

Igualdade de direitos do marido e da mulher.

EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA

Juiz aposentado

“Já se foi o tempo em que o marido era o ‘chefe’ da sociedade conjugal e a mulher, sua fiel escudeira...”

1. O novo Direito de Família, à luz da Constituição Federal

Substanciais modificações ocorreram no campo do Direito de Família com a Constituição Federal de 1988. Caiu por terra a antiga e estreita visão civilística de que o ente familiar somente poderia existir à sombra do casamento. Seu art. 226 dispõe que *“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*. Dentre as normas protetoras da instituição familiar, avulta o reconhecimento de que ela pode ter origem em outras espécies de relação, como na união estável entre o homem e a mulher (§ 3º do art. 226) ou na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226).

Outros pontos relevantes da reforma constitucional, seguindo a mesma trilha de respeito à dignidade do ente familiar, dizem com o tratamento igualitário que merecem os participantes da união conjugal, assim como os filhos, havidos ou não do casamento. Dispõe o art. 226, § 5º: *“Os direitos e deveres referentes à*

sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". E o art. 227, § 6º: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Deu-se o coroamento de uma série de reformas pelas quais passou a instituição familiar no curso do século XX, desde que editado o Código Civil de 1916. Estreita e discriminatória a visão que o Código estabeleceu para a família, limitando-a ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificação rebaixada para as pessoas unidas sem casamento e os filhos havidos dessa relação.

A evolução se deu em etapas, com leis diversas, especialmente a partir da década de 60, alterando para melhor a figura e a posição da mulher casada (Lei nº 4.121/62) e instituindo o divórcio (Emenda Constitucional nº 9/77 e Lei nº 6.515/77) como instrumento para regularização da situação jurídica dos descasados, cujas subseqüentes uniões concubinárias eram consideradas à margem da lei.

Mas a principal mudança, que se pode dizer revolucionária, veio com a Constituição Federal de 1988, naqueles eixos fundamentais de alargamento do conceito de família e proteção integral a todos os seus membros, não só os partícipes dessa união, como também os seus descendentes.

2. Homem e mulher têm iguais direitos e obrigações

Ao proclamar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º), a Constituição repisa o princípio da isonomia no plano familiar, em reforço à vedação constitucional de qualquer espécie de preconceito (art. 3º, inc. IV) e às garantias de igualdade previstas no art. 5º, *caput*, e seu inc. I.

2.1. Extensão da regra da igualdade

O dispositivo constitucional menciona exercício de direitos e deveres "referentes à sociedade conjugal", assim delimitando sua aplicação aos casados. Não obstante, conjugando-se com o princípio geral da igualdade consagrado no art. 5º da Constituição, a norma do art. 226, § 5º mostra-se extensiva ao tratamento que da mesma forma há de se dispensar ao homem e à mulher em outros planos da relação familiar, especialmente na união estável, excluindo qualquer espécie de discriminação. Não importa a origem, a raça, idade, sexo ou a forma pela qual se enquadre em um núcleo de convivência, a pessoa terá direito, sempre e sem nenhuma ressalva, a igual tratamento dentro da ordem jurídico-social.

Soam estranho, por isso, certos dispositivos de nosso arcaico Código Civil, que fazem menção a família legítima e ilegítima e discriminam os filhos pela sua origem, por não serem os pais casados ou por estarem impedidos em razão de outro casamento ou de parentesco.

A inovação foi conseqüência das notáveis transformações operadas no próprio conceito de família. Outro passou a ser o tratamento jurídico às pessoas que compõem esse agrupamento humano. Antes, só havia família legítima pelo casamento. Fora desse modelo oficial, a união era considerada irregular e ilegítimos os filhos daí resultantes. Agora, por força do disposto no art. 226 e parágrafos da nova Carta, admite-se como

entidade familiar, ao lado do casamento, a união estável entre homem e mulher, que veio a ser regulamentada por leis próprias (nº 8.971/94 e nº 9.278/96), com estabelecimento de novos direitos aos companheiros. Relembre-se, ainda, como espécie de “família natural” digna de proteção do Estado, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

2.2. Abomináveis discriminações

Consideram-se não recepcionados pelo texto da Lei Maior, com implícita revogação, os arts. do Código Civil que estabelecem distinções de tratamento entre o homem e a mulher. Não obstante a reforma procedida em 1962 pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), ainda persistem normas restritivas aos direitos da mulher, exigindo sua releitura em face do novo sistema jurídico implantado no País.

