

Singelas Pontuações aos Deveres dos Cônjuges: A Valoração dos Vínculos Afetivos na Sociedade Conjugal

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

Ressaltar se faz imperioso que com a inauguração de uma visão civilista, consolidada, maiormente, com a construção e promulgação do Estatuto de 2002, certos valores que, em momento passado, tinham amplo e farto descanso, já que eram a substancialização das características da sociedade dos séculos XIX e XX, não gozam de sedimento para se nutrir nem sustentáculos robustos para justificar sua manutenção. Ao reverso, passaram a ser anacrônicos e dispensáveis, sendo, por extensão, substituídos por uma gama de novos corolários e baldrames, que refletem a realidade vigente, abarcando os aspectos mais proeminentes da coletividade. Neste diapasão, calha sublinhar, com grossos traços, que o Diploma em apreço abarcou tanto premissas de cunho patrimonialista, oriundas do antigo Códex de 1916, como a visão humanitarista e social preconizada e substancialmente valorizada pela Carta Magna, baseando-se nos valores da pessoa humana, da criança, do adolescente, do idoso, do consumidor, do deficiente e da família. Desta feita, cumpre afirmar que maciças foram as alterações trazidas pela Lei N°. 10.406/2002 que, praticamente, todos os ramos que o constituem sofreram grandes mudanças, dentre os quais está à parte dos Contratos. Denota-se também a relevante valoração de certos mandamentos e preceitos que em outros tempos foram renegados a uma segunda categoria, dentre os quais o princípio da solidariedade familiar, da pluralidade das entidades familiares e da isonomia entre os cônjuges/companheiros, sem olvidar da igualdade entre os filhos.

Palavras-chaves: Direito de Família. Deveres Conjugais. Companheirismo.

¹ Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Sumário: 1 Considerações Iniciais: O Aspecto de Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo; 2 O Dever de Fidelidade Recíproca; 3 O Dever de Vida em Comum no Domicílio Conjugal; 4 O Dever de Mútua Assistência; 5 O Dever de Sustento, Guarda e Educação dos Filhos; 6 O Dever de Respeito e Consideração Mútuos

1 Considerações Iniciais: O Aspecto da Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 01 jun. 2013.

vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun. 2013.

⁴ VERDAN, 2009. Acesso em 01 jun. 2013.

passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Diante de tais ponderações, ressaltar se faz imperioso que com a inauguração de uma visão civilista, consolidada, maiormente, com a construção e promulgação do Estatuto de 2002, certos valores que, em momento passado, tinham amplo e farto descanso, já que eram a substancialização das características da sociedade dos séculos XIX e XX, não gozam de sedimento para se nutrir nem sustentáculos robustos para justificar sua manutenção. Ao reverso, passaram a ser anacrônicos e dispensáveis, sendo, por extensão, substituídos por uma gama de novos corolários e baldrames, que refletem a realidade vigente, abarcando os aspectos mais proeminentes da coletividade.

Neste diapasão, calha sublinhar, com grossos traços, que o Diploma em apreço abarcou tanto premissas de cunho patrimonialista, oriundas do antigo Códex de 1916, como a visão humanitarista e social preconizada e substancialmente valorizada pela Carta Magna, baseando-se nos valores da pessoa humana, da criança, do adolescente, do idoso, do consumidor, do deficiente e da família. Desta feita, cumpre afirmar que maciças foram as alterações trazidas pela Lei N°. 10.406/2002 que, praticamente, todos os ramos que o constituem sofreram grandes mudanças, dentre os quais está à parte dos Contratos. Denota-se também a relevante valoração de certos mandamentos e preceitos que em outros tempos foram renegados a uma segunda categoria, dentre os quais o princípio da solidariedade familiar, da pluralidade das entidades familiares e da isonomia entre os cônjuges/companheiros, sem olvidar da igualdade entre os filhos.

