005, p. 119-48.

Da situação conjugal decorrem certos poderes para os consortes, principalmente o de dirigir a sociedade conjugal, uma vez que todo grupo social re-
mas cotidianos possam ser resolvidos pela conjugação da vontade de ambos
os consortes²⁹³. Por isso o Código Civil, art. 1.567, ao conferir o exercício da
direção da sociedade conjugal a ambos, independentemente do regime matri-
monial de bens, não colocando qualquer dos cônjuges em posição inferior,
teve tão somente a preocupação de harmonizar o interesse comum da famí-
lia²⁹⁴, pois acrescenta que a função de dirigir a sociedade conjugal deve ser
exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, no interesse comum do
casal e dos filhos, procurando atingir o bem-estar de toda a família.

Desaparece, assim, a ideia de chefe de família, preconizada pelo art.
233 do Código Civil de 1916, que colocava a mulher em posição subalter-
na, que só foi atenuada pelo art. 240 do mesmo Código Civil, com redação
da Lei n. 6.515/77, pelo qual a mulher passava a ser, com o casamento,
companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família,
cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Com isso a espo-
sa passou a ter condição de sócia, e não de submissa, com direitos e deve-
res iguais, em tudo que não prejudique a unidade de direção, necessária à
sociedade familiar, sendo colaboradora, em todos os sentidos, na chefia da
sociedade conjugal. Havia, ainda, o corretivo da intervenção judiciária em
quaisquer casos de abuso do poder²⁹⁵, embora houvesse uma tendência mo-
derna nos sistemas jurídicos de *Common Law*, nos sistemas escandinavo,
russo, mexicano e uruguaio, bem como em nossa Carta Magna e em nosso
direito projetado, no sentido de simetrização entre homem e mulher, ins-
tituindo uma espécie de cogestão, sem a predominância marital.

O Código Civil, ao outorgar à esposa o direito de decidir conjuntamen-
te com o marido sobre questões essenciais, substituindo-se o poder decisó-
rio do marido pela autoridade conjunta e indivisa dos cônjuges, veio a ins-
taurar efetivamente uma cogestão e a *isonomia conjugal* tanto nos direitos e
deveres do marido e da mulher como no exercício daqueles direitos.
Eliminou-se o sistema de privilégios atribuídos por leis especiais à mulher
casada, por força do critério da especialidade, que visava tratar desigual-

292. Bassil Dower, op. cit., p. 99.

293. Silvío Rodrigues, *Direito*, cit., p. 133.

294. Silvío Rodrigues, *Direito*, cit., p. 133; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 158; Sebastião José
Roque, *Direito de família*, cit., p. 83-90. Vide: Código Civil mexicano, arts. 164 e 167.

295. Espínola, op. cit., p. 313.

mente os desiguais, bem como os direitos e deveres próprios do marido e da mulher. Havendo divergência entre ambos, a qualquer dos cônjuges é ressalvado o direito de recorrer ao juiz, desde que se trate de assunto voltado ao interesse do casal e dos filhos (CC, art. 1.567, parágrafo único)²⁹⁶.

Em nosso sistema jurídico, nenhum cônjuge exerce sozinho a direção da família; mediante o poder de decisão no que concerne aos assuntos conjugais comuns e as questões sobre convivência familiar, que surgem dia a dia, um deverá ouvir sempre o outro, antes de tomar uma deliberação. Se o direito decisório de um dos cônjuges apresentar-se de modo abusivo, perverso, mesquinho ou nocivo ao outro, este poderá reclamar a intervenção judicial, caso em que a decisão tomada, no entender de Planiol e Ripert²⁹⁷, ficará suspensa até que o órgão judicante resolva a divergência, considerando os interesses do casal e dos filhos.

Ensinam-nos Enneccerus, Kipp e Wolff²⁹⁸ que entre os poderes de direção da sociedade conjugal não estão incluídos os de intervir nos assuntos particulares do cônjuge, sendo vedado a qualquer deles, por exemplo, não só impor ao outro certas leituras, vestimentas, penteados, bem como proibi-lo de visitar seus parentes, de fumar ou, ainda, abrir-lhe a correspondência. Os poderes dos cônjuges não são discricionários; a lei os prescreve e regulamenta.

Cabe, ainda, ressaltar que se qualquer dos cônjuges estiver em lugar recluso ou não sabido, preso por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, temporariamente, de consciência, em razão de moléstia ou acidente, o outro, então, exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens (CC, art. 1.570) comuns, dos seus e dos do outro, se não houver procurador nomeado para tanto.

Pelo Código Civil compete a qualquer dos consortes a *representação legal da família*, por motivos práticos, pois seria inconveniente faltar alguém que defendesse os direitos e interesses comuns na órbita cível ou criminal²⁹⁹. Convém deixar bem claro que o cônjuge é representante legal da unidade familiar, mas não de seu consorte; para tanto seria imprescindível um mandato regular³⁰⁰. Em razão de se encontrarem no exercício do poder familiar

²⁹⁶ Sobre esse assunto, vide Artur Oscar de Oliveira Deda, *Direito matrimonial*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 27, p. 278; Espínola, *op. cit.*, p. 233.

²⁹⁷ Planiol e Ripert, *op. cit.*, v. 2, p. 321.

²⁹⁸ Enneccerus, Kipp e Wolff, *op. cit.*, v. 1, § 31.

²⁹⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família*, cit., v. 2, p. 35; *RT*, 141:211.

³⁰⁰ *RT*, 176:708.

