



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ESTUDOS
INTERDISCIPLINARES SOBRE MULHERES, GÊNERO E FEMINISMO**

THAÍS REQUIÃO DE MELO

**O QUE HÁ POR TRÁS DA NORMA:
UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA DO
CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO DE 2002**

**SALVADOR-BA
2013**

THAÍS REQUIÃO DE MELO

**O QUE HÁ POR TRÁS DA NORMA:
UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA DO
CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO DE 2002**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Mulheres, Gênero e Feminismo

Orientadora: Profa. Dra. Ângela Maria Freire de Lima e Souza

SALVADOR-BA
2013

Revisão e Formatação: Vanda Bastos

Melo, Thaís Requião de
M528 O que há por trás da norma: uma análise do tratamento da mulher no direito de família do código civil de 1916 ao de 2002 / Thaís Requião de Melo. - Salvador, 2013. 190f.: il.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ângela Maria Freire de Lima e Souza
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2013.

1. Mulheres. 2. Feminismo. 3. Gênero. 4. Direito de família. 5. Direitos das mulheres. 6. Legislação. I. Souza, Ângela Maria Freire de Lima e. II. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

CDD – 305.4

THAÍS REQUIÃO DE MELO

O QUE HÁ POR TRÁS DA NORMA:

**UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA DO
CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO DE 2002**

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Mulheres, Gênero e Feminismo

Salvador, 30 de abril de 2013

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Ângela Maria Freire de Lima e Souza (Orientadora)
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Profa. Dra. Márcia Santana Tavares
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Profa. Dra. Cláudia Regina de Oliveira Vaz Torres
Universidade Salvador – Unifacs

Dedico este trabalho aos meus pais, pelo incentivo e dedicação sem limites para prover a educação e o conhecimento de seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Tudo começou com o debruçamento em torno de questões do direito de família na atualidade. Persegui produção bibliográfica em torno das questões de gênero no âmbito jurídico e me deparei com pouquíssimas obras. Enveredei, então, pelo caminho de acrescentar à ciência jurídica as reflexões em torno das concepções de gênero. Conheci o Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher (NEIM) e me senti em casa. Passei, então, para o momento da seleção e fui aprovada, pela graça de Deus. Ao iniciar o cumprimento de meus créditos, me dei conta de quão vasta e relevante é a produção teórica acerca das questões de gênero, mulheres e feminismos. Enfim, hoje sou uma advogada e professora feminista – na real acepção do que este termo comporta – e me comprometo a proliferar os conhecimentos adquiridos, dada sua crucial importância no campo do Direito.

Mas não foi fácil... Muitos foram os percalços ao longo desta trajetória, questões pessoais e de saúde comprometeram o início de minha produção, mas não hesitei. Lembrei-me das infinitas lições de meus pais, que sempre priorizaram o conhecimento, e na fortaleza que eles sempre representaram para mim. Ergui as mangas e iniciei o trabalho com afinco. Outras questões surgiram, então... agora, de âmbito teórico, e a coordenação do PPGNEIM, juntamente com a minha atual orientadora, me acolheu com uma peculiaridade e carinho que somente lá é possível encontrar. Passarei, então, aos meus agradecimentos direcionados.

Ao meu Deus, por iluminar a minha vida, capacitar e direcionar os meus caminhos em busca do conhecimento reto, justo e aprazível. A Ele, atribuo todas as vitórias.

A minha amada mãe, pelo constante incentivo e amor incondicional demonstrados, por sempre me acolher com carinho, na subida de cada degrau conquistado em todos os setores de minha vida. Nela me espelho em busca do sucesso profissional e no exemplo de alicerce familiar que representa. Palavras não são suficientes para externar meus sentimentos de amor e admiração.

Ao meu amado pai, *in memoriam*, pelas constantes lições de valorização do conhecimento, que se fazem presentes em minha memória de forma ilibada, além de ser meu maior referencial de comportamento reto, justo e honesto. Registro minhas eternas saudades e amor incomensurável.

Aos meus irmãos, pelo companheirismo, risos e descontrações deferidos durante esta trajetória.

A minha mais nova alegria, Júlia, que, em meio a esta produção, veio como a grande alegria e motivação para a família. Ela simboliza a renovação.

Ao meu grande amor, Daniel Velloso, pelo estímulo, conhecimentos partilhados, debates incessantes sobre gênero e Direito, muitos inflamados, ou engraçados, mas sempre com retorno positivo. Compartilhamos sonhos similares e erguemos as mãos um para o outro, numa demonstração de companheirismo jamais vivenciada. A você, meu Anjo, agradeço pela colaboração teórica, pelo carinho e amor sempre presentes.

Aos meus sogros queridíssimos, por me acolherem com tanto carinho e se colocarem sempre disponíveis para mim. Vocês moram em meu coração.

Ao PPGNEIM, por abrir meus horizontes teóricos através do diálogo interdisciplinar. Decerto, hoje vivencio uma maturidade teórica e reflexiva inexistentes antes de conhecer

vocês. Aproveito a oportunidade para registrar minha admiração por Ana Alice e Márcia Macêdo, que coordenaram o curso durante minha trajetória, com pulsos de ferro e numa luta pelo que acreditavam.

À professora Gabriela Hita, pelo tempo que passamos juntas e pelo aprendizado teórico e metodológico que me transmitiu. Registro meu respeito e agradecimentos.

E, como não poderia deixar de ser, agradeço a minha orientadora, Ângela Freire, que, com um carinho maternal me acolheu como orientadora, demonstrando sua generosidade e comprometimento com o saber. Não tenho palavras para externar o meu “obrigada”, pois, próximo ao fim do prazo de defesa, recebeu-me de braços abertos e me permitiu conhecer alguém com quem tive total harmonia na execução do meu trabalho. Sua competência e presteza são admiráveis. Desejo continuar com essa parceria nas próximas etapas de produção acadêmica.

Agradeço, ainda, à professora Márcia Tavares, que, com suas colocações dóceis, mas eivadas de grande saber, me ajudou com os debates em torno das concepções de gênero. Agradeço a colaboração técnica e materiais para estudo.

Ressalto, ainda, meu respeito e agradecimento à professora Cássia Carneiro, com quem criei uma relação de amizade num primeiro encontro por telefone. Ao me deparar com as referências de seus *lattes*, persegui seus contatos com o intento de que compusesse minha banca de qualificação e de defesa e a encontrei! Em meio às intempéries da vida, a professora Cássia demonstrou uma empatia e compromisso com a produção acadêmica e moveu “céus e terra” para estar presente ao meu lado. Agradeço a dedicação e seu empenho, além do material disponibilizado para estudo.

Enfim, agradeço a todos os amigos e amigas que estiveram ao meu lado incentivando a execução deste mestrado.

“Mais do que reconhecer a generalidade de um fenômeno, é preciso compreender as condições sociais de sua existência”.

(Irène Théry, 2001)

RESUMO

O presente trabalho tem por fito realizar uma análise comparativa da evolução das disposições normativas que tratam da mulher, no direito de família. Para tanto, parti dos elementos integrantes da teoria tridimensional do direito que tem por enfoque a compreensão do direito como resultado do fato, valor e norma. Deste modo, iniciei a discussão partindo das lutas feministas e de sua relevância social e política para um novo posicionamento da mulher na sociedade. O debate em torno da perspectiva patriarcal também é de crucial importância para a análise comparativa realizada *a posteriori*. O direito enquanto construção social também compõe a estrutura teórica para o exame do direito no contexto da contemporaneidade. Após essas ponderações teóricas, passei à comparação das disposições normativas da codificação de 1916 até a de 2002, que tratavam das mulheres no âmbito do direito de família. Para tanto, a epistemologia feminista foi utilizada como metodologia fulcral para admitir minha participação consciente na produção científica, em uma perspectiva crítica do conhecimento.

Palavras-chave: Mulheres. Feminismos. Gênero. Direito de Família. Legislação.

ABSTRACT

The aim of this paper is to perform a comparative analysis of the evolution of the regulatory provisions that treat women in family law. Therefore, the parti-dimensional integral elements of the theory of law that is focused on the understanding of law as a result of fact, value and norm. Thus began the discussion starting from the feminist struggles and their social and political relevance to a new position of women in society. The debate around the patriarchal perspective is also of crucial importance for comparative analysis performed retrospectively. The right social construction while also composing the theoretical framework for the examination of the law in the context of post modernity. After these theoretical considerations, I compare the regulatory provisions of the codification of 1916 to 2002, who treated women under family law. Therefore, feminist epistemology and methodology used was central to admit my conscious participation in scientific production, a critical perspective of knowledge.

Keywords: Women, Feminisms, Gender, Family Law, Legislation.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Quadro Ilustrativo: Direito da Família no Código Civil de 1916	82
Figura 2	Quadro Ilustrativo: Direito da Família no Código Civil de 2002	83
Figura 3	Quadro comparativo: direitos e deveres dos cônjuges no Código Civil de 1916	96
Figura 4	Quadro comparativo: direitos da mulher no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 248	119
Figura 5	Quadro comparativo: direitos do marido no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 233	120
Figura 6	Quadro comparativo: direitos da mulher de exercer uma profissão, no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 246	121
Figura 7	Quadro comparativo: proteção aos filhos no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 326	122
Figura 8	Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 380	123
Figura 9	Quadro comparativo: regime de bens no casamento no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Arts. 195 e 258	125
Figura 10	Quadro comparativo: direito da mulher no casamento no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 e Lei nº 6.515 de 1977 – Art. 240	126
Figura 11	Quadro comparativo: direito dos cônjuges no casamento no Código Civil de 1916 (Art. 183) e Código Civil de 2002– Art. 1.517	147
Figura 12	Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916 (Art. 380) e Código Civil de 2002 (Art. 1.631)	148
Figura 13	Quadro comparativo: direito da mulher no casamento no Código Civil de 1916, nas Leis nº 4.121/1962 e nº 6.515/1977 (Art. 240) e no Código Civil de 2002 (Art. 1.565)	151
Figura 14	Quadro comparativo: impedimentos matrimoniais no Código Civil de 1916 (Art. 183) e Código Civil de 2002 (Art. 1.521)	152
Figura 15	Quadro comparativo: divórcio na Lei nº 6.515/77 (Art. 25), na Constituição Federal de 1988 (Art. 226), na Lei nº 8408/92 (Art. 25), Código Civil de 2002 (Art. 1580) e na Emenda Constitucional nº 66/2010 (Art. 226)	158
Figura 16	Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916, na Lei nº 4.121/1962 (Art. 380), e no Código Civil de 2002 (Art. 1.631)	169
Figura 17	Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916 (Art. 379), e no Código Civil de 2002 (Art. 1.630)	170