2 O Dever de Fidelidade Recíproca

Com clareza solar, a Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002⁵, que institui o Código Civil, enumera como um dos deveres do casamento a fidelidade, sendo considerada como lealdade e firmeza nos compromissos firmados. Como bem aponta Rolf Madaleno, *“certamente a infidelidade não perdeu seu status de representar a mais abjeta causa de separação afetiva, de formação monogâmica,*

⁵ BRASIL. **Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

*repugna à natureza dos povos ocidentais qualquer pluralidade de relações*⁶, conquanto tenha sido descriminalizado o adultério, provavelmente segue sendo uma das mais dolorosas causas de rompimento do vínculo conjugal. Com destaque, a infidelidade pressupõe exclusividade do débito conjugal, porquanto com o casamento cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual, lançando, via de consequência, mão do direito de uni-se sexualmente ou em íntima afetividade com qualquer outra pessoa que não seja o seu consorte.

Em seu magistério, Maria Helena Diniz, com clareza solar, destaca que “*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*”⁷. Trata-se do dever de cada consorte abster-se de praticas relações sexuais com terceiro, eis que o matrimônio consiste na voluntária união, pela vida, de um homem e de uma mulher, consoante a visão conservadora adotada, com exclusão de todas as outras. Salta aos olhos que, com isso, a liberdade sexual dos consortes está adstrita ao casamento, não sendo admitidas as cópulas com outros indivíduos. Em mesmo sentido, Venosa obtempera, com bastante pertinência, que a “*fidelidade recíproca é corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo*”⁸.

Entretanto, conquanto atua em distintas esferas, é também norma jurídica, posto que sua transgressão admite punição na órbita civil. Trata-se de um estado de espírito, facilmente compreensível, caso seja considerado que corriqueiramente ela decorre de desajustes, desentendimentos ou mesmo incompreensões conjugais, tornando mais graves as cenas de ciúme e um estado de maciça insegurança quando faltam maturidade e confiança no parceiro conjugal. Nesta toada, ainda, convém mencionar que o esfacelamento do dever de fidelidade é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa. Gagliano e Pamplona Filho explicitam, ainda, que “*carícias, afagos, conversas íntimas, enfim, todo comportamento que, de fato, demonstre invasão à esfera de exclusividade de*

⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 145.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. VII. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 146.

*afeto dos consortes, poderá caracterizar a infidelidade*⁹. Maria Helena Diniz, em tom de arremate, apregoa que:

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 etc¹⁰.

Uma visão ainda mais vanguardista que vem, de maneira paulatina, ganhando força faz menção à versão virtual, quando um relacionamento erótico-afetivo é entretido por meio da *internet*, e se a comunicação permitir, pode acarretar enlances que desemboquem em uma relação sexual, materializando o adultério. *“Tanto um fato quanto o outro são relevantes ao Direito, porque podem levar à separação causal do casamento ou à dissolução da união estável. São variáveis as causas motivadoras dos relacionamentos virtuais, alguns porque se aventuram na prática de conhecer outras pessoas”*¹¹, ao passo que outros busquem superar o tédio e a solidão, existem aqueles que ambicionam uma maior gratificação em seus relacionamentos pessoais. Tartuce e Simão, ao discorrerem acerca da infidelidade cibernética, pontuam que *“não há necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade, havendo uma conduta desonrosa do cônjuge que pratica tais atos [infidelidade pela internet]”*¹².

Em mesmo sedimento Gagliano e Pamplona Filho constroem sua ótica, explicitando que *“em nosso pensar, é inteiramente improcedente o argumento daqueles que, unidos pelo matrimônio, imagina estar fazendo ‘algo inocente’, quando mantém íntimos diálogos com o seu amante, por meio da internet”*¹³. Trata-se, com efeito, de situação decorrente das inovações tecnológicas e que necessitarão de amparo jurídico, notadamente em razão das consequências advindas dos relacionamentos cibernéticos. Da mesma maneira, outra modalidade contemporânea de esfacelamento da fidelidade recíproca faz menção ao adultério

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 292.

¹⁰ DINIZ, 2012, p. 147.

