

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A IGUALDADE DOS CÔNJUGES

Sérgio Gischkow Pereira

Desembargador do Tribunal de Justiça do RS,

Professor na Escola Superior da Magistratura e

Escola Superior do Ministério Público, ambas do RS

POR UMA EXEGESE NÃO LIMITATIVA DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL

Não tenho dúvida sobre a imediata incidência do comando constitucional que impõe a igualdade no exercício de direitos e deveres durante a sociedade conjugal. A norma constitucional é claríssima e se apresenta de maneira que não deixa espaço para se sustentar a necessidade de regulamentação ou de leis modificativas do Código Civil e outros diplomas legais (pode haver conveniência pelo surgimento de tais leis, o que é diferente de considerá-las imprescindíveis à aplicação da Carta Magna). É um problema puramente de interpretação de textos normativos. É certo que dificuldades intensas surgem, mas o Judiciário não vai pôr de lado suas funções porque esbarre com complexidades técnico-jurídicas, técnico-legislativas, de sistematização, de hermenêutica.

Reiteradamente tenho proclamado a relevância do fenômeno da igualdade entre homem e mulher, em termos jurídicos e políticos, como caminho obrigatório para uma família melhor constituída, pois mais amorosa, na medida em que unida pelo afeto e não pela prepotência, pela opressão, pelo autoritarismo paterno. E volto a assinalar que estas alterações no microcosmo familiar atingiriam positivamente o macrocosmo da organização social. Tenho como fundamental lembrar que o incentivo às diferenças jurídicas, com prejuízo à mulher, é fomentar a violência masculina; é ceder que o uso da força é adubado e revigorado quando o opressor sabe estar lidando com pessoas tidas como mais fracas ou como inferiores ou como subordinadas. Ao aparato jurídico-político cumpre regular as rela-

ções humanas de molde que não se torne ainda mais acentuada a inclinação masculina de predomínio sobre a mulher, mesmo por que este domínio muitas e muitas vezes é posto em prática de forma abjeta, cruel, repelente, fatal. Consagrar a igualdade entre homem e mulher é maneira eficaz de a sociedade ditar regras capazes de reduzir a violência natural e condicionar o sexo masculino no sentido de respeitar a mulher.

Dentro desta orientação, vários autores acatam sem restrições a igualdade constitucional¹.

Em contrário, argumenta-se, basicamente, que: a) é de ser respeitada a formação patriarcal da família brasileira; b) precisa haver autoridade diretiva unificada, para que sobreviva e seja harmoniosa a relação no grupo familiar; c) a própria sociedade aceita a prevalência do homem, por exemplo na chefia da sociedade conjugal e seus corolários; d) isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; portanto, razoáveis desigualdades legislativas que tenham suporte em fundamento justificado, objetivo, decorrente da natureza das coisas e sem nada de arbitrário ou caprichoso.²

Com a devida vênia, a igualdade dos cônjuges não conduz à decomposição da família. Quando assim sucede, é porque as relações entre os cônjuges já estão em decadência, em degeneração, em fase de caráter patológico, sem autenticidade de afeto e vontade de companheirismo. Eventuais conflitos na co-gestão somente estariam trazendo à tona o que de problemático permeava a convivência familiar, contribuindo para uma correção de rumos ou para uma separação capaz de evitar a permanência de uma união artificial e falsa, sem carinho, sem amor, o que destrói os esposos e tem funestas seqüelas para os filhos.

Assim como a democracia é apreendida com sua prática incessante em termos político-sociais, não é diferente no âmbito familiar. As relações familiares em muito melhorarão se houver a chefia igual, com divisão de responsabilidades e exigência de soluções discutidas e mutuamente amadurecidas, sem a facilidade da imposição unilateral; só assim se propicia aos cônjuges uma educação e uma instrução para o novo sistema constitucional, em vez de eternizar uma estrutura de domínio por parte do homem. Do contrário, cairemos no raciocínio dos que desaconselham a democracia política com o pretexto de que o povo ainda não se encontra preparado para ela e precisa ser conduzido, como um pai conduz seus filhos menores.

O argumento da tradição também não me parece convincente e prova demais. Se a tradição por si só convencesse, nada se modificaria em nenhum setor

da existência humana. Difícilmente tem sentido falar em tradição em face de um novo Direito de Família que se caracteriza por inovar, renovar, alterar, fazer progredir. Os caminhos de libertação da humanidade não têm passado pelo apego à tradição; passam, isto sim, pelo superar dialético do tradicional. A tradição justificaria a permanência da escravatura, que as mulheres continuassem a não votar, que as torturas e penas infamantes prosseguissem e assim por diante, em milhares de exemplos.