Já não se pode falar no homem como *chefe da sociedade conjugal*, e na mulher como simples *colaboradora, companheira e consorte* (arts. 233 e 240 do Código Civil de 1916, e 7º, § 7º da LICC), uma vez que ambos exercem igualmente seus direitos e deveres conjugais.

Também não mais prevalece a posição privilegiada do homem no desempenho do pátrio poder (art. 380 do Código de 1916, de resto alterado pelo art. 21 da Lei nº 8.069/90), ou na outorga de emancipação aos filhos (art. 9º, inc. I, do Código de 1916), pois o exercício de tais direitos compete ao marido e à mulher.

Outros dispositivos do velho ordenamento civil também se consideram revogados: art. 219, IV, que discrimina a mulher deflorada, para fins de anulação do casamento; art. 1.474, inc. III, que considera a *desonestidade* da filha que vive na casa paterna, para fins de deserdação.

Entendemos que tampouco subsiste o privilégio da mulher no tocante à propriedade exclusiva dos bens reservados (art. 246 do Código velho) ou ao foro de seu domicílio nas ações de estado (art. 100, I, do Código de Processo Civil), não obstante as divergências que o tema suscita.⁽¹⁾

Doutra parte, já não se prioriza necessariamente a mãe, na guarda dos filhos, quando ambos os cônjuges forem responsáveis pela separação (art. 10, § 1º, da Lei nº 6.515/77), abrindo-se ao juiz amplitude no critério de atribuição da custódia a quem tenha melhores condições, independentemente do sexo.

Tampouco subsiste o privilégio da mulher no tocante aos bens reservados (art. 246 do CC), por isso que ofensivo ao regime da comunhão de bens e prejudicial ao homem, pois não se lhe pode garantir exclusividade de domínio sobre os bens que venha a adquirir com o fruto exclusivo do seu trabalho. Vai, neste ponto, importante ressalva quanto a bens que integrem o patrimônio de um ou de outro após cessação da vida em comum, pela separação de fato, hipótese que

⁽¹⁾ Pela não subsistência dos bens reservados, SÉRGIO GISHKOW PEREIRA, em *O Bem Reservado e a Constituição Federal de 1988*, RT 669/257, citado em acórdão da 6.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. nº 121.426-4, rel. des. ANTONIO CARLOS MARCATO, em *JTJ* 227/213, mencionando precedentes. Quanto ao privilégio de foro da mulher, parece-nos que somente se justificaria se ela comprovasse hipossuficiência econômica, como na hipótese de pedido conjunto de alimentos. Fora disso, não haveria porque ser beneficiada simplesmente em razão do sexo. YUSSEF SAID CAHALI defende a tese da não-subsistência do art. 100, I, do CPC, porque conflita com o princípio constitucional da igualdade (*Divórcio e Separação*, 9ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 526). Invoca julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, embora reconhecendo posições em contrário, especialmente os do Superior Tribunal de Justiça (como no Conf. Comp. nº 22.603, rel. min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 23.09.1998, DJU 16.11.98, p. 6, e Rep. IOB *Jurisprudência*, 3/15.229).

propicia, em favor de cada um dos cônjuges, a aquisição de bens em nome próprio sem sujeição a partilha.⁽²⁾

E cabe a qualquer dos dois, seja homem ou mulher, prestar assistência ao outro, assim como aos filhos, atendidos os parâmetros da capacidade econômica e do grau de necessidades de cada um. Trata-se, aliás, de dever inerente a ambos os cônjuges, segundo prevê o art. 231 do CC, em contraposição ao conjunto de competências do homem, de teor a um tempo machista e oneroso, por contemplar como um de seus deveres “prover a manutenção da família” (art. 233).

2.3. A igualdade no novo Código Civil

O novo Código Civil brasileiro, Lei nº 10.416, de 10 de janeiro de 2002, afina-se por inteiro, e nem poderia ser diferente, com o princípio constitucional da igualdade de direitos entre homem e mulher.

No Livro IV, relativo ao Direito de Família, a partir do art. 1.511, o novo Código solenemente afirma que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Nessa mesma toada, o art. 1.567 estabelece que compete a ambos, marido e mulher, a direção da sociedade conjugal, em mútua colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos. Em caso de eventual divergência, não mais prevalece a vontade do homem, sendo facultado a qualquer dos cônjuges recorrer à solução judicial.