¹¹ MADALENO, 2008, p. 150.

¹² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 88.

¹³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 298.

ou infidelidade de cano ou seringa, situação em que a esposa faz uma inseminação artificial heteróloga com material genético de terceiro colhido em banco de sêmen, sem a devida anuência do marido. Ora, a hipótese concreta tanto pode amoldar-se à injúria grave como conduta desonrosa.

Quadra anotar que os entendimentos jurisprudenciais robustos manifestam-se no sentido de que “o *Estado não pode interferir tão a fundo nas relações que envolvam sentimentos, sob pena de acabar impondo, em caráter mais punitivo do que realmente indenizatório, o que seria muito mais uma vingança do que uma reparação propriamente dita*”¹⁴, como assinalou o Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol, ao relatoriar a Apelação Cível Nº. 70051711935. É denotável que a tônica do argumento encontra sedimento no ideário que a reparação de desilusões, traições, humilhações e tantos outros dissabores advindos das relações conjugais promoveria uma marcantilização das relações existenciais.

3 O Dever de Vida em Comum no Domicílio Conjugal

É cediço que as núpcias instauram entre os cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal, porquanto o matrimônio reclama coabitação, e esta, por seu turno, vindica comunidade de existência. “A *coabitação é o estado de pessoas de sexo diferente que vivem juntas na mesma casa, convivendo sexualmente*”¹⁵, como bem enfoca Maria Helena Diniz. Ora, impende ressaltar para que o sucedâneo de deveres e de direitos possa ser exercido na busca do incessante aperfeiçoamento espiritual e material dos consortes, cujos valores encontram inspiração nos princípios basilares da vida matrimonial, salta aos olhos que a coabitação do casal

¹⁴ RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº. 70051711935. Apelação Cível. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. É reconhecida a união estável quando comprovada a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. O patrimônio adquirido onerosamente no período em que reconhecida a união estável deve ser dividido igualmente entre o casal. Dano moral. Indenização. Não há dano a ser reparado quanto aos dissabores decorrentes do término da união estável. Para a configuração da responsabilidade de indenizar é imperioso a existência do dano, ilícito e nexos de causalidade. A infidelidade, por si só, não caracteriza o dano, sendo necessária a demonstração do momento ou fato que lhe causou o constrangimento público alegado. Ademais, não há mais a perquirição da culpa, sob pena de violação a liberdade, a intimidade e a vida privada do casal. Honorários advocatícios. Compensação. Com a sucumbência recíproca compensam-se os honorários de advogado, nos termos do art. 21, *caput*, CPC e súmula 306 do STJ. Litigância de má-fé não configurada. Apelação Cível desprovida. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Relator: Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em 27.02.2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 01 jun. 2013.

¹⁵ DINIZ, 2012, p. 147.

afigura-se como condição inafastável para o pleno desenvolvimento da vida comunitários dos cônjuges, tal como em relação à prole que deve ser criada na presença corriqueira dos genitores.

Em mesma trilha caminha Rolf Madaleno, colocando em evidência que “a unidade conjugal atende desse modo a uma das finalidades do casamento, consubstanciada na convivência, como modelagem inerente à entidade familiar. A coabitação dos cônjuges também envolve seu relacionamento sexual”¹⁶, apresentando-se como dever implícito do vínculo conjugal. À sombra do anotado, o imperativo de viverem juntos os consortes e o de prestarem, de maneira mútua, o débito conjugal, compreendido este como o direito-dever do marido e da 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”¹⁷, eis que pode configurar desatendida a necessidade fisiológica primária, podendo comprometer seriamente a estabilidade da família. Neste sentido, é possível trazer à colação o entendimento jurisprudencial que reflete:

Ementa: Apelação. Anulação de casamento. Erro essencial em relação a pessoa do cônjuge. Ocorrência. A existência de relacionamento sexual entre cônjuges é normal no casamento. É o esperado, o previsível. O sexo dentro do casamento faz parte dos usos e costumes tradicionais em nossa sociedade. Quem casa tem uma lícita, legítima e justa expectativa de que, após o casamento, manterá conjunção carnal com o cônjuge. Quando o outro cônjuge não tem e nunca teve intenção de manter conjunção carnal após o casamento, mas não informa e nem exterioriza essa intenção antes da celebração do matrimônio, ocorre uma desarrazoada frustração de uma legítima expectativa. O fato de que o cônjuge desconhecia completamente que, após o casamento, não obteria do outro cônjuge anuência para realização de conjunção carnal demonstra a ocorrência de erro essencial. E isso autoriza a anulação do casamento. Deram provimento. (Segredo de Justiça). (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70016807315/ Relator: Desembargador Rui Portanova/ Julgado em 23.11.2006).

Ementa: Embargos infringentes. Anulação de casamento. Erro essencial em relação a pessoa do cônjuge. Ocorrência. A existência de relacionamento sexual entre cônjuges é normal no casamento. É o esperado, o previsível. O sexo dentro do casamento faz parte dos usos e costumes tradicionais em nossa sociedade. Quem casa tem uma lícita, legítima e justa expectativa de que, após o casamento, manterá conjunção carnal com o cônjuge. Quando o outro cônjuge não tem e nunca teve

¹⁶ MADALENO, 2008, p. 153.

¹⁷ DINIZ, 2012, p. 148.

intenção de manter conjunção carnal após o casamento, mas não informa e nem exterioriza essa intenção antes da celebração do matrimônio, ocorre uma desarrazoada frustração de uma legítima expectativa. O fato de que o cônjuge desconhecia completamente que, após o casamento, não obteria do outro cônjuge anuência para realização de conjunção carnal demonstra a ocorrência de erro essencial. E isso autoriza a anulação do casamento. Desacolheram os embargos infringentes, por maioria. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarto Grupo de Câmaras Cíveis/ Embargos Infringentes N.º 70013201629/, Relator: Desembargador Rui Portanova/ Julgado em 09.12.2005).

Ementa: Casamento. Anulação. Impotência ‘coeundi’, inaptidão do varão em consumir o casamento. Provada a incapacidade do cônjuge varão em consumir o casamento, pela inaptidão para o coito, mesmo que provada sua capacidade com terceiros em manter relações sexuais, deve o casamento ser anulado. Isto porque o casamento e uma relação pessoal, de modo que o preenchimento de sua finalidade, deve ser possível entre o marido e a mulher. Acolheram. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarto Grupo de Câmaras Cíveis/ Embargos Infringentes N.º 70001036425/ Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos/ Julgado em 10.11.2000).

Ora, por se tratar de dever recíproco, ambos são devedores dessa prestação, podendo um reclamar do outro o seu cumprimento, sendo que cada consorte é devedor da coabitação e credor da do outro. Trata-se de direito-dever o aspecto ético, extrapatrimonial e absoluto, sendo, por extensão, intransponível, irrenunciável e imprescritível. *“Note-se que, se por um lado, soa um tanto desagradável encartar como ‘obrigação’ o ato supremo do amor sexual, por outro, não pode simplesmente relegá-lo ao limbo do ‘vácuo jurídico’, sem a necessária busca do seu enquadramento epistemológico”*¹⁸. Ao lado disso, cuida salientar a visão apresentada por Venosa, notadamente quando destaca que *“é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação”*¹⁹, não sendo, contudo, possível o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação à liberdade individual.

Contemporaneamente, tem-se admitido o afrouxamento do dever de coabitação, em razão da fluidez da vida, com uma maior exigência de ordem profissional, sendo desenvolvidos relacionamentos conjugais ausentes de coabitação, por vezes, afiançada pela livre escolha do casal, cujo enlace conjugal optou por estabelecer lares separados e a partir deles manter entre o casal

¹⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 301.