É hoje sabido que o texto legal não fica isolado no campo de uma superestrutura, mas sim interage com os fatores que o condicionaram, sobre estes atuando também. Não mais se sustenta que a superestrutura seja absolutamente condicionada pela infra-estrutura; ora, se admitido o pressuposto de a primeira também atuar sobre a segunda, não há como afastar a possibilidade de um texto legal ter eficácia de influenciar o meio social. A lei não precisa estar sempre atrasada no respeitante aos fatos sociais e aos dados axiológicos, como comumente ocorre. Bem que pode ela, às vezes, visar o aperfeiçoamento das instituições! Outrossim, se é correto que o legislador, o jurista, o magistrado, o advogado, o membro do Ministério Público devem levar em conta os valores dominantes na sociedade, não é menos verdade que há limites em tal observância valorativa, ditados pelos princípios universais de direito e de moral. Tornam-se duvidosos e questionáveis aqueles valores quando servem à opressão, à dominação, à prepotência de uns sobre os outros e quando têm por efeito o desenvolvimento da violência e da agressão contra as mulheres; seria o mesmo se os valores predominantes humilhassem e esmagassem grupos e minorias étnicos, raciais, religiosos, estrangeiros, etc. Se a lei não pudesse surgir contra fatos sociais dominantes, não apareceria uma lei abolicionista da escravatura.

Sobre a exata compreensão do princípio da isonomia, cumpre assinalar não se está diante de regra radicalmente ampla e irrestrita de igualdade, como sucede com o art. 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal; a norma de igualdade é específica, com endereço certo, bem discriminado: art. 226, § 5º, daquela Carta, explicitando e impondo uma igualdade concreta dentro do casamento. Esta igualdade resultaria sem sentido, esvaziada, letra morta, se a chefia da sociedade conjugal continuasse com o homem, pois esta chefia é a pedra angular da dominação masculina. Muito significativa a respeito é a lição de José Afonso da Silva³, quando, dissertando sobre a regra constitucional de igualdade entre homens e mulheres — e aquela contemplada pelo art. 5º da Constituição Federal e ainda não a do art. 226 da mesma Carta Magna —, diz:

“Mais relevante ainda é que não se trata de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade de direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional. Aqui a igualdade não é apenas no confronto marido e mulher. Não se trata apenas de igualdade no lar e na família. Abrange também essa situação, que, no entanto, recebe uma formulação específica no art. 226, § 5º: ‘Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’. Vale dizer: nenhum pode mais ser considerado cabeça de casal, ficando revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que outorgava primazia ao homem.”

SOBRE UMA COMPREENSÃO RAZOÁVEL DA IGUALDADE DOS CÔNJUGES

Aceita a igualdade completa dos cônjuges, em termos legais, cabe examinar peculiaridades que o tema oferece e que exigem maior meditação. Sem dúvida é enorme o número de dispositivos legais que estão revogados, o que vem sendo apontado reiteradamente pela doutrina e eu próprio já tive oportunidade de fazê-lo em outro trabalho de minha lavra. No entanto, impõe-se cautela para situações especialíssimas previstas em lei e para a condição real da mulher em nossa sociedade.

Por isto em outra ocasião destaquei que a preferência de guarda dos filhos menores deve continuar com a mãe, pois as regras correspondentes não visam a desigualar marido e mulher, mas sim e só à proteção dos filhos. Trata-se de elevar exegese teleológica. Vejo razões sociológicas e psicológicas que justificam permaneça a preferência materna: a) em termos sociais, ainda é a mãe que bem mais próxima está da criança; por exemplo, é quem lhe troca fraldas, amamenta, dá alimentação em geral, banha, acalenta para dormir, mais acarícia, etc.; assim sendo, normal adquire a criança, pelo menos em tenra idade, maior fixação afetiva com a mãe, com o que maior será a possibilidade de padecer trauma psicológico se dela for retirada, do que do poder do pai; b) a psicanálise mostra, através do

momento do Édipo, a intensa ligação da criança com a mãe, ligação que, no dizer de Lacan, é dual (sem intermediação), operando no registro do imaginário; a figura paterna será relevante para o ingresso da criança no registro do simbólico (das normas de vida em sociedade).

O bem reservado da mulher é outro tema que merece especial reflexão. Em outro artigo, mostrei como todas as opiniões doutrinárias sustentam não mais existe este instituto, pois que viola a igualdade patrimonial dos cônjuges⁴. Esta é a corrente a que me filio. Toda a minha preocupação, porém, voltou-se para apontar os inconvenientes de determinada orientação no sentido de que o bem reservado passaria também para o homem⁵. A relevância do assunto faz com que a ele retorne, ainda que resumidamente. Passar o bem reservado para o homem, sob o argumento — no primeiro instante atraente — de que a igualdade não veio para retirar direitos de quem os tem, mas sim para dar a quem não os tem e que não cumpre igualar por baixo, é cair no resultado absolutamente inaceitável de utilizá-lo para prejudicar as mulheres de forma extraordinária, quando a única finalidade do bem reservado sempre e sempre foi apenas e só a de proteção à mulher, mediante a melhoria de sua condição patrimonial. Por sua natureza, sua essência, sua perspectiva ontológica, e também por sua história, o bem reservado exclusivamente sempre se relacionou só com o interesse feminino, nada tendo a ver com os interesses masculinos, mesmo porque os homens dispensavam proteções legais. Se os homens passarem a dispor do bem reservado, as seqüelas serão desastrosas e funestas para a maior parte das mulheres brasileiras, pois em pouco tempo, na maior parte das famílias todo o patrimônio ou quase todo ele estará nas mãos dos maridos! Por quê? Porque na maior parte das famílias ainda é o homem quem trabalha ou quem auferir remuneração maior pelo trabalho do que a esposa. Com efeito, mulheres independentes econômica e culturalmente nem precisam de dispositivos legais para se inporer perante os maridos e se situarem em igualdade; em contrapartida, mulheres dependentes e submissas aos maridos não serão liberadas, instantaneamente, por obra de normas legais (mesmo que estas possam, como já se viu, a médio e longo prazo influenciar positivamente na igualdade social). O dado sociológico é deplorável e estarrecedor, mas é um dado estatístico inquestionável e insofismável: a maior parte das mulheres brasileiras ainda vive em estado de subordinação aos maridos, não apresentam condições de conhecimento e flexibilidade negocial — confinadas que estão no serviço do lar —, são por eles agredidas moral e fisicamente, pouco sabem de assuntos alheios ao ambi-