Nesta igualação de direitos, permite-se a qualquer dos nubentes, querendo, acrescentar ao seu o sobrenome do outro, conforme dispõe o § 1º do art. 1.565 do novo Código. Inovação importante, na esteira de incipiente jurisprudência que já vinha estendendo aquele direito ao homem, em sobrepasso à redação restritiva do parágrafo único do art. 240 do Código de 1916, que só menciona em favor da mulher o acréscimo do apelido do cônjuge.⁽³⁾

O pátrio poder passa a denominar-se poder familiar (art. 1.630 do novo CC), exatamente para afastar a antiga predominância reconhecida ao *pater familias*, desde sua origem no Direito Romano.

De igual forma, já não se fala em prioridade da mulher na guarda dos filhos, quando

⁽²⁾ A jurisprudência tem entendido que a comprovada separação de fato do casal, especialmente nos casos em que se estabeleça por parte de um ou de ambos nova entidade familiar à margem do casamento, faz cessar a comunicabilidade dos bens havidos por um dos cônjuges. Os efeitos jurídicos do regime patrimonial estabelecido no casamento pressupõe efetiva convivência, para que se presuma a participação na aquisição dos bens. Sem convivência, desaparece o fundamento para se considerar geração igualitária de direitos e obrigações entre os pseudo-casados (nesse sentido iterativas decisões do Superior Tribunal de Justiça – cfr. nº REsp 86.302-RGS, 4ª Turma, rel. min. BARROS MONTEIRO, v.u., 17.6.99).

⁽³⁾ Pela referida disposição do Código Civil de 1916, o direito ao nome do cônjuge seria direito exclusivo da mulher casada. Mas subsistem entendimentos no sentido de que, em havendo justificada razão, inverte-se o posicionamento, sendo o homem a adotar, em acréscimo ao seu, o nome de família da mulher. LIMONGI FRANÇA deu parecer favorável a essa tese: “(...) na medida em que a chefia da sociedade conjugal veio a ser alçada de ambos, igualmente, a formação de nome civil dos filhos com a aposição dos apelidos dos genitores se torna igualmente assunto afeto a um e outro, devendo ser resolvido de comum acordo. Por fim, ocorre, como inevitável consequência jurídica, o direito de o marido usar o nome da mulher” (*Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 19, pp. 240-341, 1989). Foi como decidiu, em caráter pioneiro, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, fundado no princípio da isonomia, que consta do art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988. Argumentou o relator, des. GUIMARÃES E SOUZA, que “tal dispositivo é claro e abrangente, porquanto não excepciona os casos onde o exercício de direitos e deveres não seria equânime. Onde a lei não veda, há permissão”. E mais, “considera-se válido e aceitável, também, o argumento de que é de interesse privado o assento dos nomes dos cônjuges”. Votou vencido o des. ALEXANDRE GERMANO, com declaração de voto, em que afirmou que, não obstante o princípio constitucional da igualdade, de caráter genérico, não entevia como possa desde logo se estender ao marido a mesma faculdade, concedida à mulher, a não ser mediante expressa previsão da lei, até o momento inexistente (*RJTJSP* 149/96).

houver culpa recíproca na separação judicial, porquanto dispõe o novo Código Civil, em seu art. 1.584, que, não havendo acordo entre as partes, a guarda dos filhos será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la, seja o pai ou a mãe, ou mesmo terceira pessoa que se mostre em melhor situação de desempenhar aquele encargo.

Ao explicitar os deveres conjugais, o novo ordenamento mostra-se adequadamente sintético. Limita-se a apontar os direitos e deveres mútuos, isto é, que competem igualmente tanto ao marido quanto à mulher, sem distinguir entre as atribuições de cada qual. Seu art. 1.566 enumera os clássicos deveres de *fidelidade recíproca, vida em comum, assistência e sustento, guarda e educação dos filhos*; e acrescenta o dever de *respeito e consideração mútuos*, semelhante ao que dispõe a Lei nº 9.278/96 com relação aos conviventes na união estável. O acréscimo talvez pareça demasia, mas tem a sua utilidade por enfatizar o dever de tratamento respeitoso que se devem os cônjuges no exercício da comunhão de vida familiar, afastando, por consequência, as condutas inadequadas de ofensas físicas ou morais que a doutrina e a jurisprudência enquadram na configuração da sevícia e da injúria grave.

As mesmas regras de iguais direitos se encontram em diversos outros dispositivos do novo ordenamento civil a vigorar no próximo ano, como se verifica nos limites de 16 anos de idade para o casamento e de 60 anos para submissão dos contraentes ao regime da separação obrigatória de bens, assim como na vasta regulamentação concernente ao regime matrimonial de bens e sua administração por ambos os cônjuges.

Por certo que, nessa linha filosófica de igualdade, não mais comportam previsão legal todas aquelas antigas discriminações que ainda são vistas no desatualizado texto do Código de 1916, e que já se consideram revogadas por frontal choque com os princípios basilares da Carta vigente, conforme acima analisado.