¹⁹ VENOSA, 2013, p. 147.

encontros corriqueiros, de uma estável relação. Como bem sublinha Rolf Madaleno, “*são opções mais comuns de serem encontrada entre famílias reconstituídas, cujos relacionamentos surge de novas núpcias e um longa lista de antigas credenciais com filhos e habitações das uniões anteriores*”²⁰, sendo que cada um dos autores cuida da cena conjugal reconstruída, de preservar a individualidade de sua primitiva habitação, notadamente quando há prole adolescente, mais resistente aos recasamentos, assegurando, na medida do possível, a privacidade familiar da nova entidade construída, garantindo um campo neutro.

4 O Dever de Mútua Assistência

Em sede de comentários introdutórios, cuida assinalar que a mútua assistência ultrapassa a mera acepção de amparo recíproco de cunho material, para estruturar a ideia maior de apoio mútuo moral e espiritual. “*Certamente um dos móveis psicológicos da união conjugal é a busca de um parceiro de vida que, para além da simples perspectiva carnal, traduza um suporte emocional seguro para o compartilhamento das vicissitudes da vida*”²¹, de modo a permitir que, dividindo, cada um dos cônjuges cresça como indivíduo, como ser humano, em toda a sua potencialidade complexa. Ora, não se trata de um dever com dicção restrita ao sustento financeiro dos cônjuges, vez que tem incidência fática sobre a sua versão imaterial, materializada no apoio natural devido mutuamente pelos cônjuges e conviventes, encontrando um no outro o conforto espiritual capaz de lhes ofertar abrigo moral no momento de tristezas, tragédias e desventuras emocionais, oferecendo conforto nas horas de sofrimento e compartilhando de igual nos momentos de euforia, felicidade e de realização pessoal, em constante apoio e incentivo para o crescimento e fortalecimento da unidade afetiva e familiar.

A mútua assistência também é derivada da união material e espiritual. Esse aspecto é fundamental no matrimônio, consagrado tradicionalmente pela Igreja. Nesses dois aspectos desdobra-se a assistência recíproca. O casamento não transige em matéria do pão do corpo e do pão da alma. A falta de qualquer um deles implica transgressão do dever conjugal. Consubstancia-se na mútua assistência a comunidade de vidas nas alegrias e nas adversidades. No campo material, esse dever traduz-se na obrigação

²⁰ MADALENO, 2008, p. 153-154.

²¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 303.

de um cônjuge prestar alimentos ao outro, não devendo essa obrigação ser vista hoje exclusivamente como um ônus do marido²².

Verifica-se, neste ponto, que o espectro contido no dever de mútua assistência está inserto no dever recíproco de socorro material e moral, de *affectio maritalis*, cuja gênese está alicerçada na mútua assistência, porquanto nela os consortes são identificados como em uma só carne ou em um só corpo, sendo escopo do matrimônio a sua unidade moral e econômica. Segundo frisa Madaleno, “o abandono moral é causa expressa de falta para com um dos deveres fundamentais do casamento, consistente na mútua assistência, não se compreendendo possa um cônjuge abandonar seu parceiro”²³, faltando-lhe com o desvelo, gestos de atenção e solidariedade em momentos de dor, perdas ou derrotas pessoais. Em mesmo sentido Gagliano e Pamplona Filho obtemperam, em seus magistérios, que “ao unirem-se em matrimônio, marido e mulher, por uma determinação da lei brasileira, e independentemente da religião que professem, assumem, mutuamente, a condição de companheiros de vida, consolidando a obrigação recíproca de apoio moral, psicológico e espiritual”²⁴.

Insta mencionar que há no dever de mútua assistência um duplo aspecto a ser evidenciado entre aqueles unidos pelo liame do matrimônio, em prometida comunidade plena de vida; primeiro, na sua ótica espiritual, e depois em sua configuração como dever de socorro, este ressignificado na oferta incondicional do auxílio em pecúnia, não sendo admitido o afastamento do enlace nupcial qualquer um dos elementos inerentes de subsistência material ou imaterial, porquanto não seria admissível que um cônjuge deixasse seu consorte na indigência moral ou econômica. Quadra anunciar que o dever em comento produz como efeito a ajuda e os cuidados nos aspectos morais, espirituais, materiais e econômicos, os quais são expressos em múltiplos momentos da vida familiar, a exemplo do cuidado com o outro, quando enfermo, no conforto prestado nas adversidades e vicissitudes de vida, compartilhando dores e alegrias. Trata-se, com efeito, de um dever de moldura ética, historicamente variável conforme os costumes de uma sociedade em determinado tempo e local. É possível trazer à colação o entendimento que:

²² VENOSA, 2013, p. 148.