to da casa, podem ser enganadas pelos maridos com facilidade, e assim por diante. Milhões de homens se acham com direito natural ou adquirido de espancar e matar suas mulheres. Mesmo em níveis sociais e econômicos mais elevados e em grandes cidades, é comum vermos mulheres que, ao falecerem seus maridos, ficam em total desorientação e não sabem sequer pagar uma conta ou resolver os mais simples problemas em bancos, repartições públicas, etc.

Da mesma forma, considero que deva prevalecer a regra de competência embutida no art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil. Apesar da igualdade entre marido e mulher, não pode desaparecer totalmente a mentalidade, notadamente judiciária, de cautelas com a posição da parte muitas vezes mais fraca, qual seja a mulher. Intento mostrar que esta asserção não caracteriza incoerência ou contradição com minha tese pela igualdade⁶. Busca-se compensar um pouco a superioridade socioeconômica do homem em nosso meio. O ponto central assim se põe: a regra de privilégio de foro não viola a Constituição Federal, porque não tem por objetivo, na verdade, desigualar homem e mulher, mas sim reduzir a desigualdade socioeconômica, através da providência de dar à mulher alguma proteção. Valem aqui as ponderações feitas quando da análise do bem reservado.

Enfim, a grande cautela a ser adotada pelos intérpretes e aplicadores: evitar que a igualdade constitucional e legal entre marido e mulher, conquista magnífica, possa se transformar em resultados vários negativos e perniciosos à segunda, em função de uma concreta situação, em muitos casos, de real inferioridade feminina. Afinal, a lógica jurídica não é lógica formal ou lógica matemática, mas lógica material, lógica concreta, lógica dialética ou lógica do razoável (expressão cunhada por Luis Recasens Siches), como reiteradamente tenho asseverado. Apenas se está ponderando, sabiamente, os componentes social e valorativo do trinômio indecomponível que constitui a essência do fenômeno jurídico, no dizer de Miguel Reale: fato — valor — norma. No instante de aplicar a lei ao caso concreto, levará o operador jurídico em conta as circunstâncias reais de inferioridade feminina, mantendo diretrizes axiológicas de proteção à mulher. Não se esgarçará, contraditoriamente, querendo pôr a mulher em posição de superioridade; somente e nada mais que se ponderam os dados fáticos no instante de fazer valer a igualdade. Se assim não for feito, então sim estaria sendo desobedecido o sentido maior da Carta Magna quando editou a regra da igualdade, pois se estará contribuindo para que a mulher continue em desvantagem ou que até piore de

condição. Veja-se um exemplo: afastar o verbete 379 da Súmula do STF é permitir que milhares e milhares de mulheres renunciem aos alimentos mediante agressões físicas, ameaças e promessas inexequíveis; interessante lembrar que a doutrina, teorizando em gabinete, sempre foi pela renunciabilidade dos alimentos, ao contrário da visão dos tribunais, que lidam diariamente com o drama humano. Tenho plena ciência de que esta formulação protetiva das mulheres pode encobrir uma retórica machista de dominação, pois coloca as mulheres como seres necessitados de proteção, ou seja, frágeis, o que está a um passo de pô-las em inferioridade; sei que falar em proteger determinados grupos humanos pode ser uma maneira de discriminá-los, de marginalizá-los; tenho a certeza que muitos empregam o discurso da proteção com objetivos desta espécie; sei de tudo isto; contudo, cumpre utilizar este conhecimento para o desmascaramento de opiniões de pura mistificação retórica, mas não para ignorar uma realidade sociocultural contundente e agressiva, atirando milhões de mulheres, subjugadas pelos maridos, nas mãos destes. Só mediante o reconhecimento da imprescindibilidade de serem protegidas as mulheres em posição mais fraca, apesar da igualdade jurídica, é que faz a norma constitucional concretizar seu desiderato verdadeiro e profundo, nitidamente destinado a beneficiar o mundo feminino. É preciso lembrar que o sistema jurídico é "ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais", como ensina Canaris⁷. Nem se pretenda que preocupação com os mais fracos é parcialidade; a imparcialidade é em relação às pessoas e não aos valores; é muito comum o direito proteger o fraco contra o forte, como enfatiza Clóvis Beviláqua, ao fundamentar a proibição do pacto comissório⁸. A própria lei positiva o ordena, quando, por exemplo, impõe a proteção à parte mais fraca ou mais necessitada, em normas que claramente constituem um princípio capaz de atingir todo o sistema jurídico, que não é formado por compartimentos estanques. Vejam-se, entre tantas hipóteses: a) o Código de Defesa do Consumidor, quando, em seus artigos 4º, inciso I, e 6º, inciso VIII, expressamente reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo e ordena inversão do ônus da prova em seu favor; b) as normas que asseguram, de forma absoluta, a preferência do crédito trabalhista sobre qualquer outro, em todas as espécies de concurso de credores; c) o permissivo constitucional de prisão para os que não cumprem obrigação alimentar; d) os preceitos de gratuidade de justiça para os que não podem arcar com honorários advocatícios e despesas processuais; e) as tradicionais medidas legais de resguardar

do da locação residencial; f) as pautas normativas constitucionais referentes ao usucapião especial urbano e rural, com prazos curtos de aquisição da propriedade, prestigiando o possuidor em detrimento do proprietário.