(arts. 1.634, V, e 1.690), representarão os filhos menores até 16 anos de idade nos atos da vida civil e assisti-los-ão, após essa idade até os 18 anos, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Cabe-lhes, ainda, fixar, como vimos alhures, o *domicílio da família*, ressalvada a possibilidade de qualquer deles recorrer ao juiz, no caso de deliberação que o prejudique (CC, arts. 1.569 e 1.567, parágrafo único) ou aos filhos, trazendo riscos de ordem física ou moral³⁰¹. Não é permitido ao juiz obrigar o marido a revogar sua decisão, mas apenas autorizar a mulher a residir, com os filhos, em outro lugar, sem dispensa, é óbvio, dos deveres conjugais³⁰².

Outrora o domicílio conjugal era fixado, soberanamente, pelo marido. Nos dias atuais, quanto à fixação e mudança de domicílio, qualquer dos consortes tem assegurado o *direito de se opor* a determinações abusivas do outro, recorrendo à decisão judicial, pois, por lei, o domicílio conjugal deverá ser escolhido por ambos (CC, arts. 1.569 e 1.567, parágrafo único).

Tem o consorte obrigações para com o outro, como o de protegê-lo na sua *integridade física ou moral*³⁰³.

No Brasil, a mulher casada, durante muito tempo, sofreu tratamento diferenciado. Seus direitos e deveres passaram por sensíveis e grandes modificações, principalmente ante as disposições estatuídas nas Leis ns. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e 6.515/77³⁰⁴, no sentido de emancipá-la dentro do lar, pois o nosso Código Civil de 1916 continha preceitos que a discriminavam, dentre eles o do art. 6º, que a considerava relativamente incapaz. Todavia, é bom esclarecer que tal incapacidade vigorou em função do matrimônio e não do sexo, sendo defendida em razão da necessidade de ter a sociedade conjugal uma chefia, e, como esta competia ao homem, a mulher passou a ser tida como incapaz; contudo esta incapacidade cobria-se pela autorização e não pela assistência, o que nos mostra, nitidamente, a confusão feita pelo legislador pátrio entre incapacidade e falta de legitimação. De forma que, como observa Silvio Rodrigues³⁰⁵, se o próprio art. 6º do

301. Carbonnier, op. cit., v. 1, p. 343.

302. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 159; Súmulas 1 e 421 do STF.

303. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 162.

304. No direito francês, a autonomia da mulher casada vem das Leis de 18 de fevereiro de 1938 e de 22 de setembro de 1942: Solus, Mari et femme selon la Loi du 22 septembre 1942, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1943, p. 81; Marc Ancel, *Les droits et les devoirs des époux selon la Loi du 22 septembre 1942*; Sebastião José Roque, *Direito de família*, cit., p. 90-100.

305. Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 150.

Código Civil de 1916, ao declarar incapazes as pessoas nele enumeradas, reservava que tal incapacidade se circunscrevia a certos atos, ou à maneira de os praticar, e se, quanto a determinados atos, tanto a mulher casada como o homem casado não tinham legitimação para os praticar sem consentimento de seu consorte e se, obtida tal anuência, podia o cônjuge praticar o ato sem qualquer restrição, visto que o assentimento de um consorte conferia ao outro legitimação para agir, a expressão *incapaz*, com seu possível sentido pejorativo, se mostrava inadequada e, se fosse valedora, deveria abranger, por igual, o marido. Daí se infere que essa incapacidade relativa da mulher casada era uma incoerência e uma ilogicidade, pois a própria lei impunha a necessidade da aquiescência da mulher para que o marido pudesse praticar determinados negócios jurídicos. A Lei n. 4.121/62 aboliu essa injustificada incapacidade relativa da mulher casada. A Constituição Federal e o novo Código Civil acabaram instituindo a igualdade jurídica dos consortes, proclamada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), na Declaração de Princípios Sociais da América (México, 1945), na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948)³⁰⁶, e entre nós promulgada pelo Decreto n. 31.643/52. A mesma equiparação deu-se quanto aos direitos políticos, na VII Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, sancionada, no Brasil, pelo Decreto n. 52.476/63³⁰⁷.

Assim, hodiernamente, não há que se falar em poder marital, dever de obediência e fragilidade de sexo. Embora caiba a ambos os cônjuges a direção da sociedade conjugal relativamente aos assuntos domésticos, para manter a unidade diretiva ou uniformidade de orientação, tal unidade não ficará prejudicada, em absoluto, com o nivelamento jurídico da mulher e do marido no plano da capacidade civil, dado que o juiz poderá dirimir conflitos que, porventura, surgirem na seara familiar³⁰⁸.

A mulher, com as núpcias, passa a ter a condição de companheira, consorte, responsável e *colaboradora do marido nos encargos de família*, devendo *velar pela sua direção moral e material*, não mais estando sob a autoridade marital. Assim, a ideia de colaboração substitui a de subordinação, de forma que o marido perdeu a autoridade e controle que exercia sobre sua mulher

306. Vide Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 132; Madeleine Gevers, *Droits et devoirs respectifs des époux*, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 54:60.

307. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 132.

308. Esta é a lição de W. Barros Monteiro, op. cit., p. 132.

e que se estendia aos mais simples atos de sua conduta, p. ex., fiscalização das relações pessoais e da correspondência; controle de suas visitas etc.³⁰⁹.