²³ MADALENO, 2008, p. 156.

²⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 303.

Ementa: Apelação Cível. Divórcio. Alimentos para ex-mulher. Direito de moradia. Não há como conhecer de ponto que já foi objeto de acordo. Verba alimentar. Dever de mútua assistência. Observando a dependência financeira da virago, a sua idade avançada, seus problemas de saúde e a capacidade financeira do ex-marido, cumpre fixar a obrigação alimentar, com base no dever de mútua assistência. Conheceram parcialmente do recurso e deram parcial provimento à parte conhecida. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70053874111/ Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 23.05.2013).

Ementa: Apelação Cível. Família. Reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha bens c/c pensão alimentícia para ex-esposa. Cabimento. A obrigação alimentar entre os cônjuges advém do dever de mútua assistência, insculpido no art. 1.566, inciso III, do Código Civil, que permanece mesmo após o rompimento do vínculo conjugal, exigindo-se, tão somente, a análise do binômio alimentar. Todavia, a obrigação será de garantir somente quantia indispensável à sobrevivência daquele que busca os alimentos. A apelante possui problemas de saúde e não dispõe de meios para garantir a própria sobrevivência, razão pela qual necessita do auxílio material a ser prestado pelo ex-companheiro. Apelação parcialmente provida. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70048581821/ Relator: Desembargador Munira Hanna/ Julgado em 22.05.2013).

Com efeito, merece destaque que o dever de assistência material não se interrompe com a separação de fato, justamente porque os recursos financeiros continuam atendendo às requisições de subsistência que sempre estiveram presentes na relação conjugal, exceto se o cônjuge necessitar de auxílio alimentar, pois, ao reverso, nem a sentença de separação coloca termo final do dever alimentar, mas antes, lhe confere uma sobrevida para depois da separação do casal. “O auxílio material fica condicionado a demonstração da dependência alimentar do cônjuge, sendo considerados fatores próprios de aferição do quantum alimentar o nível econômico, vivenciado durante o casamento, e também levados em conta os recursos de ambos os cônjuges”²⁵. O inadimplemento do dever de socorro material não implica apenas no desfazimento do vínculo conjugal, mas também pode acarretar a prisão civil pelo doloso inadimplemento da pensão, como um robusto instrumento de coerção pessoal. Acerca do entendimento construído até o momento, é possível trazer à baila o entendimento jurisprudencial emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, coadunando com os argumentos articulados:

²⁵ MADALENO, 2008, p. 157.

EMENTA: Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c.c. pedido de alimentos. União estável. Caracterização. Situação de dependência econômica da alimentanda caracterizada. Obrigação de prestar alimentos configurada. Redução do valor com base nos elementos fáticos do processo. Restrições legais ao dever de prestar alimentos entre os companheiros não declaradas no acórdão impugnado. Inviabilidade de análise da questão. Imutabilidade da situação fática tal como descrita pelo Tribunal estadual. [...] - Fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência. [...] Recurso especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 995.538/AC/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 04.03.2010/ Publicado no DJe em 17.03.2010).