O PROBLEMA DA FORMA DE SER EXERCITADA A IGUALDADE ENTRE MARIDO E MULHER

Como último tópico destas meditações, analiso a faceta do assunto que se apresenta como a mais complexa: saber se a igualdade entre marido e mulher é entendida como obrigatoriedade de ambos exercerem conjuntamente os atos que interessarem ao grupamento familiar ou se significa cada um pode exercê-los separadamente.

Não há que se iludir sobre a gravidade do problema: a questão realmente é bastante difícil. A doutrina, lamentavelmente, não tem se dado conta, na maior parte, da implexidade e profundidade do tema, e, muitas vezes, sequer nele se detém. Não tem havido tentativas de sistematização da matéria. Deixa-se oculta a enorme abrangência e seriedade da questão.

João Baptista Villela e Segismundo Gontijo⁹ se deram conta da envergadura do problema e souberam suscitá-lo em sua real dimensão. Efetivamente não pode o assunto ser tratado em pouquíssimas linhas e com resumidas asserções por demais gerais.

Humberto Theodoro Júnior¹⁰ equaciona a indagação de molde a considerar que ambos os cônjuges devam se manifestar. Jorge Franklin Alves Felipe¹¹ afirma que marido e mulher devem decidir juntos. Pedro Sampaio¹² disserta que os atos devem ser exercitados por ambos os cônjuges, "pois a regra constitucional deferiu igualmente ao homem e à mulher os direitos e deveres inerentes ao comando da sociedade conjugal".

Com toda a vênia dos demais estudiosos, penso que um dos rumos básicos corretos foi o indicado por José de Farias Tavares¹³, quando disse: "A chefia será, então, bipartida, para fazer-se valer perante terceiros, nunca, porém, entre os cônjuges, que a exercem em regime de co-gestão".

Parece-me que a assertiva do ilustre jurista pode ser interpretada¹⁴ como querendo dizer que não há obrigatoriedade, em regra, de ambos os cônjuges ex-

pressarem conjuntamente sua anuência para a prática dos atos de interesse da família, presumindo-se que a manifestação volitiva de um deles conta com a concordância do outro. Assim, o ato será válido de qualquer forma, com o que se preservam os direitos de terceiros que se envolvam nos ditos atos. Quando muito, pode o ato ser ineficaz no tocante ao cônjuge que na verdade não consentira com o ato, no sentido de que pode ele reagir juridicamente contra os efeitos que lhe alcançam, sempre dentro da órbita das relações entre os cônjuges e não no respeitante a terceiros. Assim, a regra geral é não ser reclamada cada vez a participação conjunta de marido e mulher, diversamente do sustentado pela maior parte dos autores. Penso que há situações especiais, que exigem esta participação conjunta, o que depois examinarei. Pelo menos é a posição que reputo a mais precisa, mesmo que não coincida exatamente com o sentido da frase de José de Farias Tavares. O presente trecho deste escrito tem por objetivo defender esta tese e mostrar sua repercussão jurídica.

Parto da divisão fundamental dos direitos subjetivos em direitos patrimoniais e não-patrimoniais. Só os direitos patrimoniais é que se subdividem em direitos reais e direitos pessoais.¹⁵ Os direitos não-patrimoniais consistem nos direitos personalíssimos (liberdade, nome, imagem, etc.), nos direitos de família e nos direitos públicos (voto, elegibilidade, etc.).¹⁶

Vejamos o caso dos direitos pessoais, isto é, como o sistema jurídico os situa quanto à exigência ou não de outorga expressa do cônjuge em cada ato praticado. Aqui a solução, em meu pensamento, está dada pela Lei das Locações. O art. 3º da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, estipula, em seu *caput*, que "O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênua conjugal, se igual ou superior a dez anos". Ora, raríssimos são os contratos com prazo superior a dez anos, no campo das locações, com o que se conclui há uma norma praticamente geral de dispensa da outorga marital ou uxória no âmbito das locações, considerado o pólo do locador. Não é diferente se visto o contrato de locação sob a ótica do locatário: o art. 10, inciso I, da mesma lei, ordena que, morrendo o locatário, fica o cônjuge, se residencial a locação, sub-rogado nos direitos daquele; ora, se o cônjuge sobrevivente fica sub-rogado é porque, por argumento óbvio a *contrario sensu*, não estava obrigado a assinar o contrato de locação. Portanto, quase nunca o sistema legal ordena a vênua conjugal em matéria de contratos de locação. Ocorre que a locação é tema relevantíssimo sob o prisma social e individual, pois relacionado com a questão sumamente importante