Percebe-se que os arts. 1.565, 1.567 e 1.568 do Código Civil não apresentam uma divisão de tarefas dentro do lar, cabendo aos cônjuges prover, na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, a manutenção da família, velar pela direção do lar, atendendo ao seu funcionamento material, cuidando da educação dos filhos e do padrão moral da vida familiar³¹⁰, qualquer que seja o regime patrimonial. Cada consorte deve ainda consultar o outro antes de usar de seu poder na direção da sociedade conjugal; além disso, esse seu poder de decisão deve atender aos interesses do casal e da prole (CC, art. 1.567), podendo, em caso de divergência, qualquer dos cônjuges recorrer ao magistrado (CC, art. 1.567, parágrafo único) para obter decisão diversa da tomada pelo outro, caso em que o órgão judicante deverá considerar o interesse do casal e dos filhos. Daí se infere que cada consorte exerce, como colaborador, função diretiva atinente aos assuntos que interessam ao casal, nas suas relações externas e pessoais, e à criação e educação dos filhos³¹¹.

Cabe a ambos os cônjuges o *poder doméstico*, colaborando um com o outro no atendimento dos encargos familiares na proporção de seus bens e rendimentos individuais, qualquer que seja o regime de bens, salvo estipulação em contrário em pacto antenupcial, inclusive se o regime for o de separação de bens (CC, arts. 1.688, 1.643, 1.565 e 1.568). Logo, compete a cada um deles a função de administrar a comunidade doméstica, prestando ou dirigindo serviços domésticos. Este seu poder de gerir os negócios do lar abrange o de realizar atos imprescindíveis à direção da casa, como admissão e demissão de criados, aquisição de víveres, vestuário, utensílios domésticos etc.³¹². O marido só poderá, p. ex., retirar esse poder, para atender ao interesse da família, em casos excepcionais, por motivos justos, como, p. ex., desregramentos ou condutas abusivas da mulher. Assegura-se à esposa o direito de recorrer ao juiz para obter a restauração desse poder, se o marido, injustificadamente, o cassou, provando ela que o exercia conforme o interesse do casal e da família³¹³. Cada cônjuge é responsável pelas con-

309. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 170.

310. Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 153.

311. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 172.

312. Carbonnier, op. cit., v. 2, n. 24, p. 75; Lehmann, *Derecho de familia*, p. 103-6; De Page, op. cit., v. 1, p. 816.

313. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 174; Carbonnier, op. cit., p. 351.

sequências dos atos praticados no exercício regular do poder doméstico, por lhe competir, em princípio, o sustento da família, pois deve concorrer para as despesas familiares. Os credores dirigir-se-ão, contra qualquer deles³¹⁴, pois os empréstimos e dívidas contraídos para a aquisição de coisas necessárias à economia doméstica obrigam solidariamente a ambos os cônjuges (CC, art. 1.644).

No regime anterior não podia a mulher, sem o consentimento marital, exercer qualquer profissão, e, se tivesse havido tal anuência, a revogação poderia ocorrer a qualquer tempo, sem que a esposa pudesse recorrer à justiça. Com o advento do Estatuto da Mulher Casada assegurou-se-lhe o *direito de exercer, livremente, qualquer profissão lucrativa*, sem depender da outorga marital³¹⁵, praticando todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, p. ex., fazer contrato de locação, assinar títulos, cobrar créditos etc.³¹⁶, desde que as obrigações por ela contraídas não importassem em alienação dos bens do casal; se, porventura, assumisse tais obrigações, seriam elas válidas, respondendo para tanto os seus bens particulares e os que se comportassem nos limites de sua respectiva meação, se casada sob o regime de comunhão universal (Lei n. 4.121/62, art. 3º, e RT, 399:215).

Os cônjuges têm, hoje, a obrigação de contribuir na proporção de seus bens e do rendimento ou produto do trabalho (remuneração direta: salário, vencimentos, honorários, comissões; lucros complementares imediatos: prêmios, gratificações, conversão de licença-prêmio em pecúnia; e lucros complementares mediatos: aposentadoria, pensão e outros benefícios sociais) para o sustento da família e educação da prole (CC, art. 1.568), respondendo solidariamente pelas dívidas, exceto as contraídas em benefício da família (CC, arts. 1.643 e 1.644)³¹⁷.

Qualquer dos nubentes poderá, se quiser, *adotar o sobrenome do outro*, bem como, se o desejar, conquanto casado, conservar seu nome de solteiro (CC, art. 1.565, § 1º). Todavia, não lhe é permitido, ao casar-se, tomar o patronímico de seu consorte, abandonando os próprios, uma vez que somente está autorizado a acrescentar, optativamente, ao seu o nome de fa-

314. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 175; RT, 397:217.

315. Artur O. de Oliveira Deda, op. cit., p. 276; Ruth Bueno, *Regime jurídico da mulher casada*, p. 31-2; Consolidação das Leis do Trabalho, art. 446; Código Civil, art. 246.

316. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 135.

317. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 135.

mília do outro³¹⁸. Cada nubente tem o direito subjetivo de, ao convolar núpcias, manter seu próprio apelido de família ou acrescentar o do outro, devendo tal opção ser consignada na certidão de casamento, pois para que haja segurança negocial com terceiro será preciso saber qual foi a decisão tomada, sanando qualquer dúvida sobre sua identidade. O fato de um consorte adquirir o nome do outro não importa em ficar a sua personalidade absorvida. Esta adoção de nome é um costume, a que a norma jurídica deu guarida, e deve ser compreendida como expressão da comunhão de vida (CC, art. 1.511) ou da transfusão das almas dos consortes (*Lex*, 81:211).