5 O Dever de Sustento, Guarda e Educação dos Filhos

Outro aspecto fundamental do casamento se refere ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porquanto a existência da prole não seja aspecto essencial da manutenção dos vínculos matrimoniais, trata-se de elemento fundamental da existência conjugal. “*Incumbe a ambos os pais o sustento material e moral dos filhos. A orientação educacional é fundamental não só no lar, como também na escola, sendo ambas, em última análise, obrigações legais dos pais*”²⁶, como bem assinala Venosa. Neste aspecto, Madaleno²⁷ elucida que o dever em comento tem seus feixes atrelados notadamente à prole menor e incapaz, todavia a exoneração alimentar não ocorre se a prole estiver estudando e cursando nível de ensino superior, sujeitando os genitores até a suspensão ou a destituição do poder familiar. Ora, não é possível perder de vista que os genitores sustentam seus filhos em consonância com as suas possibilidades materiais, sendo dever tanto do pai quanto da mãe, na proporção dos ingressos financeiros de cada um.

É inadmissível, neste ponto, uma divisão matemática por dois, dos gastos dos filhos, olvidando-se que cada ascendente deve adimplir os alimentos dos filhos na medida dos seus recursos, que quase nunca são iguais. Tartuce e Simão, ao discorrerem acerca do dever em comento, sustentam, com bastante pertinência, que “*essa previsão mantém relação direta com a solidariedade social prevista na Constituição Federal [...], que obviamente deve estar presente nas relações*

²⁶ VENOSA, 2013, p. 148.

²⁷ MADALENO, 2008, p. 157.

*familiares (solidariedade familiar), até mais do que em qualquer outra relação*²⁸. É assente no entendimento jurisprudencial vigente que os alimentos não são devidos apenas até a maioridade civil, aperfeiçoada com dezoito anos completos, contudo se estendem além desta idade, quando o filho é estudante regular de curso superior ou de curso de formação profissional e não trabalha.

Ementa: Direito de família e processual civil. Recurso especial. Omissão e contradição. Inexistência. Alimentos. Decorrem da necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante. Dever que, em regra, subsiste até a maioridade do filho ou conclusão do curso técnico ou superior. Moldura fática, apurada pela corte local, apontando que a alimentanda tem curso superior, 25 anos de idade, nada havendo nos autos que infirme sua saúde mental e física. Decisão que, em que pese o apurado, reforma a sentença, para reconhecer a subsistência do dever alimentar. Descabimento. 1. Os alimentos decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Com efeito, durante a menoridade, quando os filhos estão sujeitos ao poder familiar - na verdade, conjunto de deveres dos pais, inclusive o de sustento - há presunção de dependência dos filhos, que subsiste caso o alimentando, por ocasião da extinção do poder familiar, esteja frequentando regularmente curso superior ou técnico, todavia passa a ter fundamento na relação de parentesco, nos moldes do artigo 1.694 e seguintes do Código Civil. Precedentes do STJ. [...] 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.312.706/AL/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 21.02.2013/ Publicado no DJe em 12.04.2013).

Ementa: Processual civil. Civil. Recurso especial. Ação de alimentos. Curso superior concluído. Necessidade. Realização de pós-graduação. Possibilidade. 1 O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado. 2. É presumível, no entanto, - presunção iuris tantum -, a necessidade dos filhos de continuarem a receber alimentos após a maioridade, quando frequentam curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional. [...] 5. Persistem, a partir de então, as relações de parentesco, que ainda possibilitam a percepção de alimentos, tanto de descendentes quanto de ascendentes, porém desde que haja prova de efetiva necessidade do alimentado. 6. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.218.510/SP/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 27.09.2011/ Publicado no DJe em 03.10.2011).

Com efeito, “*é obrigação dos pais manter a guarda e a educação da sua prole, e apesar de os filhos ficarem depois da separação dos pais sob a custódia de*

²⁸ TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 90.

um dos cônjuges, segue íntegro o poder parental de ambos²⁹, exercido em igualdade de condições, porquanto a Carta de 1988 eliminou qualquer espécie de discriminação entranhada numa época na qual o exercício do pátrio poder estava concentrado na mão do pai. No mais, não se pode esquecer que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, com objetivo de assegurar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Desta feita, o acesso e a responsabilidade pela educação dos filhos são de seus genitores, ou por seus substitutos legais, que são os tutores e guardiães, enquanto a Administração Pública tem o encargo de ofertar vagas na rede social de ensino fundamental, universal e gratuito, sob apenação de responsabilidade administrativa das autoridades omissas.