da moradia, da habitação. Possível assim concluir que, se em direito pessoal de tamanha magnitude, o sistema jurídico dispensa a outorga do cônjuge, é porque o mesmo sistema, para manter elementar coerência valorativa, assume a postura de sempre dispensar a dita outorga no plano dos direitos pessoais. Torna-se plausível estabelecer, por esta via, um princípio sistematizador geral de grande efeito pragmático. Evidente que poderá a lei, em casos específicos, ordenar a anuência do cônjuge, mas aí estaremos diante de uma exceção ao princípio, e nada mais. O contrato de locação, portanto, será existente e válido, com o que os terceiros contratantes não serão afetados pela ausência de assinatura do marido ou da mulher. Quando muito, seria ineficaz no tocante ao cônjuge que não o firmou ou que com ele não concordou quando celebrado ou depois; veja-se a hipótese de a mulher não ter anuído como locatária: a consequência é a de que poderá reagir, não aceitando a verdadeira imposição de domicílio feita pelo marido, que se constituiria em violação da igualdade em fixar domicílio da família, revogado que foi o art. 233, inciso III, do Código Civil, no que concedia ao marido o direito de fixar aquele domicílio; perante o locador, contudo, nada será modificado, permanecerá do o contrato com seus efeitos no atinente a ele, que poderá exigir seu adimplemento; o problema é entre os cônjuges.

Portanto, em nada será abalado o art. 3º da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, de tanta utilidade prática. Continuará existente a possibilidade de apenas um dos cônjuges assinar títulos de dívida de qualquer natureza, sem que se tornem nulos aqueles títulos; apenas não haverá eficácia quanto ao que não assinou, cujos bens particulares e os de sua meação estarão livres de responderem pelos respectivos débitos.

Fica com tal solução prejudicada a igualdade entre marido e mulher? Minha resposta é negativa. Não concordo em que a igualdade constitucional tenha forçosamente de ser interpretada como sinônimo de ambos os cônjuges cada vez participarem explicitamente em cada ato de interesse da família. A letra da Carta Magna permite também a compreensão de que cada um dos cônjuges pode se manifestar em nome do grupamento familiar, o que continua, perfeitamente, constituindo forma de igualdade. Está sendo presumido, perante terceiros, que o cônjuge, que não manifestou expressamente também concordância com o ato praticado pelo outro. Óbvio que, se o terceiro desejar maior segurança jurídica, simplesmente só irá negociar se marido e mulher externarem vontade favorável em relação ao ato jurídico; é outro problema, que diz com a maior ou menor precaução e cautela das pessoas.

Por que a melhor solução, em princípio, é a de se dispensar cada vez a expressão manifestação de vontade de marido e mulher, como já se viu adotou o sistema jurídico, sem dúvida, para o caso dos direitos pessoais (depois serão analisados os direitos reais e os direitos não-patrimoniais)? Motivo fundamental reside em que deve ser evitada uma interpretação capaz de produzir enormes e prejudiciais demoras no desenvolvimento dos assuntos de interesse da família e dos cônjuges e no desenvolvimento dos negócios em geral na coletividade, além de promover extraordinária insegurança nas relações jurídicas e fomentar os mais variados litígios. Não pode ter sido esta a intenção do legislador constituinte. Além disto, não é acertado deixar de pressupor a harmonia entre os cônjuges e a confiança recíproca entre eles, elementos de convivência que, se ausentes, tornam até recomendável a não permanência da união. Ademais, problemas entre os cônjuges, afinal, devem ser problemas internos à família e dentro dela serão resolvidos, sem atingirem terceiros de boa-fé que negociem com o marido ou com a mulher. Resultaria em seqüela paralisante e retardadora da atividade gerencial e diretiva da família e também da agilidade dos negócios em geral da sociedade se cada vez fosse indispensável a reunião dos cônjuges para exteriorizarem sua concordância com determinado ato. Outrossim, sempre que só um concordasse explicitamente ou assinasse, o outro cônjuge poderia depois pretender a anulação do ato, com prejuízo dos terceiros de boa-fé; estes poderiam não ter exigido a anuência ou assinatura de marido e mulher, por não afeitos aos temas jurídicos ou por considerarem realmente desnecessária a concordância dos dois; e esta dúvida só pode existir seriamente, em face da ausência de leis infraconstitucionais que definam a matéria. Não seria razoável interpretar a igualdade de molde a originar quantidade gigantesca de litígios envolvendo terceiros de boa-fé que negociaram com um dos cônjuges, principalmente porque os cônjuges é que devem, como regra, enfrentar as dificuldades oriundas de seus desencontros e desavenças, sem querer transferi-las a terceiros. O que não me parece admissível, em nenhuma hipótese, é deixar de aplicar a igualdade constitucional porque existam percalços exegeticos como o que agora está sendo dissecado, que tem como causa básica a falta de legislação infraconstitucional; o fato é que existe uma norma constitucional de igualdade e esta deve ser respeitada desde logo; de resto, o Judiciário está aí para resolver dúvidas interpretativas e não pode escapar de cumprir sua obrigação, sob o pretexto de falta de leis ordinárias que especifiquem mais minuciosamente a igualdade imposta pela Constituição.