O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial voltará a usar o sobrenome de solteiro, se isso for expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: prejuízo para sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, e dano grave reconhecido na sentença judicial (CC, art. 1.578, I, II e III), sendo que, nos demais casos, poderá optar pela conservação do nome de casado (CC, art. 1.578, § 2º). Se for vencedor na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do outro.

Dissolvido o casamento pelo divórcio, judicial ou extrajudicial, o ex-cônjuge poderá manter o nome de casado, exceto se o contrário estiver disposto na sentença ou na escritura pública (CC, art. 1.571, § 2º c/c CF, art. 226, § 6º, com a redação da EC n. 66/2010; CPC, art. 1.124-A).

Pelo Código Civil, art. 1.642, VI, tanto o marido como a mulher podem livremente *praticar qualquer ato não vedado expressamente por lei*.

Logo, pode um cônjuge, sem autorização do outro, *litigar em juízo cível ou comercial*, como autor ou réu, salvo se a causa versar sobre direitos reais imobiliários (CPC, art. 10, com redação da Lei n. 8.952/94, e CC, art. 1.647,

318. Silvío Rodrigues, *Direito*, cit., p. 152; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 133; RT, 301:475; Spencer Vampré, *Do nome civil*, p. 126; Clóvis Beviláqua, *Código Civil comentado*, 1941, p. 125; Silmara J. de A. Chinelato e Almeida, *Do nome da mulher casada*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001; *Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade*, in *Família e cidadania*, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 293-300; RT, 785:345, 577:119, 547:64, 515:76, 567:168; RJTJSP, 81:211. Havia uma corrente outorgando ao marido o direito ao patronímico da mulher (*Bol. AASP*, 1.839:90), à qual não nos filiávamos. Quem, com o casamento, vier a acrescentar o apelido do outro cônjuge, deverá atualizar cadastros (RG, CPF, DETRAN, Cartório Eleitoral etc.). Vide Fábio Ulhoa Coelho, *Curso*, cit., v. 5, p. 49.

II). Pode também: propor a separação judicial e o divórcio; contratar advogado para a ação de separação e de divórcio; requerer interdição do cônjuge (CC, art. 1.768, II); promover a declaração de ausência de seu consorte (CC, arts. 22 e 27, I); reconhecer filho havido fora do casamento (CC, art. 1.607; mas não poderá levá-lo ao lar conjugal sem o consentimento do outro, CC, art. 1.611). Sem autorização marital ou uxória pode praticar atos relativos à tutela e curatela; aceitar ou repudiar, segundo alguns autores, herança ou legado; aceitar mandato. Na *justiça trabalhista* pode pleitear seus direitos sem estar assistido pelo cônjuge (CLT, art. 792); na *justiça eleitoral* pode requerer seu alistamento (Lei n. 4.737/65, art. 43) e na *criminal*, exercer o direito de defesa, sem anuência marital ou uxória³¹⁹.

Com o matrimônio *não perde a mulher sua nacionalidade*, consequentemente não adquire a de seu marido; mas em seu benefício, p. ex., se se tratar de uma estrangeira casada com brasileiro, se aplica a lei pátria na ordem de vocação hereditária para que ela possa herdar os bens do marido situados no país, sempre que a lei do domicílio não lhe for mais favorável³²⁰. O marido também terá igual direito, visto que, pelo art. 10, § 1º, da LINDB: "A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*".

Cabe, para finalizar este item, fazer rápida menção à situação dos cônjuges após a dissolução da sociedade conjugal. Com o desfazimento da sociedade (separação extrajudicial ou judicial) ou do vínculo conjugal (morte, nulidade, anulação do casamento e divórcio) readquirem plena liberdade de ação, principalmente no que concerne aos bens e aos direitos e deveres recíprocos, embora sofram alguns efeitos que afetam sua situação pessoal.

Com a *morte* de um dos consortes tem-se não só a dissolução da sociedade conjugal, mas também o rompimento do vínculo matrimonial, perdendo o outro o estado de casado, passando ao de viuvez. Não fica impedido de contrair novas núpcias, embora deva sujeitar-se a algumas restrições legais, em seu próprio benefício e para resguardar interesses dos filhos do primeiro leito, tais como: *a proibição de a viúva convolar novo casamento*,

319. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 134 e 137; Edgard de Moura Bittencourt, *Família*, p. 28-9. Sobre os direitos da mulher casada no usucapião: *RJTJSP*, 61:168, 63:199.

320. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 171; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 131. A respeito da nacionalidade da mulher casada, consulte o Decreto n. 64.216/69.

antes de decorridos 10 meses contados da viuvez (exceto se, antes do término desse prazo, der à luz algum filho ou comprovar inexistência de gravidez), para evitar turbatio sanguinis, sob pena de o novo casamento ficar sob o regime obrigatório da separação de bens (CC, arts. 1.523, II, e parágrafo único, 1.641, I); o mesmo ocorrerá para a mulher que teve seu casamento invalidado; a proibição de se casar novamente enquanto não fizer o inventário dos bens do casamento e der partilha aos filhos herdeiros, sob pena de ter de casar-se sob regime de separação de bens (CC, art. 1.641, I), de seus imóveis ficarem hipotecados em favor daqueles filhos (CC, art. 1.489, II), exceto se provar ausência de dano àqueles herdeiros (CC, art. 1.523, I, e parágrafo único); a proibição, sob pena de nulidade do segundo matrimônio, de contrair núpcias com a pessoa condenada como delinquente no homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

Com o divórcio, o divorciado não deverá casar-se novamente se a partilha dos bens do antigo casal não houver sido homologada ou decidida, sob pena de ter de convolar núpcias sob o regime obrigatório de separação de bens, salvo se comprovar inexistência de qualquer prejuízo para o ex-cônjuge (CC, arts. 1.523, III e parágrafo único, e 1.641, I). Os efeitos sobre sua condição pessoal dependerão da sentença que o decretar, se judicial, ou do acordo que fizerem, mediante escritura pública, se extrajudicial³²¹.