LISTA DE SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CB/34	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil
CC/16	Código Civil de 1916
CC/02	Código Civil de 2002
CECF	Conselho Estadual da Condição Feminina
CF/37	Constituição Federal de 1937
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNDM	Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres
EC	Emenda Constitucional
FBPF	Federação Brasileira para o Progresso Feminino
FMB	Federação de Mulheres do Brasil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONGs	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PAISM	Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
RA	reprodução assistida
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CONSIDERAÇÕES GERAIS	15
ABORDAGEM TEÓRICO-METODOLÓGICA	18
ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO	21
1 A LUTA FEMINISTA: EM BUSCA DE UM NOVO LUGAR DAS MULHERES	24
1.1 BREVE HISTÓRICO DA LUTA DAS MULHERES NO BRASIL	24
1.1.1 A questão na invisibilidade das mulheres na história: um debate	24
1.1.2 A história das lutas feministas e o alcance de um novo posicionamento das mulheres na sociedade brasileira	30
1.2 SEXO <i>VERSUS</i> GÊNERO: PARTINDO DE UMA CONCEPÇÃO CONSTRUTIVISTA	40
1.3 O PATRIARCADO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO DA FAMÍLIA	44
1.3.1 Maternidade e reprodução enquanto finalidades precípua da dita natureza das mulheres: em busca da desconstrução	46
1.3.2 Uma reflexão em torno das relações de poder à luz da teoria do patriarcado e convenções de gênero	50
2 A FORMAÇÃO DO DIREITO E OS ANSEIOS FÁTICOS-AXIOLÓGICOS	58
2.1 CONCEITO DE DIREITO: O DIREITO COMO CONSTRUÇÃO HUMANA	58
2.2 FATO, VALOR E NORMA: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO E SUA TRIDIMENSIONALIDADE	66
2.3 O DIREITO NA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA: DAS LIMITAÇÕES LEGISLATIVAS À REFLEXÃO DA LIQUIDEZ NORMATIVA	71
2.4 DIREITO DE FAMÍLIA E SEU ÂMBITO DE APLICAÇÃO	78
3 NORMA JURÍDICA E POSICIONAMENTO DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA	84
3.1 A MULHER NO CONTEXTO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916	84
3.1.1 O casamento: a única opção legítima e seus desdobramentos	84
3.1.2 Regime de bens: o dote e a (des)valorização da mulher na relação patrimonial-familiar	101
3.1.3 Desquite e culpa: a perda do nome x direito da personalidade	106
3.1.4 Da proteção dos filhos e da filiação: a ilegitimidade da norma pela ilegitimidade dos filhos	110
3.1.5 O pátrio poder: a mulher como coadjuvante	113

3.2	UM PASSO ADIANTE: ESTATUTO DA MULHER CASADA E LEI DO DIVÓRCIO	117
4	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UM ENFOQUE NO DIREITO DE FAMÍLIA	129
4.1	A ABERTURA PRINCIPIOLÓGICA: UM CAMINHO PARA NOVAS MUDANÇAS	134
4.2	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONDIÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL: UMA CRÍTICA FEMINISTA	140
4.3	O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA	143
4.3.1	Casamento e União Estável: uma perspectiva plural e limitada na constituição da família e seus desdobramentos	144
4.3.2	Regime de Bens e a paridade entre os cônjuges	156
4.3.3	Divórcio e a reciprocidade de consequências	157
4.3.4	Da proteção dos filhos e da filiação: a ausência de adjetivação e a legitimidade da norma	158
4.3.5	Do Pátrio Poder ao Poder Familiar: a equiparação da mulher	169
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	171
	REFERÊNCIAS	176

INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao longo da história social das mulheres é possível verificar a relação de subordinação perpetrada durante séculos, associada ao papel reprodutivo e sexual que, socialmente, era considerado como inerente à dita natureza feminina. Assim, é inevitável a relação entre a influência do patriarcado e a construção de papéis sociais, reconhecendo-o como fonte primária da delimitação daquilo que se pode atribuir como institucionalização das funções de homens e mulheres na sociedade. A partir de uma concepção dos fatos e valores, é possível compreender o surgimento e a eficácia de normas jurídicas que nada mais representam senão a legitimação do que se define socialmente como comportamento adequado para as mulheres e para os homens.

Nesse contexto, a concepção de família é historicamente atrelada à pré-existência do casamento, condicionando o afastamento de tudo aquilo que possa abalar as estruturas desta instituição, considerada essencial e única. Interessante, aqui, pontuar o pensamento do jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama que, em seu título *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, afirma:

Ao déspota familiar – o marido e pai – eram reservados poderes com natureza quase absoluta – poder marital e pátrio poder – sobre as pessoas dos outros integrantes sem que a sociedade civil e o Estado pudessem interferir a não ser para tutelar fundamentalmente os interesses do poderoso, o que gerava o maior número de abusos e vilipêndios aos direitos e aos interesses dos filhos e da esposa. (2008, p. 126).

É possível extrair, a partir da citação acima, que o poder estatal era limitado e, quando autorizado a intervir nas relações privadas, especialmente no âmbito familiar, era para proteger os interesses do marido e pai, consubstanciados, portanto, na figura masculina. O contexto das mulheres, no início do século XX, quando foram editadas leis que as colocavam em uma evidente situação de subordinação, era limitado ao âmbito privado, ou seja, aos cuidados com a casa, filhos, marido, entre outras atividades que não ultrapassavam o âmbito doméstico.

Contudo, os fatos sociais não se mantêm estáticos: acompanham os avanços sociais, econômicos, culturais e tecnológicos e se modificam, criando, a partir de uma nova conjuntura que estabelece novos valores, a necessidade de reeditar ou adequar as normas que

disciplinam e limitam as condutas sociais. Neste sentido, é notória a busca e, em muitos casos, a conquista da independência financeira das mulheres, ao longo de muitos anos, dadas as mudanças ocorridas. Assim, também os casamentos deixam de ser o foco para a formação de estruturas familiares e o amparo à procriação. As mulheres recepcionam uma verdadeira liberdade que lhes permite não só garantir por conta própria o seu sustento, como o serem “senhoras” do seu caminho. Deste modo, passam a buscar seus sonhos e objetivos, de acordo com seus desejos. Não há mais nada que as obrigue a casar para terem uma família ou, até mesmo, para serem mães e legitimarem seu suposto papel na sociedade.

As lutas protagonizadas pelos movimentos sociais¹ para a emancipação feminina alcançaram grandes conquistas e, dentre elas, a possibilidade de compreensão da mulher enquanto pessoa inserida na realidade familiar e não mais da família como meio para justificar a sua inserção social.

A invisibilidade da mulher na história se refletiu na ausência de previsões legais que tutelassem seus direitos, durante muitos anos. Esta realidade era reproduzida no Brasil, de modo que, somente quando a Constituição Federal de 1988 (CF/88) entrou em vigor, houve uma real mudança de paradigmas. Antes disto, vigoraram seis Constituições e o Código Civil de 1916 (CC/16), com conteúdos que, eminentemente, traduziam a sujeição das mulheres à vontade do homem: enquanto solteira, de seu pai, após o casamento, de seu marido.

A ausência de direitos, como a capacidade jurídica para atos da vida civil e o voto, prevaleceu durante longos anos de subjugação das mulheres que, até mesmo para exercerem uma profissão, quando casadas, necessitavam da autorização do seu marido. Tudo isto era fruto de sua invisibilidade enquanto sujeito histórico, enquanto ator, ou melhor, atriz social. Neste sentido, o legislador civil de 1916 reproduziu o perfil da família “[...] matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual [...]” (DIAS, 2009, p. 42).

A sociedade contemporânea, contudo, foi moldada a partir de diferentes pressões exercidas por diversos movimentos sociais, dentre os quais se destacou o movimento feminista, que contribuíram, marcadamente, para que as mulheres se afirmassem como sujeitos históricos, ampliando o conceito de dignidade humana para além do homem branco, ocidental e de classes sociais privilegiadas.

Um intenso movimento legislativo foi essencial para acompanhar a realidade sociojurídica e para consagrar e efetivar os valores recepcionados pela CF/88, especialmente o respeito à dignidade da pessoa humana. Legitimar a igualdade é essencial para se alcançar a

¹ Como ocorreu no movimento sufragista, na luta pela igualdade de gênero, ostentada, especial e diretamente, na Constituinte, através do conhecido “lobby do batom”.

observância da dignidade da pessoa humana enquanto preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, inciso III da Carta Magna.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, em seguida, do Código Civil de 2002 (CC/02), verifica-se um esforço do legislador em suplantar a situação de subjugação da mulher e em melhor contemplá-la no ordenamento jurídico brasileiro enquanto sujeito de direitos e obrigações sem qualquer discriminação de gênero. Mas será que este intento foi alcançado?

Em uma análise preliminar, é possível identificar que valores patriarcais atravessaram os tempos e deixaram suas marcas ainda na atualidade, a despeito das conquistas sociais e dos dispositivos legais que postulam a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Tais discriminações são uma forma de violência de gênero e de violação dos direitos humanos das mulheres (NARVAZ; KOLLER, 2006, p. 49).

Como já salientado, a CF/88 causou uma revolução nas relações familiares. Segundo seus próprios mentores, o intento era instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. No entanto, apesar de todo o empenho de movimentos sociais e feministas em garantir uma sociedade efetivamente democrática que sublimasse a dignidade da pessoa humana enquanto preceito fundamental, verifica-se reminiscências de modelos patriarcais que ainda persistem, inclusive na legislação em vigor. Deste modo, considerando o olhar diferenciado que a perspectiva de gênero permite para contemplar estas assimetrias a que se pode chamar de violência de gênero, pode-se concluir pela necessidade e relevância de movimentos que possam instrumentalizar a real conquista de uma igualdade que não seja meramente formal, mas substancial, na medida em que é necessário observar as diferenças para alcançar a digna isonomia.

Assim, resta clara a contribuição do presente estudo, tendo em vista que este se propõe a analisar a condição jurídica da mulher no contexto familiar da atualidade, a partir de uma análise histórico-normativa e, por fim, ponderar se, de fato, a tão almejada igualdade jurídica foi alcançada após anos de subjugação, colocando em foco as relações familiares e, por consequência, o exercício da liberdade reprodutiva. Ressalte-se que sou professora de direito e militante na advocacia, em ambos, tendo como área de atuação o direito de família, e convicta de que uma perspectiva feminista é de crucial relevância para o exercício da análise crítica a que se propõe este estudo.

Diante de tantas transformações culturais e sociais, fruto de lutas de classes e feministas, como a inserção das mulheres no mercado de trabalho, o maior acesso à educação, a disseminação do feminismo nas classes menos favorecidas, o alcance de uma igualdade jurídica, através da Constituição Federal de 1988, entre outras tantas, tornou-se inevitável que o Direito fosse remodelado e se adequasse à realidade do momento histórico.

É neste contexto que se insere este estudo cujo objetivo geral está pautado na análise das mudanças nas disposições normativas, do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002, quanto às mulheres, no âmbito das concepções de família. Os objetivos específicos se desmembram em três. O primeiro tem por fito identificar as principais disposições normativas presentes no CC/16, nas legislações que o sucederam e no CC/02, que tratam do direito de família. Após este momento, objetiva-se seguir em duas análises, inicialmente, buscando verificar em que termos são tutelados os direitos da mulher e o exercício de sua liberdade reprodutiva nos códigos estudados e, no segundo momento, examinar, em uma perspectiva de gênero, as disposições positivadas entre os diplomas de direito civil de 1916 a 2002, destacando possíveis avanços na norma e o alcance da igualdade de gênero.