Quanto aos direitos reais, não há porque ser diferente, ressalvados os dispositivos legais que, para os imóveis, impõem a deliberação conjunta dos consortes. Vale a mesma argumentação antes exposta. Para os imóveis permanece a regra do Código Civil, comandando a obrigatoria atuação conjunta dos cônjuges, pois acentuado o peso que tais bens apresentam no patrimônio familiar e, de resto, é imperativo legal já consagrado e incorporado no conhecimento da população, o que elide parte dos argumentos anteriores; é outra forma de ser exercitada a igualdade: somente isto. Nos direitos reais sobre bens móveis prevalece a possibilidade de atuação separada de cada cônjuge, como já sucedia antes da Constituição de 1988; é solução, portanto, que oferece duplo aspecto positivo, no enfoque da tese que defendo: a) está adequada ao sistema tradicional em vigor no direito pátrio; b) está adequada à teoria que formulo, que quer colocar como regra a dispensa da anuência conjunta de marido e mulher.

Não é diferente para os direitos não-patrimoniais. Também aqui a igualdade, em regra, não deve resultar na obrigatoriedade do assentimento conjunto dos cônjuges em cada ato. Renovo os raciocínios antes expendidos. Veja-se o exemplo dos atos de chefia da família. Se marido e mulher, que são chefes com igualdade de direitos e deveres, precisassem cada vez se manifestar em conjunto, até para matricular um filho em certo colégio deveriam ambos comparecer! Com efeito, a divergência pode existir sobre se o filho vai para escola pública ou escolá particular; se vai para a escola X ou Y; e assim por diante. Faço notar que minha tese o que faz é ampliar o campo de incidência do art. 247 do Código Civil, ao mesmo tempo que se confere a este outra leitura: agora não só a mulher se presume autorizada para a prática de atos, mas também o marido se presume autorizado pela mulher; por outro lado, a presunção em tela tem muito maior abrangência, não se limitando aos casos do artigo citado.

Sob o ângulo dos direitos não-patrimoniais, há exceções e peculiaridades a serem destacadas.

Considero os arts. 9º e 186 do Código Civil como casos em que se deve exigir a expressão conjunta da vontade dos esposos. Faz parte da boa ciência do direito saber distinguir, ponderando os fatos sociais e os valores referentes a determinados setores do mundo jurídico. Emancipar ou consentir no casamento do filho de maneira unilateral desemboca na gravíssima consequência de causar a perda do pátrio poder do outro cônjuge em relação ao mesmo filho.

O art. 454, §1º, do Código Civil, é outro dispositivo a merecer comentário especial. Ali a igualdade deve ser tomada no sentido de pai e mãe estarem em igualdade de condições para serem nomeados curadores do filho, sem mais a pre-

ferência para o primeiro. Jamais, contudo, pode a igualdade ser vista como indicando que pai e mãe devem conjuntamente exercer a curatela do filho incapaz. Aliás, este exemplo mostra como nunca poderia ser adotada sem restrições uma tese que sustentasse a necessidade sempre de homem e mulher exercerem conjuntamente direitos e deveres. Como nomear pai e mãe para curadores conjuntos? E onde ficaria o interesse do incapaz? A curatela é instituto que se caracteriza por visar à defesa do incapaz, no campo pessoal e patrimonial. Ora, em nada é conveniente tenha o incapaz dois curadores ao mesmo tempo. Ficariam eles a discutir em torno dos interesses do curatelado, em prejuízo deste, que seria adiada a solução de seus problemas a todo o momento.

Conveniente ressaltar que a solução que proponho, consistente em não exigir a atuação conjunta e em resolver os impasses entre o casal no plano interno à família, oferece também a vantagem de evitar alteração drástica em maior extensão na sistemática em vigor, o que se revela mais recomendável enquanto não alterada a legislação ordinária. Com efeito: a) no plano dos direitos pessoais continua o sistema atual, que permite assinatura de um só dos cônjuges; b) no plano dos direitos reais, por igual prossegue a sistemática acatada por todos, ou seja, quanto aos direitos reais imobiliários devem falar ambos os consortes, e, quanto aos mobiliários, a vontade de um deles basta; c) nos direitos não-patrimoniais novamente não se modifica o esquema consagrado de apenas um poder falar pela família, com o outro tendo condições de recorrer ao Judiciário contra a decisão tomada pelo companheiro; a diferença é que agora a mulher pode por igual falar sozinha pelo casal, o que terá de levar o homem, se discordar, a que ele deva ir ao Judiciário; d) continuam sendo resguardados os interesses de terceiros que negociem com o casal, pois a única possibilidade anulatória por um dos cônjuges será no campo de abrangência do art. 235 do Código Civil, por demais conhecido e consagrado, mesmo junto à população sem formação jurídica; evidente que a referência diz com o sistema do Código Civil e no aspecto genérico, pois a legislação pode conter outras exigências expressas de atuação conjunta de marido e mulher; em outras palavras: continua a regra de o casal ter de superar suas divergências internamente, sem querer envolver terceiros que com elas nada tenham a ver, notadamente se estão de boa-fé, a qual, como é cediço, se presume, até em decorrência de princípio universal de direito.

Em resumo: é sempre suficiente a manifestação de um só dos cônjuges, salvo exceções expressas em lei ou situações especiais e peculiares que tornem recomendável e mesmo essencial a manifestação conjunta (arrorei situações especiais desta natureza anteriormente).