Se a dissolução da sociedade conjugal se deu pela *separação*, os consortes poderão convolar novas núpcias, desde que, a qualquer tempo, pleiteiem o divórcio (CF, art. 226, § 6º, com a redação da EC n. 66/2010).

Além disso, é preciso lembrar que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (CC, art. 1.565, § 2º; CF, art. 226, § 7º; Leis ns. 9.263/96, 9.029/95 e 9.799/99). O casal passa a ser responsável pelo número de filhos, assim como por seu desenvolvimento físico e moral, educação, saúde e proteção. O planejamento familiar não se volta ao problema do aborto ou da eugenia, nem ao controle demográfico para evitar ameaças econômicas e políticas e muito menos ao fato de a mulher estar no mercado de trabalho, mas está fundado no direito à saúde e à

321. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 191-3; Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos, *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990; RT, 337:343.

liberdade e na autonomia do casal na definição do tamanho de sua prole e na escolha da oportunidade que entender mais apropriada para ter filhos. A responsabilidade pela paternidade é do casal e não do Estado. É direito básico do casal decidir livre e responsabilmente o número de filhos, o intervalo entre os nascimentos, os meios de contracepção, dispor das informações para tanto e alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva. A promoção do exercício responsável desses direitos deve ser a base principal das políticas e programas estatais e comunitários na esfera da saúde reprodutiva (Conferência Internacional de Beijing de 1995). O casal é o titular do direito reprodutivo, cabendo a ele, ante o princípio da liberdade de decisão, planejar sua família, no que atina ao fato de ter ou não filhos, ao número destes e ao espaçamento entre as gestações, cabendo ao Estado tão somente propiciar meios educacionais (p. ex., campanha de informação, educação sexual nas escolas), financeiros e científicos (p. ex., distribuição de contraceptivos e atendimento ginecológico nos centros de saúde) para o exercício desse direito, não podendo haver controle público ou privado (CC, art. 1.513) da natalidade. Ao Estado compete, portanto, estabelecer uma política de reprodução humana que respeite os direitos fundamentais, garantindo a todos a saúde. O planejamento familiar não é planejamento populacional, porque não se deve induzir o comportamento social ou sexual, nem deliberar o número de filhos do casal. Só é admitida a oferta de serviços de aconselhamento realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas ao Sistema Único de Saúde³²².

Como se pôde verificar há, nos dias de hoje, a mais absoluta paridade de direitos e deveres entre os cônjuges (CC, art. 1.511, *in fine*).

322. M. H. Diniz, *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 105-17, 128-41; *Curso*, cit., v. 5, p. 35-6; Paulo A. L. Machado, Maria Regina M. Perrotti e Marcos Antonio Perrotti, Direito do planejamento familiar, *Revista APMP*, 25:36-44; Freedman e Isaacs, Human rights and reproductive choice, in *Studies in family planning*, 1993, p. 24; Caio M. S. Pereira, *Instituições*, cit., v. 5, p. 46; Paulo Luiz Netto Lôbo, O ensino do direito de família no Brasil, in *Repertório de doutrina sobre direito de família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, p. 313-6; Nadeje de S. Domingues, *Planejamento familiar — uma legislação específica*, Trabalho apresentado no I Congresso Nacional da Mulher Advogada, em Salvador, Bahia, 1990; Gerard Zatuchini, International Partum Family Planning Program, in *Report on the First Year Studies in Family Planning*, n. 22, 1967; Ana Maria Costa, Planejamento familiar no Brasil, *Bioética*, 4:209 e s.; Maine, *Family planning: its impact on the health of women and children*, New York, 1981; Dusi, *Istituzioni di diritto civile*, 5. ed., v. 1, p. 175; Orlando Gomes, *Direito de família*, cit., p. 69. O PL n. 3.343/2008 (consolidação da legislação federal em saúde) nos arts. 551 a 564 e 635 a 642 traça normas sobre planejamento familiar e se encontra apensado ao PL n. 4.247/2008, que segue em tramitação.

c.3. Direitos e deveres dos pais para com os filhos

Com o casamento surge a família matrimonial; conseqüentemente um dos principais efeitos do matrimônio é o *dever dos pais de sustentar, guardar e educar os filhos* (CC, art. 1.566, IV), preparando-os para a vida de acordo com suas possibilidades. Tanto o pai como a mãe têm o ônus de contribuir para as despesas de educação do filho, na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, qualquer que seja o regime matrimonial de bens (CC, art. 1.568), inclusive se for o de separação de bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (CC, art. 1.688). E se apenas um deles tiver condições, por ter patrimônio e por exercer atividade remunerada, deverá manter sozinho a família, por força dos deveres de mútua assistência e sustento da prole.