A análise normativa das leis que disciplinam as relações civis, em especial no campo do direito de família, a fim de verificar as mudanças ocorridas a partir do primeiro Código que disciplinava estas relações nos idos de 1916, e a comparação com a legislação em vigor na atualidade, destacando as relações do direito da família e, por consequência, o exercício da liberdade reprodutiva permitem uma compreensão dos contextos históricos os quais se consubstanciam em fatos e valores que vigoraram e vigoram nestes dois momentos.

Investigar o alcance da dita igualdade de gêneros, que é contemplada na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, através das normas positivadas do direito civil atualmente em vigor é o foco de um dos objetivos acima transcritos. Com isto, será possível conceber o lugar que a mulher ocupa na família, na perspectiva das normas que tratam do exercício da liberdade reprodutiva, levando-se em conta que a Carta Magna contempla, como preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, colocando cada indivíduo como centro da proteção legal.

ABORDAGEM TEÓRICO-METODOLÓGICA

A construção de um estudo acadêmico exige a sua contextualização em um determinado campo epistemológico. Considerando as características e os objetivos deste estudo, elegeu-se uma teoria do conhecimento em que os sujeitos são entendidos como seres

imersos em redes complexas de relações de gênero, raça, etnia, classe, entre outras, a partir das quais são construídas suas identidades. Deste modo, não há espaço para concepções dualistas, que separam nitidamente o universal do particular, a cultura da natureza, a mente do corpo e a razão da emoção, com julgamentos hierárquicos de valor para os polos opostos, concepções que, historicamente, sustentam relações de dominação, opressão e exploração. Neste sentido, situa-se este estudo no campo das Epistemologias Feministas, mais precisamente na Epistemologia do Ponto de Vista (*Standpoint Epistemology*) ou perspectivista, uma abordagem proposta por Sandra Harding (1996), entre outras, que tem como fonte de inspiração a epistemologia marxista, logo, uma estratégia epistemológica reconhecidamente politizada.

Com isso, ao longo deste trabalho, o processo de construção do conhecimento requer uma abordagem interdisciplinar, pois a análise a partir de um ponto de vista meramente jurídico não contempla a profundidade do debate que aqui se deseja construir. A análise aqui proposta pretende ir além de exames meramente normativos e, assim, necessita se embasar em referenciais teóricos que se situam no campo da História, Sociologia, Filosofia, entre outros. Deste modo, com o diálogo entre fontes de ciências afins, acredita-se que os objetivos e a conclusão deste projeto serão alcançados com maior êxito.

Reconhecer, portanto, o meu lugar enquanto pesquisadora, advogada, professora de direito de família e feminista é essencial para entender que este trabalho, como já dito anteriormente, se pauta em uma teoria feminista perspectivista produzida por Sandra Harding (1996) e por Donna Haraway (1995) que considera a produção do conhecimento científico a partir do ponto de vista de quem o produz.

Desse modo, a subjetividade compõe o trabalho. Porém, não se trata aqui de reproduzir “achismos” a partir de uma perspectiva parcial, mas de considerar que o sujeito que investiga tem um “olhar” contextualizado, sem generalismos e verdades universais. Trata-se, assim, de uma participação consciente na produção científica, em uma perspectiva crítica do conhecimento.

Do ponto de vista metodológico, o estudo se caracteriza como uma pesquisa qualitativa com abordagem comparativa. Segundo Augusto Triviños (1987), a pesquisa qualitativa permite analisar os aspectos implícitos no desenvolvimento das práticas organizacionais e, para Maria Cecília Minayo (1992, p. 10), é aquela capaz de incorporar a questão do significado e da intencionalidade como inerente aos atos, às relações e às estruturas sociais, sendo estas últimas tomadas tanto no seu advento quanto na sua transformação, como construções humanas significativas. Por sua vez, a abordagem

comparativa, no entendimento de Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi (1991), permite analisar dados concretos, deduzindo dos mesmos os elementos constantes, abstratos e gerais. Esta abordagem, segundo Antonio Carlos Gil (1994), muito utilizada em pesquisas no campo das Ciências Sociais e que consiste em levantar dados e informações embasados em bibliografia especializada sobre conceitos teóricos e em documentos que relatam um caso específico permite o destaque de diferenças e semelhanças.

A aplicação deste método comparativo terá como foco o Código Civil de 1916 e o de 2002, com maior destaque para o livro destinado ao Direito de Família, a fim de identificar as disposições que tratam das mulheres e a forma pela qual o legislador regulamentou seus direitos bem como o exercício da liberdade reprodutiva, destacando possíveis avanços na norma para o alcance da igualdade de gênero.

A análise e a interpretação dos textos em foco serão feitas utilizando-se elementos da Análise Crítica de Discurso, com o aporte teórico de Eni Orlandi (2010), que tem como objetivo romper as estruturas linguísticas de modo que os aspectos presentes entre a língua e o discurso sejam evidenciados ou descortinados. Assim, serão consideradas as condições de produção destes discursos e, portanto, as implicações do meio sociocultural nestas construções.

A análise de discurso [...] não trata da língua, não trata da gramática, embora todas essas coisas lhe interessem. Ela trata do discurso. E a palavra do discurso, etimologicamente, tem em si a ideia de curso, de percurso, de correr por, de movimento. O discurso é assim palavra em movimento, prática de linguagem: como o estudo do discurso observa-se o homem [e mulher] falando. (ORLANDI, 2010, p. 15).

Assim, partindo das disposições normativas dos códigos civis de 1916 e 2002, que figuram como fontes de pesquisa precípuas, o presente projeto se propõe, ainda, a realizar uma análise de discurso das referidas fontes, tendo em vista a possibilidade de compreender o tratamento conferido às mulheres pelos referidos diplomas, a partir de um discurso sutil de dominação.

O homem é, por excelência, um animal simbólico e, conforme leciona Pierre Bourdieu (2000), o Direito é uma das principais formas de vislumbrar o poder simbólico², vez

² “O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o *conformismo lógico*, quer dizer, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências’. Durkheim – ou, depois dele, Radcliffe-Brown, que faz assentar a ‘solidariedade social’ no facto de participar

que condiciona a sociedade, de acordo com os interesses da classe dominante³ sem deixar transparecer que existe alguma arbitrariedade, fazendo com que as pessoas obedeçam aos comandos sem maiores questionamentos.

A partir daí, o que está por trás da norma, especificamente, é o que se pretende investigar, na medida em que o caminho da previsão normativa em torno da mulher perpassou a inexistência de disposições que tutelassem seus direitos, a parca normatização que colocava as mulheres em um contexto de assujeitamento à figura masculina e a busca por uma igualdade de gênero, que já se encontra expressamente positivada na Constituição Federal de 1988; contudo, a análise das disposições do Código Civil de 2002 permitirá investigar se esta igualdade foi contemplada também neste diploma normativo.

ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

Como este trabalho correlaciona a história das mulheres e suas lutas e conquistas normativas, é inevitável iniciar a abordagem através da demonstração histórica da luta dos movimentos de mulheres, em especial, do feminismo, do reflexo da invisibilidade da mulher em sua história e do status até então alcançado após anos de embates contra a opressão. Ao tratar da opressão, a análise de gênero e seu “desenlace” e “reenlace” com o sexo também é fonte de análise.

num sistema simbólico – tem o mérito de designar explicitamente a *função social* (no sentido do estruturo-funcionalismo) do simbolismo, autêntica função política que não se reduz à função de comunicação dos estruturalistas. Os símbolos são os instrumentos por excelência da ‘integração social’: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação, eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração ‘lógica’ é a condição da integração ‘moral’ [...].

É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os ‘sistemas simbólicos’ cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre a outra (violência simbólica) dando o reforço de sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a domesticação dos dominados” (BOURDIEU, 2000, p. 9-10; 11).

³ “A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominantes; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Este efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante” (BOURDIEU, 2000, p. 10-11).

Por fim, tratar das concepções de gênero envolve uma abordagem em torno do patriarcado, especialmente porque o foco deste trabalho está centrado no livro de direito de família dos códigos civis de 1916 e 2002 e legislações correlatas, tendo em vista que romper com a ideia de maternidade e reprodução enquanto finalidades precípua da dita natureza feminina é essencial para a compreensão das disposições legais que colocaram as mulheres em um patamar de subalternidade à figura masculina, destituindo-as do acesso ao âmbito público e restringindo-as à esfera privada, doméstica.

O Capítulo 2 terá um enfoque jurídico, dada a necessidade de aclarar algumas teorias nas quais pretendo fincar minha dogmática. Com isto, entendo que será respeitada a interdisciplinaridade, na medida em que desejo contemplar leitores de diversas áreas com este trabalho, evitando as dúvidas e a linguagem restritas ao universo jurídico. Deste modo, o capítulo será iniciado com uma abordagem do Direito enquanto construção humana, seguido da apresentação da Teoria Tridimensional do Direito na qual fato, valor e normas são elementos estruturantes. Posteriormente, pretendo realizar uma abordagem do Direito na perspectiva pós-moderna, dissertando acerca das limitações que o positivismo apresentava e do reconhecimento da relevância de outras fontes normativas, além da lei. Por fim, considerando que o enfoque do trabalho se concentra no direito de família, entendo prudente tecer considerações em torno das abordagens peculiares a este ramo do Direito.

Os Capítulos 3 e 4 representam o “coração desta dissertação”, na medida em que neles se concentram a comparação das disposições normativas que tratavam da mulher no livro de Direito de Família do Código Civil de 1916, as legislações que o sucederam e o Código Civil de 2002, atualmente vigente. Para tanto, os tópicos foram construídos na tentativa de traçar um paralelo, a partir das seguintes temáticas: formas de família reconhecidas na lei, os regimes de bens, dissolução das uniões, proteção de filhos e filiação e o exercício do poder familiar, antes concebido como pátrio poder. Estas abordagens, resguardadas as peculiaridades do enfoque de cada um dos códigos serão o cerne da comparação. Contudo, ao passar da análise do Código Civil de 1916, apresentarei dois tópicos que entendo de grande relevância para a compreensão das normas contidas no Código Civil de 2002, quais sejam: a apresentação das alterações normativas do Código Civil de 1916, pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/1962 e pela Lei do Divórcio, nº 6.515/1977, as mudanças trazidas pela CF/88 e seus reflexos no âmbito do direito de família, através do fenômeno conhecido como constitucionalização do direito civil. Por fim, mas ainda neste capítulo, tentarei resgatar as relações de poder exercidas por meio da norma tendo como base o discurso jurídico contido nos diplomas acima apontados.

Nas Considerações Finais, almejo responder ao questionamento que leva o título do meu trabalho, qual seja “O que está por trás da norma?”, após um árduo trabalho de comparação entre os códigos civis de 1916 e de 2002, passando por legislações editadas neste ínterim e pela reflexão a partir de elementos da análise do discurso, a fim de, finalmente, concluir se as mudanças normativas realmente representaram avanços ou retrocessos na proteção às mulheres no âmbito do direito de família.