Posta a questão, em regra, como devendo ser equacionada e resolvida no plano interno à família, avulta o problema de bem assegurar ao cônjuge prejudicado o ressarcimento moral e patrimonial. É assunto sempre difícil, mas não novo, pois já se apresentava no sistema anterior, quando a mulher quisesse reagir contra as deliberações maritais; assim, em princípio os mecanismos de reação serão os mesmos. O que parece fundamental é a lei criar fórmula mais efetiva de proteção patrimonial ao prejudicado por errônea e nociva decisão unilateral do consorte. Existe maneira de conferir esta proteção, mas mediante construção doutrinária e jurisprudencial, o que sempre sujeita a solução a um perfil mais tênue e movediço; melhor seria se a lei trouxesse claramente o caminho já apontado pela doutrina. Este, como se sabe, é utilizado na interpretação do art. 263, inciso VI, do Código Civil. Admite-se, para proteger o cônjuge que não praticou o ato ilícito e com ele não se beneficiou, que defenda a sua meação e seus bens particulares, inclusive podendo excluir, quanto aos bens comuns, a meação em cada um deles. Resta a perplexidade de que novas penhoras terminariam por produzir comprometimento outra vez no que sobrou dos bens, chegando-se ao ponto de nada ou quase nada haver. Sucede que Silvio Rodrigues, ao versar sobre o Estatuto da Mulher Casada, em seu art. 3º¹⁷, sugere, a meu ver corretamente, que a única solução

“é a que atribui a condição de ‘bens reservados’ àqueles que a mulher exclui da penhora, em execução movida contra o marido, por dívidas por ele contraídas. Tais bens, que representam sua meação ou parte dela, são seus, não se comunicam e constituirão um patrimônio separado, a ela pertencente, e que não se confunde com o patrimônio comum”.

Claro que o mesmo valeria em relação ao homem. Esta solução foi apoiada por Antonio Chaves¹⁸. Ainda que a solução seja exposta para a aplicação efetiva da Lei nº 4.121/62, em seu art. 3º, não vejo porque não possa servir, por igual motivo, para as hipóteses do art. 263, inciso VI, do Código Civil. E vou adiante: sustento que a mesma solução serviria para resolver os conflitos patrimoniais entre os próprios consortes, quando um deles sofresse dano em decorrência da conduta do outro, e não apenas quando o ato ilícito de um deles atingisse terceiro. Também aqui já não vigoraria o tão alquebrado e violado princípio da indivisibilidade e unidade do patrimônio, para o fim de que, se um consorte fosse vitorioso

em eventual ação indenizatória contra o outro promovida, pudesse executar a este e desde logo buscar o concreto ressarcimento; haveria penhora sobre bem do casal, mas em meação que se tivesse como sendo a do cônjuge faltoso; sobre esta o credor faria valer seu direito à indenização; sobre a outra metade, ficaria o credor, dentro da lição feliz de Silvio Rodrigues, aqui usada analogicamente, com ela parada, para passar a constituir patrimônio próprio, que não mais se confundiria com o patrimônio comum. Sei das dificuldades desta solução e de que encontrará muita resistência. Porém, não vejo outra, pelo que humildemente a proponho, sujeitando-a à censura dos que realmente são doutos. Às vezes é necessário ousar, na pesquisa de soluções para problemas que se renovam a todo o momento e permanecem insolúveis, estranhamente; também para que pelo menos uma nova idéia possa ser entregue à apreciação crítica dos operadores do direito, visando — vale a boa intenção — a um passo a frente ou um desbravamento. Só espero não arrisque demais e não se veja naquela solução um retrocesso ou uma heresia. Háverão de compreender os leitores que apenas tento, angustiado, evitar que a igualdade constitucional dos cônjuges, tão magnífica, resulte em letra morta.

CONCLUSÃO

- Em síntese, durante o desenrolar deste trabalho procurei mostrar que:
- A igualdade constitucional dos cônjuges deve ser tomada em sua plenitude e com eficácia imediata, revogados os dispositivos legais que estabelecem superioridade para um dos consortes, inclusive os ligados à chefia da sociedade conjugal.
 - A preferência de guarda da mãe em relação aos filhos menores permanece, na medida em que não viola a igualdade constitucional, mas visa exclusivamente ao bem-estar dos filhos.
 - A plenitude de igualdade dos cônjuges não significa completo abandono de uma certa preocupação protetiva no tocante à mulher, quando necessário, em face das desigualdades socioeconômicas ainda persistentes. Exemplo vem a ser a manutenção do denominado foro privilegiado da mulher.

— Em regra, não é imprescindível que os cônjuges, conjuntamente, se manifestem nos atos de interesse da família, um só deles podendo fazê-lo. Será diferente se: a) houver texto expreso de lei exigindo a deliberação conjunta; b) em casos especiais a natureza do assunto tornar relevante a manifestação conjunta.

— É essencial a criação por lei, e enquanto assim não acontecer o surgimento de construções doutrinárias e jurisprudenciais, de soluções efetivas para resguardo do cônjuge prejudicado pela errônea decisão unilateral de seu companheiro. Aqui é de se acatar, mais uma vez, a divisibilidade e não unidade do patrimônio dito comum, a fim de que possa, por exemplo, o direito indenizatório ser concretizado contra um dos consortes de imediato e, outrossim, tenha o prejudicado garantia de que lhe sobrará patrimônio próprio no desenlace de sucessivas falhas do consorte.