“Vale dizer, o dever de sustentar, guardar e educar os filhos impõe-se sempre, a todo pai, a toda mãe, não importando se são casados, companheiros, separados, divorciados, solteiros ou viúvos!”³⁰. Com realce, a legislação de regência assegura à criança e ao adolescente o direito à educação, com escopo de garantir o pleno desenvolvimento, não se restringindo sua educação apenas à escolarização, pois tem em mira a habilitação para o exercício dos atos da vida civil ao ser atingida a maioridade, ou completada a formação profissional, compreendendo os aspectos físico, mental, moral, espiritual e social. Ao lado disso, a guarda dos filhos irá considerar sempre os melhores interesses da criança e do adolescente, em detrimento da manifestação dos genitores. “Ela representa a posse física do filho e tem assento na separação dos pais, ou quando os genitores jamais conviveram na mesma célula familiar”³¹, como bem enfoca Rolf Madaleno.

Nesta trilha, insta assinalar que a custódia dos filhos pode ser pactuada por consenso dos genitores, quando do divórcio, e até mesmo em processo autônomo, propulsionado exclusivamente para a definição da custódia judicial da prole, acrescido de disposições satélites e indissociáveis, de pensionamento de verba alimentícia e de regulamentação de visitas em favor do ascendente não-custodiante. Ademais, a guarda não desnatura o exercício do poder familiar, conquanto seja um fator de limitação ao exercício do poder parental de parte do

²⁹ MADALENO, 2008, p. 158.

³⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 305.

³¹ MADALENO, 2008, p. 159.

genitor afastado da posse física da prole, já que não participará da rotina diária de sua descendência. Ora, a guarda conferida a um dos ascendentes não implica no exercício absoluto e ilimitado do poder parental, posto que o outro ascendente não foi e nem pode ser excluído imotivadamente da vida de seu filho.

6 O Dever de Respeito e Consideração Mútuos

Com destaque, o respeito e a mútua consideração são à base da comunhão plena de vida, alicerce da entidade familiar e tratado na parte inicial do livro do Direito de Família da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002³², que institui o Código Civil. O dever em comento materializa um postulado intimamente atrelado à dignidade da pessoa humana e não apenas um dever dos cônjuges, porém, em razão de ser um corolário ético de presença obrigatória em todas as relações pessoais, não sendo diverso no casamento, cuja oscilação decorre dos distintos níveis de educação, formação cultural, religiosa e do ambiente em que orbitam as relações, ciente que específicos comportamentos, dizeres e atitudes podem refletir ofensivamente para uns, ao passo que para outros casais soam como algo natural, sem qualquer conotação pejorativa e de agressão moral. No mais, “*o respeito rendido à dignidade humana é a condição mínima para uma convivência social, e sua noção está visceralmente associada com a ideia de decência e pudor*”³³.

Nesta esteira, a dignidade apresenta valor absoluto, porquanto é condição da subsistência humana e não aceita qualquer gradação ou transigência, sendo que uma vez violado o dever de respeito no matrimônio a lei civil sanciona o violador com a declaração de culpa por injúria grave, outrora declarada na separação judicial. “*Respeitar o outro, imperativo que extravasa a própria dimensão do jurídico, é decorrência do próprio afeto, essência maior e elemento de sustentação da própria comunidade de existência formada pelo casamento*”³⁴. Com efeito, é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, não restringindo esta proibição de intervenção e intromissão das pessoas e do Estado na vida privada dos cônjuges.

³² BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

³³ MADALENO, 2008, p. 160.

³⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 306.

Referências:

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 jun. 2013.

BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 01 jun. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 01 jun. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro: Direito de Família.** v. 5. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** v. 6. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família.** v. 5. 7 ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 01 jun. 2013.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 01 jun. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** v. VII. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.