1 A LUTA FEMINISTA: EM BUSCA DE UM NOVO LUGAR DAS MULHERES

1.1 BREVE HISTÓRICO DA LUTA DAS MULHERES NO BRASIL

1.1.1 A questão na invisibilidade das mulheres na história: um debate

Este estudo tem por foco uma análise dos avanços das disposições normativas acerca do tratamento destinado às mulheres no âmbito das concepções de família e liberdade reprodutiva. Partindo deste enfoque atrelado à ideia de que o direito nasce a partir de uma realidade social, reconhece-se a necessidade de invocar a teoria da tridimensionalidade do direito que considera como elementos essenciais desta ciência a correlação entre fato, valor e norma⁴. Nesta perspectiva, torna-se essencial, aqui, tecer uma análise acerca da questão da invisibilidade das mulheres na história, visto ser este um dos pontos analíticos para uma melhor compreensão do reflexo fático-social desta invisibilidade na norma jurídica brasileira, a partir do século XX.

Primeiramente, insta sinalizar que construir a história das mulheres e lhe dar visibilidade repercute no fortalecimento das próprias mulheres. Contudo, o que se verificará é que a invisibilidade da história das mulheres perdurou durante muito tempo e esta ausência ou sua sutil presença em relatos históricos retratava a colocação das mulheres à margem das questões sociais, políticas e econômicas. No entanto, há que se ter em mente que, ao falar em história das mulheres não se busca isolá-la em uma análise afastada do contexto, mas realizar um estudo a partir das relações de gênero. Joan Scott arremata este entendimento, após densa pesquisa acerca da integração da história das mulheres à história propriamente dita, rechaçando a tentativa frustrada de alguns historiadores que objetivavam escrever a história das mulheres de modo apartado, ao elucidar que:

Os próprios historiadores das mulheres acharam difícil inscrever as mulheres na história e a tarefa de reescrever a história exigia reconceituações que eles não estavam inicialmente preparados ou treinados a realizar. Era necessário um modo de pensar sobre a diferença e como sua construção definiria as relações entre os indivíduos e os grupos sociais. (SCOTT, 1992, p. 86).

⁴ A Teoria Tridimensional do Direito foi formulada pelo jurista Miguel Reale e se fundamenta em uma metodologia dialética pela qual, a partir de uma análise dos elementos tridimensionais – fato, valor e norma – é possível compreender a integralidade do fenômeno jurídico. Esta temática será debatida no Capítulo 2, oportunidade em que será apresentada a base teórica.

No entanto, merece destaque a problemática destacada por Michelle Perrot (1995, p. 9) quando questiona a viabilidade de escrever uma história feminina face à dificuldade quanto ao resgate das fontes, ou seja, de uma memória capaz de recuperar a construção desta história. Escrever uma história das mulheres é um empreendimento relativamente novo e revelador de uma profunda transformação: está vinculado estreitamente à concepção de que as mulheres têm uma história e não são apenas destinadas à reprodução, que elas são agentes históricos e dispõem de uma historicidade relativa às ações cotidianas, uma historicidade das relações entre os sexos. Nesta análise, Karen Offen (2009) defende que a historiografia das mulheres sempre existiu, mas, a partir do momento em que se admitiu a institucionalização da história, então, aquela desapareceu. Em contrapartida, Perrot (1995), como já dito, ressalta a ausência de fontes capazes de narrar a história das mulheres, apesar de não negar a sua existência, o que somente surgiu a partir de meados da década de 1970, de modo que, no melhor dizer de Offen, a partir deste momento, passou-se a se conceber a seguinte mudança: “‘*his-tory*’ *cambió a ‘her-tory*’”.

Para alguns teóricos, inclusive a própria Perrot, a questão da invisibilidade das mulheres, especialmente nos espaços públicos, está atrelada ao papel que elas exerciam na época, voltado para a família, a casa, os filhos. É interessante, aqui, trazer à baila o pensamento liberal, que tratava o espaço público e privado de maneira dicotômica, entendendo-se o primeiro enquanto exercício das atividades estatais e das instituições vinculadas, enfim, assuntos correlatos ao contexto político, ao passo que o privado se relacionava às atividades domésticas, familiares e sexuais, de cunho pessoal, apartando-se, assim, do político. Deste modo, colocando-se a mulher limitada ao âmbito privado, esta ficava à margem da esfera política. Ademais, o acesso à educação, em especial à leitura e escrita, também se deu de forma tardia o que, certamente, dificultou o registro de fontes capazes de relatar a história das mulheres. A partir do período posterior à Primeira Guerra Mundial é que se toma conhecimento do acesso das mulheres às universidades. Todos estes fatores colaboraram para que as mulheres não estivessem em uma situação de paridade econômico-social em relação aos homens, logo, ficassem à margem da sociedade figurando como meras coadjuvantes sociais de uma história eminentemente masculina.

Com a inserção das mulheres nas universidades e no mercado de trabalho, novos questionamentos passaram a ser formulados, especialmente no que concerne ao direcionamento da produção do conhecimento⁵. A partir destas reflexões, que

⁵ Passa-se a se questionar *por que e para quem* o conhecimento era produzido.

problematizaram os modelos considerados universais, hierarquizantes e pré-estabelecidos, as mulheres passaram a ser concebidas como parte integrante da história⁶.

No espaço aberto pelo recrutamento de mulheres, o feminismo logo apareceu para reivindicar mais recursos para as mulheres e para denunciar a persistência da desigualdade. As feministas na Academia declaravam que os preconceitos contra as mulheres não haviam desaparecido, ainda que elas tivessem credenciais acadêmicas ou profissionais, e se organizaram para exigir a totalidade de direitos aos quais suas qualificações presumivelmente as credenciavam. (SCOTT, 1992, p. 69).

Na análise de Joan Scott (1992), a história das mulheres necessariamente está vinculada ao movimento feminista. A atividade acadêmica, muitas vezes produzida por militantes feministas em torno do debate da igualdade de gênero, favoreceu a proliferação de ideias e a conscientização das mulheres enquanto sujeitos históricos⁷. Além disto, não se pode negar a grande colaboração dos movimentos feministas que, a partir da elaboração de suas teorias, tentaram romper com os modelos de conhecimento dominantes que não atentavam para a necessidade de refletir acerca da diferença.

Em outras palavras, atacam as feministas, os conceitos com que trabalham as Ciências Humanas são identitários e, portanto, excludentes. Pensa-se a partir de um conceito universal de homem, que remete ao branco-heterossexual-civilizado-do-Primeiro-Mundo, deixando-se de lado todos aqueles que escapam deste modelo de referência. Da mesma forma, as práticas masculinas são mais valorizadas e hierarquizadas em relação às femininas, o mundo privado sendo considerado de menor importância frente à esfera pública, no imaginário ocidental. (RAGO, 1998, p. 25).

É inegável, ainda, salientar que os movimentos feministas estão presentes mundialmente, porém, possuem peculiaridades a partir do *lôcus* em que são construídos, pensados e articulados⁸.

⁶ Há uma construção cultural da identidade feminina, que se evidencia no momento em que as mulheres entram em massa no mercado, em que ocupam profissões masculinas e em que a cultura e a linguagem se feminizam. As mulheres entram no espaço público e nos espaços do saber, transformando inevitavelmente estes campos, recolocando as questões, questionando, colocando novas questões, transformando radicalmente. (RAGO, 1998, p. 31).

⁷ Merece destaque a exemplificação do que Scott (1992) denomina de “preocupações contemporâneas da política feminista”, a saber: bem-estar, cuidado com os filhos e o direito ao aborto.

⁸ Ressalte-se, a despeito da grande relevância, a apresentação do contexto histórico acerca dos diferentes movimentos feministas que surgiram e suas repercussões no campo político, social e teórico. Como este não é o foco do presente trabalho, a autora se abstém de descrevê-lo.

O movimento feminista enquanto luta individual antecede os questionamentos acerca da mobilização da história suscitados por Perrot (1995). A Revolução Francesa representou um marco enquanto movimento de mobilização coletiva/articulação política, inclusive de mulheres, sem que tenha sido denominada luta feminista. Ao tratar do movimento feminista do Brasil, em uma perspectiva histórica e política, Costa (2005, p. 52) relembra que o feminismo enquanto movimento social é essencialmente moderno, que surgiu no contexto das ideias iluministas, dos ideais transformadores da Revolução Francesa e da Americana e se dissemina, inicialmente, na luta por direitos políticos e sociais.

No início do século XIX, a luta das mulheres ganha a denominação de feminismo, mas, desde a Revolução Francesa, a essência da mobilização já existia, porém, somente nas décadas de 30/40 do século XX, o movimento sufragista ganhou maior destaque na luta pelos direitos civis e políticos das mulheres e foi apenas na década de 60 que o movimento feminista se apresentou com o intuito de discutir relações de gênero. Inicia-se, assim, um movimento que se insurge contra o conhecimento “universal, neutro e objetivo”, face à concepção masculina com que o mesmo fora produzido, concebido e disseminado.

À medida que a Antropologia dispensou maior atenção à instituição da família, o que, por consequência, remete ao exercício dos muitos papéis desempenhados pelas mulheres, inevitavelmente, passa-se a concebê-las inseridas em uma dimensão histórica enquanto sujeitos integrantes desta construção. Além disto, o acesso à educação, em especial, às universidades, como já asseverado, também representou uma grande mola propulsora para a construção e o reconhecimento da história das mulheres.

A história das mulheres mudou. Em seus objetivos, em seus pontos de vista. Partiu de uma história do corpo e dos papéis desempenhados na vida privada para chegar a uma história das mulheres no espaço público da cidade, do trabalho, da política, da guerra, da criação. Partiu de uma história das mulheres vítimas para chegar a uma história das mulheres ativas, nas múltiplas interações que provocaram a mudança. Partiu de uma história das mulheres para tornar-se mais especificamente uma história de gênero, que insiste nas relações entre os sexos e integra a masculinidade. Alargou suas perspectivas espaciais, religiosas, culturais. (PERROT, 2007, p. 15-16).

Margareth Rago (1998), por sua vez, se posiciona, no sentido de incentivar uma produção acadêmica que analise os sujeitos, sem privilegiar quaisquer deles. Assim, somente os estudos de gênero contemplariam seu entendimento.

[...] as teóricas feministas propuseram não apenas que o sujeito deixasse de ser tomado como ponto de partida, mas que fosse considerado

dinamicamente como efeito das determinações culturais, inserido em um campo de complexas relações sociais, sexuais e étnicas. Portanto, em se considerando os ‘estudos da mulher’ esta não deveria ser pensada como uma essência biológica pré-determinada, anterior à História, mas como uma identidade social e culturalmente no jogo das relações sociais e sexuais, pelas práticas disciplinadoras e pelos discursos/saberes instituintes. Como se vê, a categoria do gênero encontrou aqui um terreno absolutamente favorável para ser abrigada, já que desnaturaliza as identidades sexuais e postula a dimensão relacional do movimento constitutivo das diferenças sexuais. (RAGO, 1998, p. 27).