Têm, portanto, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (CF, arts. 227 e 229; CC, arts. 1.566, IV, e 1.568; e Lei n. 8.069/90, arts. 19 e 22), responsabilizando-se pelos atos lesivos por eles praticados (CC, arts. 932, I, 933, 934 e 942, parágrafo único).

A cada um dos consortes e a ambos simultaneamente incumbe zelar pelos filhos, sustentando-os ao prover sua subsistência material ou ao fornecer-lhes alimentação, vestuário, medicamentos etc.; guardando-os ao tê-los em sua companhia, vigiando-os³²³, embora possam interná-los em colégio ou pensionato, tendo em vista o interesse do próprio descendente (RT, 423:85), e educando-os moral, intelectual e fisicamente, de acordo com suas condições sociais e econômicas (RT, 181:691, 184:652)³²⁴. Reforça esta ideia o art. 1.634, I a VII, do Código Civil, ao estatuir que compete aos pais, quanto às pessoas dos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes, ou não, consentimento para casarem; nomear-lhes tutor, se o outro já for falecido ou não puder exercer o poder familiar; representá-los ou assisti-los nos atos da vida civil; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha ou exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Este encargo, imposto pela lei aos pais, deve ser levado a efeito com amor, carinho e dedicação. Todavia, esse dever é, concomitantemente, um direito de que os côn-

323. Espínola, op. cit., p. 227; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 126; Flávio Luís de Oliveira, O caráter não patrimonial do dever do sustento na perspectiva constitucional, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 22:5-18.

324. Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 126; Espínola, op. cit., p. 229.

juízes só podem ser privados, excepcionalmente³²⁵, por sentença judicial e em atenção aos interesses dos menores. Convém esclarecer que o *poder familiar* compete conjuntamente a ambos os cônjuges, o marido não mais o exerce com exclusividade, mas com a colaboração da mulher, pois apenas na falta ou impedimento de um deles o outro o exercerá com exclusividade (CC, art. 1.631); havendo divergência é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo (CC, arts. 1.631 e parágrafo único e 1.690 e parágrafo único), uma vez que o poder decisório está sujeito ao controle judicial³²⁶.

A violação das obrigações, principalmente no que concerne aos filhos menores e não emancipados, acarreta suspensão ou destituição do poder familiar (CC, arts. 1.637 e 1.638), remediando-se o mal pela ação de alimentos em que o inadimplente será condenado a pagar uma pensão alimentícia (CC, art. 1.696)³²⁷.

A infração desses deveres, além de gerar responsabilidade civil por dano moral, constitui crime de abandono de família — CP, art. 244 (abandono material, deixar de prover subsistência ao filho menor sem justa causa); art. 246 (abandono intelectual, deixar injustificadamente de dar instrução a filho em idade escolar); art. 247 (abandono moral, se deixar, p. ex., que menor frequente casa mal-afamada; que conviva com pessoa de má vida; que resida ou trabalhe em casa de prostituição); art. 245 (abandono material e moral ao mesmo tempo, p. ex., entregar filho menor de 18 anos a pessoa com a qual saiba ou deva saber que fica moral ou materialmente em perigo) — sujeitando o faltoso a todas as penalidades previstas a respeito no estatuto repressivo, que contribui, em complemento às medidas civis que se revelarem insuficientes, para a proteção da família. Assim a lei penal sanciona a sonegação de atos humanamente exigíveis e cuja ausência representa formação moral deplorável, principalmente se encarada sob o prisma dos deveres familiares³²⁸.

325. Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 156.

326. Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 128; Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 171.

327. Vide Bassil Dower, op. cit., p. 96; Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 127; Giselda M. F. N. Hironaka, Responsabilidade civil na relação paterno-filial, *Revista Jurídica*, Del Rey, 8:28. Vide Lei n. 8.069/90, arts. 4º, 13, 22, 24, 55, 129, X, 155 a 163 e 264.

328. João Bernardino Gonzaga, Do crime de abandono de família, *Revista da PUCSP*, 30:18 e s., 1966; Helena C. Moysés, O abandono afetivo dos filhos e a possibilidade de compensação por danos morais, *Revista Jurídica De Jure*, 19:262-75. "TAMG — Indenização de danos morais — Relação paterno-filial — Princípio da dignidade da pessoa humana — Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do aban-

A dissolução do casamento afeta os filhos do casal, uma vez que poderá provocar uma disputa entre os pais a respeito da guarda dos filhos menores, pois, na hipótese de separação de fato do casal, o pai não tem nenhum direito de reclamar entrega de filho menor em poder da mãe, salvo se ocorrer motivo grave, a critério do magistrado³²⁹. Se na separação judicial ou divórcio judicial, os consortes estiverem de comum acordo, deliberarão a respeito da visita e da guarda dos filhos (CC, arts. 1.584, I, e 1.583, c/c o art. 1.121, II, do CPC); e, se houver ausência de acordo, os filhos menores ficarão com quem revelar melhores condições para exercê-la (CC, art. 1.583, § 2º), se não for possível a guarda compartilhada (CC, art. 1.584, § 2º). Excepcionalmente o órgão judicante admitirá que sua guarda seja confiada a pessoa notoriamente idônea, levando-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade (CC, art. 1.584, § 5º), se entender que não devem permanecer em poder da mãe nem do pai (Lei n. 8.069/90, arts. 33 a 35), assegurando, em qualquer hipótese, aos pais direito de visita e fiscalização (CC, art. 1.589), considerando-se que será imprescindível assegurar à criança ou ao adolescente e ao genitor o direito de visitação, salvo nos casos em que houver prejuízo à integridade física ou psíquica da prole, para que haja preservação da convivência familiar. Por tal razão a Lei n. 12.318/2010 veio a punir a *alienação parental* (síndrome de *bullying* familiar), ou seja, qualquer interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida, sem qualquer justificativa plausível, por um dos pais, pelos avós ou por aqueles que os tenham sob sua vigilância (alienador), para que estes repudiem um dos genitores — que é o alienado — (art. 2º), ferindo o direito fundamental à convivência familiar saudável e prejudicando a afetividade nas relações com o grupo familiar (art. 3º). O aplicador do direito não pode admitir qualquer conduta que reduza o menor à condição

dono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana" (AC 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte, 7ª Câm. Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Unias Silva. O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora, j. em 1º-4-2004.