Repito que emiti conceitos capazes de gerar polêmica técnico-jurídica acentuada. E insisto que o fiz com humildade, buscando um rumo em assunto tão complexo e esperando a crítica sábia dos estudiosos da matéria; colimei, de outra parte, fórmulas razoáveis capazes de tornar realidade a esfêndida igualdade constitucional entre marido e mulher. Se errei, pelo menos incentivo outros a sistematizarem o assunto. O que não se deve aceitar é o afastamento da igualdade sob o argumento da dificuldade de sistematização enquanto não surgirem leis infraconstitucionais regulando o tema; os juristas brasileiros sempre souberam interpretar e elaborar excelentes sistemas doutrinários, apoios para tantas decisões de nossos pretórios; não haverá de ser agora, em questão de tal relevância social e valorativa, que desistirão da nobre empreitada.

Encerro reafirmando aquela que considero, verdadeiramente, a conclusão maior destas linhas, em função da qual me orientei (os demais argumentos visaram tentar sugestões sistematizadoras que viabilizassem fosse concretizada aquela conclusão maior): a igualdade constitucional entre marido e mulher deve ser recebida em sua plenitude e com imediata eficácia revogadora de TODAS as normas infraconstitucionais em contrário, COMO FORMA ABSOLUTAMENTE NECESSÁRIA, AINDA QUE NÃO SUFICIENTE, PARA QUE A MULHER SEJA VISTA COM MAIOR DIGNIDADE E RESPEITO, O QUE REDUZIRIA AS HUMILHAÇÕES E AGRESSÕES QUE, AOS MILHÕES, PADECE TODOS OS DIAS.

NOTAS

- 1 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família*. Curitiba : Jurua Editora, 1991. p.365-7, v.1; GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984. p.25-7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1991. n.397. p.104, v.5. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro - direito de família*. 7.ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990, n.28. p.91; CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil, direito de família*. 2.ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p.292. v.5, tomo I; SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. n.31. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p.18-20. TAVARES, José de Farias. *O código civil e a nova constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p.48-53; BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro : Forense Universitária. n.53, 1991. p.124; LÓBO, Paulo Luiz Neto. *A Repersonalização das relações de família*, artigo publicado em coletânea de textos coordenada por Carlos Alberto Bittar, sob o título: *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1988. p.53-81; NADER, Natal. *O direito de família na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1989. p.344-345. v.305; FELIPE, Jorge Franklin Alves. *A nova Constituição e seus reflexos no direito de família*. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1988. p.94. v.304; FERNANDES, Milton. *A família na Constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p.20-22. v.654. THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 1991. p.41-43. v.20.
- 2 A propósito: PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova constituição e o direito de família*. Rio de Janeiro : Livraria e Editora Renovar, 1990. p.58-70; REIS, Carlos David S. Araújo. *Família e igualdade* — a chefia da sociedade conjugal em face da nova constituição. Rio de Janeiro : Livraria e Editora Renovar, 1992.
- 3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p.193.
- 4 O Bem Reservado e a Constituição Federal de 1988, artigo publicado em: a) *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 669, p.257; b) *Revista AJURIS*, Porto Alegre, 1991, v.51, p.39.
- 5 Com este pensamento: acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em COAD Informativo Semanal ADV nº 10/91. p. 156, item 53204. De qualquer forma, registre-se já surgiram arrestos pela pura e simples revogação do privilégio contido no art. 246 do Código Civil: a) RT 655/148, em aresto do TACIVRJ, conforme ADV Seleções Jurídicas, outubro de 1992, p.17 e 18; b) ADV Seleções Jurídicas, novembro de 1992, p.15, em acórdão do TJ do Rio de Janeiro.
- 6 Os tribunais vêm consagrando esta tese da permanência do denominado foro privilegiado da mulher: a) Boletim IOB de Jurisprudência, n. 19/91, p. 407, item 3/6084, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; b) Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do R. G. do Sul, v. 147, p.308; c) Revista dos Tribunais, v. 672, p.95, Tribunal de Justiça de São Paulo; d) Boletim ADV-COAD n. 47/91, p. 747, item 56368, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.
- 7 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, § 8º, páginas 279 a 281.
- 8 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 251.
- 9 Artigos respectivamente sob os títulos: "Sobre a igualdade de direitos entre o homem e a mulher" e "A igualdade conjugal", publicados em TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Direito de família e do menor* — inovações e tendências. 2.ed., Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 1992. p.82 e 101 (coletânea de artigos).
- 10 Op. cit. Nota 1, p.42.
- 11 Op. cit. Nota 1, p.94.
- 12 Op. cit. Nota 1, n.31, p.20.
- 13 Op. cit. Nota 1, p.48.
- 14 Como é bastante sucinta, há algum obstáculo quanto a se ter plena certeza dos exatos limites de sua tese, com o que espero não estar sendo falho em minha exegese de seu pensamento.
- 15 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. 2.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1960. p.164.
- 16 GUSMÃO, op. cit. p.164.
- 17 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 10.ed., São Paulo : Saraiva, 1983. Direito de Família, item 75-A, p. 165-6. v.6.
- 18 CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. 2.ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. Direito de Família, tomo I, p. 427-9. v.5.