Não se pretende aqui discorrer acerca da conceituação de gênero, vez que esta ainda se encontra em construção face à grande produção científica que o coloca numa perspectiva social em torno da assimetria masculino/feminino, ficando o sexo no âmbito biológico.

Merece destaque a reflexão apresentada por Scott, que revoluciona o conceito de gênero a partir de uma análise relacional e o coloca enquanto uma construção social imposta em um corpo sexuado, salientando sua representação nas relações de poder. Entende a autora que gênero merece o status de categoria de análise e o conceitua a partir de uma definição dividida em duas partes que, embora separadas analiticamente, estão correlacionadas. Para tanto, melhor aqui reproduzir suas próprias palavras que assim definem gênero:

O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre à mudança nas representações de poder, mas a direção da mudança não segue necessariamente um sentido único. Como elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre diferenças percebidas entre os sexos, o gênero implica quatro elementos relacionados entre si: primeiro – símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações múltiplas (frequentemente contraditórias) – Eva e Maria, como símbolo da mulher, por exemplo, na tradição cristã do Ocidente, mas também mitos da luz e da escuridão, da purificação e da poluição, da inocência e da corrupção. [...] Segundo – conceitos normativos que colocam em evidência interpretações do sentido dos símbolos que tentam limitar e conter as suas possibilidades metafóricas. Esses conceitos são expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e tipicamente tomam a forma de uma oposição binária que afirma de forma categórica e sem equívoco o sentido do masculino e do feminino. [...] Esse tipo de análise tem que incluir uma noção do político, tanto quanto uma referência às instituições e organizações sociais. Esse é o terceiro aspecto das relações de gênero. O quarto aspecto do gênero é a identidade subjetiva. Conferências estabelecem distribuições de poder (um controle ou um acesso diferencial aos recursos materiais e simbólicos, o gênero torna-se implicado na concepção e na construção do poder em si). (1992, p. 21).

A reflexão apresentada por Scott revoluciona a forma de pensar o gênero para além de uma simples concepção de construção social definidora do masculino/feminino, mas o eleva ao patamar de categoria analítica capaz de investigar as relações complexas entre os indivíduos. Daí porque, no segundo momento de sua conceituação, ela chama a atenção que as transformações nas relações sociais estão vinculadas às “mudanças nas representações de poder”.

A partir dessa análise, resta inegável a colaboração de Joan Scott em torno das produções científicas relacionadas à temática de gênero, assim como, também, a sua contribuição, na medida em que, ao conceber as relações de gênero ligadas às relações de poder em determinado contexto espacial e temporal, permitiu pensar-se as mulheres inseridas na história e reconhecê-las enquanto participantes das mudanças sociais, políticas, econômicas e, por óbvio, histórica.

Não se pretende, aqui, aduzir que esta definição de gênero seja o marco da participação das mulheres na história, vez que, neste trabalho, entende-se que as mulheres são sujeitos históricos, não obstante, por razões já explanadas, sua história não tenha sido incorporada à história social como deveria. O que se objetiva aqui é reconhecer que, através do novo modo de pensar a categoria de gênero, Scott “abriu os olhos” de estudiosos, que passaram a reconhecer a participação das mulheres na produção das relações e transformações sociais. É uma história descortinada que passa a ser vislumbrada sob olhares detidos e concentrados em ir além de uma visão androcêntrica.

Ainda sobre o conceito de gênero, merece destaque Heleieth Saffioti (2009), que não nega por inteiro a colaboração de fatores biológicos na construção das identidades de gênero e acrescenta a necessidade de se pensar gênero para além das diferenças entre masculino e feminino, vez que este feminino não poderia ser universalizador da categoria mulheres, havendo que se pensar a diferença dentro da diferença, portanto, enquanto categoria de análise.

Nesta busca conceitual de gênero, cite-se, ainda, Cecília Sardenberg (2007), Cláudia Costa (1998) e Adriana Piscitelli (2002) que problematizam a possibilidade de retorno à categoria mulher, por considerarem que a categoria de gênero deixou de ser central para a análise das mulheres. Ainda no mesmo argumento, aduzem que o conceito de gênero passou a ser adotado de maneira indiscriminada e que, por isto, deixou de lado o foco de pensar as diferenças. Passou-se a falar de gênero ao invés de mulher e mais, como gênero foi entendido como categoria relacional, passou a abarcar também o estudo sobre homens.

Enfim, o que se pretende aqui, ao apresentar a necessidade de entender as mulheres a partir da perspectiva de gênero, é conceber a importância de compreender a história das mulheres em uma perspectiva que não se limite a retratar esta história em um contexto afastado, mas a partir da participação delas em um contexto social que envolve todos os atores sociais e históricos.

É necessário, entretanto, valer-se da perspectiva de gênero para romper com uma história reproduzida a partir de discursos masculinizados e que, por sua vez, formulam conceitos universais que vigoravam e, por que não dizer, vigoram como hegemônicos, porém não retratam a participação feminina nesta construção social Segundo Gerda Lerner (1990, p. 330): *“una visión feminista del mundo permitirá que mujeres y hombres liberen sus mentes del pensamiento patriarcal y finalmente construyan un mundo libre de dominaciones y jerarquías, un mundo que sea verdaderamente humano”*.

Ao apropriar-se da história das mulheres enquanto história social, emergem as mulheres à condição de sujeito histórico e social de modo que a opressão vivenciada por elas estaria diretamente vinculada à falta de visibilidade histórica, isto porque, ao se ter acesso à história das mulheres, compreende-se as formulações universais e hierarquizantes que serviam como postulados para estabelecer o “lugar” das mulheres na sociedade. Assim, os novos questionamentos propostos pelo resgate da história feminina a partir da perspectiva de gênero enquanto construção social permitem conceber as relações de poder que imperam, daí porque é possível entender o enlace da história das mulheres com o campo político, social, cultural e econômico.

1.1.2 A história das lutas feministas e o alcance de um novo posicionamento das mulheres na sociedade brasileira

Como já foi abordado no tópico anterior, a separação da atuação das mulheres e do homem entre os espaços demarcados como privado e público, respectivamente, repercutiu na questão da invisibilidade. A cultura colocava as mulheres afastadas da esfera pública, que se vincula à própria ideia de cidadania, já que a luta pela conquista da cidadania representava a conquista da esfera pública, como defendido por Ana Alice Costa (1998, p. 51). Negava-se, assim, a capacitação das mulheres para participar da vida política, o que colaborou para a desvalorização das mulheres enquanto sujeitos históricos e agentes de mudança. (SCOTT, 1992, p. 48-49).

Essa dicotomia entre as esferas pública e privada, para muitas teóricas, está alicerçada na estrutura política e econômica da organização sexual da sociedade. Porém, para que se chegasse a esta conclusão, as teóricas feministas se valeram do pensamento marxista enquanto primeira abordagem acerca da questão da opressão das mulheres. Segundo Marx e Engels, a condição de subalternidade das mulheres era consequência do processo produtivo, que colocava o homem enquanto responsável pelo trabalho e acumulação de riquezas, ao passo que restringia as mulheres ao âmbito do doméstico, ao desenvolvimento de atividades que envolviam a procriação, o cuidado dos filhos, do marido e do lar. Todavia, embora tenha sido a mola propulsora para a reflexão da opressão feminina, o pensamento marxista recepcionou muitas críticas, especialmente porque vinculava a questão da dependência feminina como fruto de uma divisão classista do trabalho⁹, sem atentar para a questão da divisão sexual do trabalho no contexto familiar.

Notório, portanto, que o pensamento de Marx e Engels não somente apresentou uma reflexão acerca da opressão feminina como também sinalizou, em sua análise, questões históricas que, mais uma vez, corroboravam a concepção das mulheres na esfera privada.

Em momento posterior, iniciou-se um debate em torno do patriarcado¹⁰ no qual se destacaram, pelas primeiras produções, Kate Millet e Shulamith Firestone. Para estas teóricas, o patriarcado era concebido enquanto uma forma de dominação do homem em relação às mulheres. Firestone (1970) defendia que somente com a libertação das mulheres da função reprodutiva e maternal, por meio das tecnologias de reprodução, ou seja, meios de concepção desatrelados do corpo das mulheres, deixaria de existir a relação de subalternidade destas em relação aos homens.

Catharine MacKinnon (1989) segue esta mesma linha de pensamento, incorporando-se dentre as feministas radicais cujo discurso explicava a dominação do homem em relação às mulheres através do tripé casamento, família e divisão sexual do trabalho. É interessante, aqui, registrar que se insurgiram contra esta concepção algumas teóricas que negavam o patriarcado das feministas radicais por entenderem que estas tinham uma visão

⁹ Tendo por base que a questão da opressão feminina, para Marx e Engels, estava vinculada à propriedade privada e que a Revolução Socialista seria a solução para a libertação das mulheres. Tal posicionamento foi objeto de rechaço por muitas feministas por entenderem que este pensamento era limitado à problemática baseada nas relações de produção. Em função disto, por não contemplar questões importantes, as feministas buscaram outras concepções que pudessem ir além. Neste sentido, o próximo passo foi um debate em torno do patriarcado. (COSTA, A., 1998, p. 27-28).

¹⁰ O debate em torno do patriarcado será aprofundado no tópico 2.3 deste trabalho.

biologizada e não histórica¹¹. Ressalte-se que este tópico se destina à apresentação do contexto histórico acerca das lutas das mulheres, razão pela qual uma reflexão específica em torno do patriarcado será aqui realizada, porém *a posteriori*.

As denominadas teóricas do patriarcado apresentaram uma reflexão mais ampla que a perspectiva marxista, o que, decerto, representou mais um avanço em torno da construção e amadurecimento do pensamento feminista, embora elas também fossem alvo de muitas críticas pelo fato de se valerem de uma análise biológica para justificar a questão das desigualdades entre homens e mulheres.

Ao lado das feministas radicais estavam as feministas marxistas que tinham uma concepção para além do pensamento apresentado por Marx e Engels e consideravam o tema da subordinação das mulheres como atrelado a questões que não se limitavam apenas ao sistema de produção, mas vinculava esta subalternidade também à reprodução.

O papel de reprodutora converteu a mulher, no capitalismo, em complemento espiritual do papel do homem na produção. Na medida em que a maternidade se converteu em uma necessidade histórica da família e da reprodução da força de trabalho, a mulher ficou excluída da produção social. A função de mãe é como essência da vocação natural da mulher. No capitalismo, onde o trabalho constitui uma alienação na elaboração de um produto social que é confiscado pelo capital, a reprodução também adquire um aspecto também de exploração. (COSTA, A., 1998, p. 34).

Ao refletir sobre tal questão, Ana Alice Costa, acima citada, considerou a reflexão de Juliet Mitchell (1967), feminista socialista, que defendia enquanto estruturas-chaves da situação das mulheres, a produção, a reprodução, a sexualidade e a socialização das crianças que, combinadas, produziram a “unidade complexa” de sua opressão. Com isto, as feministas socialistas relacionam o patriarcado e a estrutura econômica, atrelando o primeiro à opressão – enquanto organização sexual do trabalho – e o segundo à exploração – com base no sistema de classes sociais.