Álvaro Villaça Azevedo (Abandono moral, *Jornal do Advogado*, 289:14-5) ensina que: não basta que pai e mãe separados paguem pensão alimentícia; é preciso que estejam presentes na vida de seus filhos. O descaso entre pais e filhos merece punição por ser abandono moral grave, gerando responsabilidade civil por dano moral, visto que pode acarretar trauma da rejeição e complexo de inferioridade.

329. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 115.

de coisa como a da *alienação parental*, consistente na implantação de falsas ideias, que, segundo François Podevyn, seria o ato de programar uma criança para que venha a odiar, injustificadamente, um dos pais, praticado pelo outro ou por parente próximo, ou ainda por pessoa que a tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância. A alienação parental é um ato comportamental repetido, em que se denota uma agressão psíquica, que se apresenta sob forma difamatória ou desmoralizante por parte do alienador, provocando sérias sequelas na criança ou adolescente, em virtude de seu afastamento do alienado, motivado por uma reação de medo e ódio, interferindo assim em sua formação psicológica. Há por parte do alienador uma doentia interferência na vida do menor, controlando seus atos, ou até mesmo ameaçando-o de punição se procurar qualquer comunicação com o outro genitor (alienado). A criança, sob o efeito da lavagem cerebral conducente à hostilidade relativamente ao genitor não guardião e seus familiares, torna-se cúmplice do alienador e pode apresentar transtornos psicológicos muito sérios como: indiferença a tudo, isolamento ou introspecção; depressão crônica; baixo rendimento escolar; instabilidade emocional; rebeldia; conduta antisocial; agressividade; crises de asma; gravidez e aborto na adolescência; sentimento de culpa; prática de infrações; tentativa de suicídio; tabagismo; alcoolismo; uso de drogas; dificuldade de concentração; gagueira; perda da virgindade antes da adolescência; falta de autoestima; irregularidades hormonais; transtornos de identidade etc. Fácil é perceber que a alienação parental viola, frontalmente, os direitos fundamentais e os princípios protetivos do menor. Exemplificativamente são formas de alienação parental, além dos atos declarados pelo juiz ou constatados por perícia (psicológica ou biopsicossocial): *a*) realização de campanha, desqualificando a conduta do genitor no exercício da maternidade ou paternidade; *b*) colocação de obstáculos ao exercício da autoridade parental, ao contato da prole com o genitor, deixando de repassar recados (p. ex., alterando número de telefone), à visitação (BAASP, 2.719:1963-11); *c*) omissão deliberada a genitor de informações pessoais relativas aos filhos; *d*) apresentação de falsa denúncia contra genitor ou contra pessoas da família deste para impedir convivência familiar (ex.: simulação de lesão corporal, imputando-a à falsa agressão ou acusação mentirosa de abuso sexual); *e*) mudança de domicílio para local distante, sem qualquer justificativa, para que não haja convivência do menor com um dos pais ou avós (art. 2º, parágrafo único, I a VII). Ante a gravidade dos atos de alienação parental, a lei, no art. 4º, aceita simples *indícios* dela (p. ex., indução do menor a optar entre mãe ou pai; apresentação de companheiro a menor como seu novo genitor; comentários malévolos sobre presentes dados

pelo outro; crítica sobre idoneidade financeira ou capacidade profissional do ex-cônjuge) para que o juiz determine, a requerimento do alienado ou do Ministério Público ou de ofício, provisoriamente, as medidas processuais de urgência cabíveis para preservar a integridade psíquica do menor e tornar possível a sua reaproximação com o genitor-visitante. Tais providências têm natureza cautelar, antecipatória e satisfativa, podendo o magistrado agir liminarmente ou de ofício (CPC, arts. 797 e 273, § 7º). Havendo alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial feita por pessoa de sua confiança ou mais de uma, se houver complexidade (CPC, art. 431-B e Lei n. 12.317/2010, art. 5º) e poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo de responsabilidade civil ou criminal (ECA, arts. 3º, 5º, 232 e 236; CF, art. 5º) e da utilização de meios processuais para inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; multar o alienador (BAASP, 2.719:1963-11); determinar acompanhamento psicológico ou biopsicossocial; alterar a guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio do menor; suspender a autoridade parental (art. 6º, I a VII), ou até mesmo decretar sua perda, se configurado o abuso moral (CC, art. 1.638 c/c Lei n. 12.318/2010, art. 3º)³³⁰.