2.4. Atenção às desigualdades naturais

Cumprir observar, no entanto, que o conceito de igualdade, repisado com ênfase na Constituição, há de ser interpretado em consonância com as naturais diferenças existentes entre homem e mulher.

O que se proíbe, com a regra da isonomia jurídica, é o tratamento diferente a pessoas que estejam em situação essencialmente igual. Esta isonomia de tratamento jurídico, como assinala CLÁUDIA LIMA MARQUES *“é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo status familiae”*.⁽⁴⁾

Atendendo a essas circunstâncias, a jurisprudência tem sido cautelosa em afastar certos direitos da mulher, como na hipótese de redução ou exoneração de alimentos. Ressaltou-se, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que a equiparação homem-mulher prevista na Constituição da República resulta em igualdade contingente e relativa,

⁽⁴⁾ MARQUES, Cláudia Lima, e outros, *Igualdade Entre Filhos no Direito Brasileiro Atual - Direito Pós-Moderno*, RT 764/11. Anota que a idéia de igualdade propugnada pela Constituição Federal não difere, em essência, do conteúdo oferecido ao princípio da isonomia previsto na jurisprudência alemã. Segundo este, *“viola-se o princípio da igualdade quando não se pode encontrar para a diferenciação ou equiparação legais um argumento razoável, que surja da natureza das coisas e seja materialmente evidente, em resumo, quando a determinação há de ser qualificada como arbitrariedade”* (apud CARLOS DAVI S. AARÃO REIS, *Família e Desigualdade*, Rio: Renovar, 1992, p. 44).

por isso que a mulher, apesar de se expor ao mercado de trabalho, ainda não conseguiu emancipação financeira: *"O constituinte acolheu, como cristalização evolutiva da sociedade, uma tendência à igualização jurídica homem-mulher, mas não a decretou em termos categóricos e de universal espectro, tarefa que lhe seria quixotesca, porque não goza do deístico privilégio de operar metamorfoses, diante de realidades díspares"*.⁽⁵⁾

Bem o diz RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, em acertada análise do exigível tratamento adequado e próprio a cada um dos cônjuges, em respeito às evidentes diferenças individuais, aqui realçadas pela diversidade de sexos, a fim de que se alcance efetiva equidade na aplicação do Direito. Sustenta o eminente advogado e jurista mineiro que, *"para se pensar a cidadania, hoje, há que se substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença"*, e que certas discriminações *"são positivas, pois constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças"*.⁽⁶⁾

Com efeito, não se pode levar ao extremo a idéia de tratamento jurídico uno, quando haja necessidade de acerto individual das situações de cada qual, seja pessoalmente, seja no conceito das relações familiares. Vale sintetizar com o bem encadeado jogo de palavras do grande RUI BARBOSA: *"tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade"*.

3. Conclusão

Os dispositivos da Constituição Federal de 1988, no capítulo sobre Família, significam uma clara valorização da entidade e dos seus membros, com reconhecimento jurídico de sua existência e a garantia de proteção do Estado, mesmo sem a formalização da união pelo casamento.

Deu-se expressa declaração de igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, assim como reconhecida a igualdade dos filhos, independentemente de sua origem.

Consideram-se revogadas, por não recepção pelo sistema jurídico maior, as antigas e odiosas discriminações entre o homem e a mulher, contidas no vetusto ordenamento civil de 1916.

O novo Código Civil, a vigorar a partir de 10 de janeiro do próximo ano, adapta-se ao modelo constitucional, fazendo da igualdade o pano de fundo de todas as disposições relacionadas aos componentes do ente familiar, sob inspiração do princípio fundamental de respeito à *"dignidade da pessoa humana"*, para construção de uma *"sociedade livre, justa e solidária"* (arts. 1º e 3º da CF/88).

⁽⁵⁾ Apelação Cível nº 259.437-1, São José do Rio Preto, 3ª Câmara Civil, relator: PIRES DE ARAÚJO, 10.10.95, v.u.

⁽⁶⁾ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Desigualdade dos Gêneros, o Declínio do Patriarcalismo e as Discriminações Positivas. In: Repensando o Direito de Família*, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 161, 164 e 172; também em *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Cita igual pensamento da desembargadora gaúcha MARIA BERENICE DIAS: *"Ao que se deve atentar não é à igualdade perante a Lei, mas ao direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleçam diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição"* (A Solução Para a Desigualdade. Zero Hora, Porto Alegre, 28.05.1997, p. 23).