Em uma perspectiva histórica, a Revolução Francesa se revela enquanto grande marco para os movimentos feministas. A bandeira da “liberdade, igualdade e fraternidade”, deflagrada ao longo deste processo histórico, proporcionou às mulheres uma consciência da necessidade de luta pelo exercício de sua cidadania; entretanto, muitas foram as barreiras e os embates para que alcançassem a cidadania política e civil.

¹¹ Gayle Rubin se encontra dentre as feministas que defendem o caráter histórico, que deve ser vinculado a sociedades específicas que vivenciavam esta estrutura de poder.

Embora seja de grande relevância toda a história e seus destaques em torno da luta das mulheres, o presente estudo terá por foco o período a partir do século XX, no Brasil, em razão da relevância dos marcos históricos dos movimentos feministas, neste contexto, que se associam a este estudo.

Ao longo da história do século XX, é possível identificar a participação das mulheres no cenário social, econômico e político no Brasil, ainda que, inicialmente, incipiente. Um grande marco foi a Proclamação da República, em 1889, seguida da edição da primeira Constituição Brasileira, em 1891. Na década de 20 do século XX, o movimento feminista se caracterizou pela luta do direito ao voto. Neste período, a divisão sexual do trabalho não se configurava como bandeira de luta, até porque o movimento era composto por mulheres de classe alta e média que traçavam seus ideais em torno da reafirmação de seus papéis de esposas e mães.

Rachel Soihet (2012), ao tratar do movimento de mulheres pela conquista do espaço público, traz um dado interessante ao revelar duas relevantes mulheres que se destacaram no período pós-promulgação da Constituição de 1891¹² na luta pelo exercício de seus direitos políticos: Myrthes de Campos, primeira advogada aceita na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Leolinda Daltro, professora com grande representatividade no movimento de mulheres, pela criação do Partido Republicano Feminino. Em contrapartida, há registro de que outras três mulheres teriam conquistado o seu direito ao voto, sob o mesmo argumento da omissão da Constituição de 1891: Alzira Vieira Ferreira Neto, que se formou em medicina, Cândida Maria dos Santos, professora e Clotilde Francisca de Oliveira (ALVES, 1980, p. 4).

A partir de 1918, outra feminista ganha destaque, Bertha Lutz, que iniciou a luta em favor da emancipação feminina e defendia, enquanto pilares deste movimento, o espírito de iniciativa, o exercício do trabalho e a educação. Bertha ganhou expressividade, em razão dos inúmeros movimentos em que esteve à frente, em especial, pela criação da Federação

¹² A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 previa em seu artigo 70 que: “São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. §1º – Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. §2º – São inelegíveis os cidadãos não alistáveis”. A partir dessas disposições verificase que não houve uma exclusão expressa das mulheres no que tange ao exercício de seu direito de votar e ser votada, sendo esta a lacuna a que se apegaram Myrthes Campos e Leolinda Daltro, ao tentarem o alistamento eleitoral, porém tiveram seus pleitos indeferidos. Inconformada, Leolinda Daltro se insurgiu através de diversos movimentos na luta política do voto das mulheres. (SOIHET, 2012, p. 219).

Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF), em 1922, que defendia veementemente o direito ao voto das mulheres, mas não deixava de lado outras questões como a luta por melhores condições de trabalho e a diminuição da jornada de trabalho. Muitos de seus ideais foram transformados em projetos e levados à Câmara, embora ela não tenha logrado êxito em nenhum deles. Importa registrar que o movimento feminista perpassa o campo legal, na necessidade de criar normas que legitimem e tutelem a mulher e, nesta perspectiva, a participação de Bertha Lutz merece destaque no que tange à edição de leis que disciplinaram o trabalho e a educação das mulheres.

Outras feministas, como Maria Lacerda de Moura, não compartilhavam o pensamento de Bertha Lutz, que tinha como bandeira o direito do voto das mulheres, por entenderem que a defesa das mulheres requeria outras prioridades como o debate em torno de questões que envolvessem sexualidade e corpo. Para esta vertente, a luta pelo direito ao voto atendia ao anseio de apenas uma parcela das mulheres que se situava no segmento médio da sociedade e isto não alteraria a estrutura social do país. (SOIHET, 2012, p. 222). Nathercia da Silveira, que fazia parte da FBPF, em função de seu posicionamento contrário ao governo cuja manifestação pública se deu em discurso proferido em uma manifestação da Aliança Liberal, abandonou a referida federação e criou a Aliança Nacional de Mulheres. Segundo Alves (1980, p. 122), este movimento, por debater questões que inquietavam mulheres de classes mais populares, ganhou mais força que a FBPF, chegando a acumular mais de três mil mulheres associadas.

Em 1922, após participar da Primeira Conferência Interamericana de Mulheres, em Baltimore, Bertha Lutz contou com o estreitamento da relação entre o feminismo brasileiro e o americano para elaborar o estatuto da FBPF. O movimento então ganhou força no âmbito nacional, inclusive após a realização do Primeiro Congresso Internacional Feminino, no Rio de Janeiro. Após a revolução de 1930, a luta sufragista feminina começou a alcançar vitórias e dez estados brasileiros passaram a admitir o alistamento eleitoral feminino¹³. No entanto, somente em 1932, com a edição de novo Código Eleitoral¹⁴, entrou em vigor o voto secreto e o voto feminino e, em 1934, esta disposição normativa foi

¹³ O primeiro desses Estados foi o Rio Grande do Norte que, em 1927, graças à atuação do senador Juvenal Lamartine, destacado como defensor da emancipação feminina no Congresso Nacional, ao candidatar-se ao Governo do Rio Grande do Norte, incorporou reivindicações femininas ao seu programa eleitoral. Eleito, interveio junto à Assembleia Legislativa que, na ocasião, discutia a reforma constitucional para a incorporação do voto para as mulheres nas eleições municipais e estaduais. Esse direito incorporou-se à Constituição do Rio Grande do Norte, vigorando, a partir de 25 de outubro de 1927. (COSTA, A., 1998, p. 94).

¹⁴ Decreto n° 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.

incorporada à Constituição, no artigo 108¹⁵. Aqui merece destaque outra disposição constante da CF/34 que previa a igualdade entre os indivíduos, destacando a vedação à distinção em razão do sexo, com a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, não haverá privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão própria ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou ideias políticas”. Saliente-se, ainda, que, em 1932, Bertha Lutz e Nathercia Silveira tiveram seu “lugar ao sol” ao serem convidadas para participar como membros da Comissão que elaborou a Constituição de 1934.

Não obstante o contexto político sofresse algumas mudanças que ora tornavam o movimento de mulheres mais tímido ora lhe davam força, o fato é que ele nunca deixou de existir. Em 1949, foi criada a Federação de Mulheres do Brasil (FMB) que tinha como bandeira a defesa das mulheres por uma sociedade que abolisse as classes sociais¹⁶, pois, assim, seriam extintas outras formas de opressão.

A consolidação dos direitos civis expressamente previstos na Constituição de 1934 serviu como incentivo para que novas inquietações surgissem e mobilizassem o movimento de mulheres em vista de novas conquistas.

Entretanto, como pessoas de sua época, as militantes dos movimentos de mulheres de até meados do século XX lutaram por aquilo que, acreditavam, tornaria a situação das mulheres menos desigual em relação à dos homens e, com isso, conseguiram reduzir parte do fosso que as distanciava da cidadania plena. Mesmo que hoje suas posturas possam ser alvo de críticas, o que fizeram já foi um avanço: as mulheres passaram a ser pensadas – para além dos papéis familiares – como pessoas com capacidades profissionais, intelectuais e com possibilidades de eleger representantes e de ocupar elas mesmas cargos públicos. Como previam acertadamente os opositores desses movimentos, as mulheres brasileiras nunca mais seriam as mesmas. (SOIHET, 2012, p. 234).

Ao longo da história, é possível identificar diversos registros e produções científicas que retratam a participação de mulheres no quadro político brasileiro através de candidaturas para diversos cargos do âmbito municipal, estadual e, até mesmo, federal.

¹⁵ Além de votar, as brasileiras casadas com estrangeiros adquiriram o direito de manter sua nacionalidade e transmiti-la aos filhos. Com relação ao trabalho, proibiu a diferença salarial para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. Determinou para os trabalhadores segurança econômica, direito ao lazer semanal e a férias anuais, além de liberdade de reunião e de associação. Permitiu ainda a participação dos trabalhadores no estabelecimento da legislação trabalhista e das condições de trabalho e assegurou-lhes conquistas de providência social. Reconheceu a maternidade como fonte de direitos, devendo ser amparada pelo Estado. Propôs que assuntos referentes à maternidade, infância, lar e trabalho feminino fossem tratados por mulheres habilitadas. (SOIHET, 2012, p. 228).

¹⁶ A FMB incorporou ideais de esquerda.

Porém, poucas foram as mulheres eleitas, podendo-se afirmar que a sua representatividade no cenário político chegava a ser inexpressivo¹⁷. Mas a luta não parou por aí. Após alcançar a cidadania política, além de outras vitórias de relevância como a declaração expressa na Constituição de 1934 da igualdade entre os sexos, as mulheres passaram a buscar novas conquistas.

Outro passo importante foi a busca pela plena capacidade civil¹⁸, o que foi alcançado com o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que extinguiu a incapacidade civil das mulheres, além de outras disposições que a colocavam em situação de crassa inferioridade em relação ao homem. Esta lei consentiu, ainda, na liberdade de exercício de profissão que, anteriormente, ficava condicionada à outorga marital.

A partir do final da década de 70 do século XX, o Brasil iniciou um momento de abertura política e o movimento feminista passou por reformulações, ampliando suas demandas para questionar a divisão sexual do trabalho. Grupos de mulheres e feministas se mobilizavam para discutir pautas de reivindicações e lutas, buscando-se formar uma consciência de luta e refletir sobre as candidatas que representariam o anseio das mulheres no cenário político. (COSTA, A., 1998, p. 113). Concomitantemente, o processo de industrialização e as políticas de consumo chegavam ao Brasil e mobilizavam a sociedade, em especial, as mulheres, que, cada vez mais, se faziam presentes no mercado de trabalho.

Nesse período, o Brasil e outros países latino-americanos eram dominados, na política, por regimes militares. Neste contexto, o movimento feminista, conhecido como feminismo da segunda onda, se caracterizou pela luta política das mulheres contra a ditadura. Além disto, em razão da modernização do país, da inserção de mulheres no mercado de trabalho e do seu maior acesso à educação, as bandeiras de luta do movimento ganharam nova roupagem e passaram a defender os direitos reprodutivos, combater a violência contra a mulher e a liberdade sexual. A luta contra a opressão das mulheres se entrelaçava ao da redemocratização. É possível constatar que o movimento feminista questionava a ordem social, política e econômica do país.

¹⁷ Este tópico pretende focar os principais marcos históricos do movimento feminista no cenário nacional, de modo que não compõe parte do estudo a análise minuciosa em cada uma das eleições da representatividade de mulheres e quem eram elas. Para tal enfoque, recomenda-se a leitura do livro *As donas no poder: mulheres e política na Bahia*, da autora Ana Alice de Alcântara Costa (1998), cuja referência completa se encontra nos referenciais bibliográficos deste trabalho.