330. BAASP, 2.719:1963-11 — Suspensão de visitas e modificação de guarda — Beligerância notória entre os genitores do menor. Estudos psicológico e social não identificaram comportamento inadequado do pai. Mãe habitualmente apresenta obstáculos para a realização das visitas paternas. Interesse do menor impossibilita, por ora, a modificação de guarda. Visitas estipuladas na sentença aptas a sobressair. Em caso de impedimento por parte da genitora, a multa cominada, e ora ampliada, se apresenta adequada, pois visa ao efetivo cumprimento do julgado. Apelo da mãe desprovido. Recurso adesivo do pai provido em parte, com observação (TJSP — 4ª Câm. de Direito Privado; ACi n. 994.09.285280-8-SP, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 8-42010, v. u.). BAASP, 2.705:1919-08 — Em ação que objetiva a modificação da guarda de criança, será sempre priorizado o melhor interesse do menor. Se a prova dos autos não atesta a incapacidade da mãe de prover a assistência material e moral aos filhos, não se modifica a guarda em favor do pai que, na curta convivência com 1 dos infantes, aparentemente desenvolveu conduta objetivando denegrir a imagem da mãe (TJMG — 1ª Câm. Cível; AI Cível n. 1.0148.10.000301-8/001-Lagoa Santa-MG, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 25-5-2010, v. u.). Vide Marcos Duarte, *Alienação parental — Comentários iniciais à Lei n. 12.318/2010*. *Revista Síntese — Direito de Família*, 62:40-52; Analdino R. Paulino (org.). *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*, Porto Alegre, Equilíbrio, 2008; Luiz Carlos F. Vieira Segundo. *Síndrome de alienação parental: o bullying nas relações familiares*. *Revista Síntese — Direito de Família*, 62:99 a 100; Podevyn, *Síndrome de alienação parental*: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>;

Como se vê, a Lei de alienação parental tem por escopo garantir a proteção à criança e ao adolescente, a exaltação da convivência familiar e da ideia de paternidade e maternidade responsáveis.

É importante a preservação do direito à convivência familiar harmônica e saudável, ou seja, do direito de a prole viver e crescer em ambiente familiar digno (BAASP, 2.701:1.906-07), livre de quaisquer atos de alienação parental repleto de afeto.

Havendo separação judicial ou divórcio, cada genitor contribuirá com uma quota para criação e educação dos filhos. Observa Washington de Barros Monteiro³³¹ que tal é a relevância desse dever que, sistematicamente, nega-se homologação à separação consensual, caso os consortes não tenham convencionado, como de lei, a importância ajustada para o mesmo objetivo (CPC, art. 1.121, III).

A separação judicial, consensual ou litigiosa, e o divórcio em nada alteram os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Existem as figuras de ex-marido e de ex-mulher, mas as de ex-pai e ex-mãe jamais existirão (CC, art. 1.579). Por isso para a manutenção dos filhos cada ex-cônjuge contribuirá na proporção de seus recursos (CC, art. 1.703).

Atualmente eliminou-se uma restrição que vigorava contra a viúva que convolasse novas núpcias. Pois, antes da atual legislação, a bínuba perdia o direito de administrar os bens dos filhos menores do leito anterior, bem como o de usufruto desses mesmos bens. A lei modificadora (Lei n. 4.121/62)

Alessandra Cristina Furlan e Daniela B. Paiano, Nova Lei de Adoção — principais alterações. *Revista Síntese — Direito de Família*, 62:104-20; Caetano Lagrasta Neto, Alienação parental e reflexos na guarda compartilhada, *Grandes temas de direito de família e das sucessões* (coord. Regina B. Tavares da Silva e Theodureto de A. Camargo Neto), São Paulo, Saraiva, 2011, p. 47-63; Marco Antônio G. Pinho, Lei n. 12.318/2010 — alienação parental: órfãos de pais vivos, *Revista Síntese — Direito de Família*, 75:33-59; Cleber A. Angeluci e Daiani Delajustina, Considerações acerca da alienação parental: para um novo olhar das relações de família, *Revista Síntese — Direito de Família*, 75:79-97; Rafael Selonk e Fernanda Oltramari, Síndrome da alienação parental e a mediação como um caminho possível, *Revista Síntese — Direito de Família*, 75:98-105; Gabriela C. Amato, A alienação parental enquanto elemento violador dos direitos fundamentais e dos princípios de proteção à criança e ao adolescente, *Revista Síntese — Direito de Família*, 75:60-78; Claudia M. de A. R. Viegas e César Leandro de A. Rabelo, Aspectos materiais e processuais da alienação parental, *Revista Síntese — Direito de Família*, 75:9-32; Claudia M. de A. R. Viegas e Leonardo M. Poli, Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paternos — filiais, *Revista Síntese — Direito de Família*, 77:69-94.

331. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 114.

eliminou a discriminação ao alterar a redação do art. 393 do Código Civil de 1916, que assim rezava: "A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido". Fortalecia este artigo o disposto no Código Civil de 1916, art. 248, I: "A mulher casada pode livremente exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos do leito anterior", podendo, obviamente, tê-los em sua companhia e guarda, velar pela sua educação física, intelectual, espiritual e moral, sem interferência do novo marido, que, por ser um estranho, não poderia exercer, por isso, qualquer autoridade sobre os enteados³³². O novo Código Civil, arts. 1.558 e 1.636 e parágrafo único, mantém tal entendimento, pois o casamento ou novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos não implicará restrição alguma aos seus direitos e deveres em relação aos filhos decorrentes do poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge. O pai, ou a mãe, que contrair novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que qualquer deles não os trata convenientemente.

332. Artur O. de Oliveira Deda, op. cit., p. 276; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 136; Basil Dower, op. cit., p. 128; Silvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 159-60; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 136.