¹⁸ Isto porque, o Código Civil de 1916, cuja vigência se iniciou em primeiro de janeiro de 1917, previa a incapacidade civil da mulher, além de inúmeros dispositivos que a colocava numa relação de subordinação em relação ao marido ou ao pai. É o que será abordado no capítulo 04, através de uma comparação entre os avanços normativos de 1916 a 2002.

Ressalte-se que a luta das mulheres contra a sua opressão estava presente no contexto internacional. Assim, dada a relevância e a presença social do movimento de mulheres, a Organização das Nações Unidas (ONU) decretou, no ano de 1975, o Ano Internacional da Mulher, com o fito de definir como estratégia global a desigualdade de gênero, através de plano de ação elaborado em Conferência, na cidade do México, no mesmo ano.

Voltando para o contexto brasileiro, a década de 80 trouxe grandes mudanças no movimento feminista, período que representou o resultado das lutas perpetradas na década anterior, em especial, no campo político. As mulheres ganharam status de eleitorado merecedor de programas e plataformas eleitorais específicos, o que demandou árduo trabalho de partidos políticos e candidatos que desejavam angariar seus votos. A partir deste momento, nota-se a concretização de lutas passadas, na medida em que se verifica a presença de mulheres na esfera política.

Em 1983, o governo de São Paulo, liderado pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), criou o primeiro Conselho Estadual da Condição Feminina (CECF), o que foi repetido em outros estados até chegar ao Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres (CNDM), que figurou como interlocutor das demandas dos movimentos de mulheres e feministas com o Estado. Graças à atuação direta de algumas feministas nas esferas de decisão e planejamento, logo o CNDM, de fato, se transformou em um organismo estatal responsável por elaborar e propor políticas especiais para as mulheres e, contrariando o temor de muitas feministas, se destacou na luta pelo fortalecimento e respeito à autonomia do movimento de mulheres, o que garantiu o reconhecimento de toda a sociedade (COSTA; SARDENBERG, 1994a, p. 106).

Outro momento histórico que merece destaque, após o período de vigência do regime militar, foram as eleições de 1986, pois, tanto o Congresso Nacional quanto as Assembleias Legislativas tinham a responsabilidade de elaborar uma nova Constituição Federal e novas constituições estaduais, respectivamente. (COSTA, A., 1998, p. 113).

Relata Ana Alice Costa (1998) que o CNDM associado ao movimento feminista autônomo e outras organizações do movimento de mulheres do país apresentou suas respectivas demandas através da campanha nacional “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”. Tratava-se do período da Assembleia Nacional Constituinte, momento de forte mobilização de mulheres que, através de encontros e assembleias por todo o país, consolidaram seus anseios através da “Carta das Mulheres à Assembleia Constituinte”, em busca de uma nova Constituição mais igualitária.

Nesse período, aumentou consideravelmente a presença de mulheres candidatas, mesmo porque o intento de muitos partidos políticos era atrair o voto das mulheres. Fato é que aquelas que compunham a bancada feminina, independentemente do segmento partidário, se uniram durante o período de edição da nova constituição e conseguiram aprovar grande parte das demandas dos movimentos das mulheres. Registre-se a relevância do movimento feminista neste período, que atuou, através do apelidado “*lobby do batom*”, com o intento de atender às demandas das mulheres. Esta foi uma estratégia de pressão política também utilizada pelo movimento sufragista, embora com menor expressividade.

Ana Alice Costa (2005, p. 64) ainda registra, em termos percentuais, que, através do *lobby do batom*, cerca de 80% das demandas do movimento feminista foram aprovadas. A atuação destas mulheres se deu diretamente no convencimento dos parlamentares. A novidade deste processo foi a atuação conjunta da chamada “bancada feminina”: atuando como um verdadeiro “bloco de gênero”, as deputadas constituintes, independentemente de sua filiação partidária e dos seus distintos matizes políticos, superando suas divergências ideológicas, apresentaram, em bloco, a maioria das propostas, de forma suprapartidária, garantindo, assim, a aprovação das demandas do movimento.

Esses fatos retratam com maior expressividade a inserção do movimento feminista no âmbito político, em busca de um novo posicionamento das mulheres na sociedade. O intento era agregar e legitimar as mulheres enquanto parcela da sociedade integrante do contexto político. As mulheres e suas demandas passaram a incorporar o universo político, alargando, assim, o exercício de uma democracia pautada na igualdade, como um de seus pilares. Após este momento, a Constituição Federal de 1988 compôs, com reverência, o rol de conquistas merecedoras de destaque, tendo em vista a previsão normativa que colocava as mulheres em igualdade jurídica em relação à figura masculina, em inúmeros dispositivos que serão apresentados oportunamente no Capítulo 4.

Após tantas vitórias e lutas de movimentos feministas e de mulheres, nota-se que cresce, a cada eleição, a representatividade das mulheres como integrantes do poder legislativo e, a cada passo, a conscientização da necessidade de buscar uma efetiva igualdade de gênero; contudo, persistem as dificuldades e ainda são muitos os obstáculos a transpor. Neste sentido, Ana Alice Costa assevera:

Paulatinamente, começa a crescer o número de mulheres no parlamento, o número de candidatas se amplia, mas as dificuldades de acesso às mulheres ainda são muitas, é necessário lutar contra a cultura patriarcal que determina às mulheres os espaços privados e, não as prepara para atuar no espaço

público, o qual é essencialmente masculino. É necessário romper as barreiras internas dos partidos, preocupados em garantir espaços para os seus antigos dirigentes, o boicote, o descrédito, a indiferença da militância, a falta de confiança do eleitorado condicionado por velhos preconceitos, as dificuldades financeiras que o alto custo das campanhas eleitorais proporciona e muitos outros obstáculos que atuam para manter as mulheres alijadas do poder público formal. (COSTA, 1998, p. 133).

A luta das mulheres por um novo status no contexto social, político e econômico, no cenário nacional, perpassou pelo alcance de direitos políticos e civis que culminou na edição expressa de normas que passaram a tutelar as mulheres. Como já asseverado, o caminhar foi árduo, mas as vitórias alcançadas até então não enfraqueceram os movimentos, que ainda estão presentes e agitam todas as esferas da sociedade.

A partir dos esforços da década de 1980, nota-se algumas políticas direcionadas à proteção de mulheres, como a criação de delegacias especializadas, a implantação de programas de proteção à saúde da mulher, como o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM) que tem por foco o planejamento familiar, sexualidade e aborto. (PINTO, 2003).

Contudo, após tantas vitórias, o CNDM enquanto órgão federal é extinto, no final do governo Sarney, em meio ao retorno de um conservadorismo que regia os grupos políticos dominantes. Porém, ainda que destituído da direta participação política, o movimento feminista se tornou plural. Multiplicaram-se as identidades e os movimentos feministas com diversas bandeiras de luta. Seria possível afirmar que, neste momento, o feminismo se popularizou, ou seja, mulheres pobres, de baixa escolaridade, que trabalhavam como operárias ou nas áreas rurais, através de associações de bairros, sindicatos, passaram a se identificar com o feminismo. Então, o feminismo brasileiro diversificado que se formava articulou mulheres em todo o país para se prepararem para a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, em setembro de 1995, em Beijing, China.

A década de 90 se destaca, ainda, pelo aparecimento de um grande número de organizações não-governamentais (ONGs) que expressavam a peculiaridade das diferenciadas práticas feministas. Embora desprovidas de ligação com o governo, as ONGs incitaram uma nova forma de articulação política vinculada às plurais demandas das mulheres.

Não se poderia aqui deixar de salientar um recente marco que retrata a presença das mulheres no âmbito político nacional, ou seja, a última eleição para Presidência da República, ocorrida no ano de 2010, através da qual milhares de brasileiros elegeram, pela

primeira vez na história do Brasil, uma mulher para chefe do Poder Executivo, Dilma Rousseff.

Não se objetiva aqui traçar um panorama das mulheres no poder, nem mesmo analisar os elementos que estariam por trás da realidade política atual e da atuação de cada uma das representantes no âmbito político. O que se pretende é demonstrar que as questões aqui apresentadas, no âmbito da atuação das mulheres, em diversas esferas da sociedade, deságuam em mudanças legislativas que tratam das mulheres, o que perpassa pelo objeto deste estudo.

1.2 SEXO *VERSUS* GÊNERO: PARTINDO DE UMA CONCEPÇÃO CONSTRUTIVISTA

Como já mencionado no tópico anterior, o debate em torno da conceituação de gênero é recente, vez que somente se tem registros de suas produções acadêmicas a partir de 1980. Inúmeros são os posicionamentos em torno desta questão, que abordam desde o tratamento dicotômico sexo x gênero, considerando o primeiro enquanto fruto de um determinismo biológico e, o segundo, a partir de uma construção social, alicerçada na ideia de gênero enquanto categoria relacional, difundida por Joan Scott (1992), até posicionamentos mais modernos, que tratam dos conceitos de sexo e gênero de modo entrelaçado, ou seja, considerando o conceito de sexo atrelado a fatores biológicos que colaboram para construir identidades de gênero.

O que não se pode olvidar é que as produções acadêmicas acerca do conceito de gênero se iniciaram com o intento de se referir a um estudo em torno das mulheres. Somente após intensas inquietações e debates em torno do tema foi que se passou a considerar a necessidade de colocar no debate os homens e a relação entre eles, considerando a associação com outras categorias analíticas, e as mulheres, também aqui considerando a relação entre elas, dada a impossibilidade de pensar as mulheres enquanto sujeito universal. Passa-se a agregar outras categorias de análise, como raça, classe, etnia, entre outras, e, é claro, a levar em conta a correlação entre homens e mulheres, atreladas a estes elementos categóricos, a fim de dar mais substância ao que se estava propondo, pois, deste modo, o debate de gênero não se isolaria nas discussões em torno das mulheres, como inicialmente se apresentou.

A discussão aqui, portanto, se inicia a partir de questionamentos formulados por Tania Navarro Swain, em seu artigo “A invenção do corpo feminino”, tendo em vista que norteiam o centro da discussão a que se propõe esta análise, a saber:

Que corpo é este que me impõe uma identidade, um lugar no mundo, que me conduz no labirinto das normas e valores sociais/morais? [...] Corpo feminino, corpo reprodutor, a maternidade que me desdobra vem me integrar ao mundo do social, à representação da ‘verdadeira mulher’. Serei eu ‘mulher’ mesmo antes de ser ‘mãe’? (2000, p. 47).

Ainda neste sentido, Swain problematiza algumas questões que tentam desconstruir o já superado determinismo biológico, sem, contudo, afastá-lo integralmente da relação simbólica que colaborou para a construção social que se materializa em imagem e forma identitária.

[...] De que direito o sexo me designa uma identidade? [...] Seria o corpo uma superfície pré-discursiva, pré-existente, que sofre as coerções, as disciplinas, a modelagem social? Ou, ao contrário, uma construção social que lhe confere imagem e forma? (SWAIN, 2000, p. 48).

Imbuída dos questionamentos aqui reproduzidos, Swain (2000) centraliza a discussão a partir da análise da maternidade como representação do que seria verdadeiramente entendido enquanto destinação natural das mulheres, objetivando desconstruir o discurso de que determinadas peculiaridades biológicas definem o papel das mulheres no contexto sociocultural. Tal reflexão denota o intento de afastar a concepção da maternidade como algo inerente à dita “natureza feminina”. Pois bem, neste particular, nota-se um entrelaçamento da reprodução ao que se entendia enquanto finalidade biológica das mulheres. Daí, a justificativa do que se verá em tópicos que serão abordados mais adiante, acerca do demorado processo de desatrelar a maternidade e a reprodução, consideradas, por muito tempo, finalidades da natureza das mulheres.

Antes de adentrar as discussões mais contemporâneas que permitem uma melhor ponderação acerca do que se pode compreender enquanto conceito de gênero é inevitável recorrer às duas acepções mais tradicionais do que se entende por gênero, a partir da sintética apresentação de Linda Nicholson em seu texto “Interpretando o gênero”, que aduz:

[...] De um lado, o ‘gênero’ foi desenvolvido e é sempre usado em oposição a ‘sexo’, para descrever o que é socialmente construído, em oposição ao que é biologicamente dado. [...] De outro lado, ‘gênero’ tem sido cada vez mais usado como referência a qualquer construção social que tenha a ver com a distinção masculino/feminino, incluindo as construções que separam corpos ‘femininos’ de corpos ‘masculinos’. (2000, p. 9).

Partindo da análise dicotômica, há que ressaltar, ainda, a relevância desta construção teórica, que permitiu romper com o determinismo biológico, nos termos em que aduz Sardenberg:

[...] possibilitou pensarmos não apenas masculino e feminino, mas também homem e mulher como categorias socialmente construídas. Isso abriu caminho para a desnaturalização tanto das identidades sexuais quanto da divisão sexual do trabalho e das assimetrias/hierarquias sociais com base no sexo, demonstrando a sua historicidade e, portanto, a possibilidade de transformação e transcendência das desigualdades sexuais. (2002, p. 54).

Não se pretende aqui, na mesma perspectiva apresentada por Swain (2000), Nicholson (2000) e Sardenberg (2002), suplantando a discussão dicotômica sexo/gênero, esvaziando a grande relevância que tiveram estas teorias, especialmente por ser o primeiro passo na tentativa de construir um conceito de gênero, separando-o do sexo. Entretanto, é interessante, a partir das teorias que reinterpretem sexo e gênero, apresentar uma discussão que não as trate como categorias autônomas, que se opõem ou como isoladamente vinculadas seja a uma concepção de dado natural e a-histórico (sexo) ou ao que seria fruto de uma construção cultural (gênero), mas desconstruir tais significações para conceber uma interlocução entre ambas.

Gayle Rubin (1975), em seu artigo “*The traffic in women: notes on the ‘political economy’ of sex*”, defendia o sistema sexo/gênero com base na ideia de criação de construções culturais a partir de uma base biológica, já dada, reputada como natural¹⁹. Já nesta perspectiva, verifica-se a inviabilidade de dissociar os conceitos de sexo e gênero, de modo que, para a determinação de um, é inevitável pensar na determinação do outro. Entretanto, o sexo é analisado como algo dado, o que, segundo Linda Nicholson (2000, p. 11), o mantinha em um relevante patamar: o de provedor do lugar onde gênero seria supostamente construído.

Ainda nesta análise discursiva, Judith Butler, em seu artigo intitulado “Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do ‘sexo’”, promove um interessante debate ao afirmar que o sexo é um construto ideal, que é materializado através do tempo, por meio de normas

¹⁹ Tal concepção é intitulada por Nicholson de fundacionalismo biológico, a partir de uma analogia com o que ela chama de noção de “porta –casacos” e assim justifica: “[...] o corpo é visto como um tipo de cabide de pé no qual são jogados diferentes artefatos culturais, especificamente os relativos a personalidade e comportamento. [...] Rotulo essa noção do relacionamento entre corpo, personalidade e comportamento de ‘fundacionalismo biológico’. [...] Mas em contraste com o determinismo biológico, o fundacionalismo biológico permite que dados da biologia coexistam com os aspectos de personalidade e comportamento” (NICHOLSON, 2000, p. 12).

reguladoras que constituem a materialidade dos corpos, o que rechaça a ideia de um físico estático ou, nas suas próprias palavras:

[...] uma vez que o próprio 'sexo' seja compreendido em sua normatividade, a materialidade do corpo não pode ser pensada separadamente da materialização daquela norma regulatória. O 'sexo' é, pois, não simplesmente aquilo que alguém tem ou uma descrição estática daquilo que alguém é: ele é uma das normas pelas quais o 'alguém' simplesmente se torna viável, é aquilo que qualifica um corpo para a vida no interior do domínio da inteligibilidade cultural. (BUTLER, 1999, p. 154-155).

Nesta análise, portanto, a partir da materialidade do corpo, Butler (1999) entende que, na construção do sexo, não se trata de um dado corporal sobre o qual o construto de gênero é imposto, dando passos adiante das teorias que problematizam o gênero limitado à ideia de construção social e o sexo enquanto um construto oriundo de uma determinação biológica, e afirma que a própria ideia de sexo se assenta enquanto norma cultural que define a materialização dos corpos. Assim, critica a distinção entre sexo e gênero, sem retirar o mérito desta dicotomia para o avanço do conceito de gênero, contudo, deixa clara sua crítica por considerar que o próprio sexo se posiciona em relação à natureza e à história. Com isto, faz com que o sexo assuma um caráter social.

No entanto, sem renegar a relevância teórica e política das reflexões anteriores, questões levantadas pelas correntes desconstrucionistas pós-modernas, vêm engendrando novas reflexões quanto à relação sexo e gênero. (SARDENBERG, 2002, p. 54-55).

Partindo da análise das concepções que aqui se pretende romper, Cecília Sardenberg (2002) também compartilha do entendimento que compreende gênero a partir das diferenças percebidas entre machos e fêmeas, considerando as variações culturais de diferentes contextos sociais e históricos e a forma como estes se apropriam e constroem as práticas sociais. Assim, assevera:

[...] eu não me apoio aqui na concepção dualista do conceito na qual se opõe biologia a cultura, isto é, na noção que distingue, de um lado, 'sexo', identificado com o corpo e tomado como algo 'natural', 'universal' e, portanto, a histórico e, de outro, 'gênero', visto apenas como algo do psicológico e cultural, relativo à subjetividade. (SARDENBERG, 2002, p. 54).

Teóricas mais modernas começaram, então, a considerar a necessidade de repensar a relação dicotômica sexo/gênero, vez que atrelar o conceito de sexo ao natural representaria uma vinculação à ideia de imutabilidade, quando, em verdade, estes são

conceitos que se entrelaçam e se contextualizam, como afirma Sardenberg: “[...] gênero se corporifica, isto é se materializa em sexo – no próprio reconhecimento das diferenças entre machos e fêmeas” (2002, p. 56) e arremata sugerindo a teoria dos corpos gendrados²⁰ pela qual não se pode considerar isoladamente o sexo de um lado – entendido enquanto natural – e gênero, do outro – enquanto construção social.

Dessa forma, entendo pela coerência do posicionamento de Sardenberg, na medida em que corrobora da concepção de gênero enquanto construção social, porém não o coloca numa posição antagônica ao sexo que, diferentemente do que defendem grandes teóricas, não é aqui considerado como eminentemente biológico, mas, também, como fruto de uma construção social.

1.3 O PATRIARCADO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO DA FAMÍLIA

Ao tratar sobre a origem do patriarcado, Gerda Lerner (1990) faz uma análise histórica acerca da elaboração e reprodução do modelo patriarcal de estruturação familiar desde o estado arcaico, passando pela Mesopotâmia, civilização ocidental e a modernidade, para demonstrar a representação de normas e valores responsáveis para legitimar as condutas sociais.

Las funciones y la conducta que se consideraba que eran las apropiadas a cada sexo venían expresadas en los valores, las costumbres, las leyes e los papeles sociales. También se hallaban representadas, y esto es muy importante, en las principales metáforas que entraron a formar parte de la construcción cultural y el sistema explicativo. (LERNER, 1990, p. 310).

A norma, os costumes e papéis sociais, ao longo de sua história, demonstravam o modo de constituição e reprodução do modelo patriarcal, como apresentado por Lerner. Tanto é assim que as previsões legislativas que vigoravam antes da promulgação da Carta Magna de 1988 demonstravam um desdém com relação à posição das mulheres na sociedade.

Mutatis mutandi, partindo-se de um panorama do início do século passado, percebe-se uma grande adequação da citação abaixo reproduzida, apesar de representar um contexto muito anterior ao que aqui se objetiva analisar:

²⁰ “Falar de ‘corpos gendrados’ requer que se pense o corpo não como algo dado ‘naturalmente’, mas como produto da história – tanto como objeto quanto produto de representações e práticas sociais diversas, historicamente específicas” (SARDENBERG, 2002, p. 56).

Desde sus inicios en la esclavitud, la dominación de clases adoptó formas distintas en los hombres y las mujeres esclavizados: los hombres eran explotados principalmente como trabajadores; las mujeres fueron siempre explotadas como trabajadoras, como prestadoras de servicios sexuales y como reproductoras. (LERNER, 1990, p. 313).

Argumenta, ainda, Lerner que a manutenção do sistema patriarcal se deve à cooperação das mulheres e afirma que “*el pensamiento patriarcal ha relegado estas experiencias definidas por el género al reino de lo ‘natural’, de lo intrascendente*” (1990, p. 316). Corroborando tal entendimento Saffioti (2009, p. 21) afirma que “[...] se considera errôneo não enxergar no patriarcado uma relação, na qual, obviamente, atuam as duas partes”.

Maria José Palmero (2004), ao analisar a opressão patriarcal, propõe uma reconstrução do processo histórico ideológico do que ela denomina de gênero feminino e, para tanto, realiza uma leitura moral do patriarcado em uma perspectiva crítica feminista, para analisar o abuso normativo e axiológico a que diversas tradições culturais têm submetido às mulheres. Partindo deste contexto, aduz:

El patriarcado es un sistema social de dominación que consagra la dominación de los individuos del sexo masculino sobre los de sexo femenino. Etimológicamente remite al poder de los patriarcas, de los jefes familiares, un poder revestido de autoridad por parte de un aparato de legitimación que se alimenta de una determinada mitología que decreta la masculinidad del Dios único y/o supremo y su cualidad paterna. (2004, p. 34).

Palmero (2004) faz ainda uma análise do patriarcado a partir de outras revisões feministas no âmbito da Teologia, Mitologia, Antropologia, História, Sociologia, Economia, Psicologia, entre outras ciências, o que lhe permitiu uma visão mais acurada em torno da origem da opressão, da gênese do patriarcado. A partir destas reflexões, demonstra que os pais, irmãos, maridos e filhos detinham o poder de criar, dominar, atribuir espaços e nomes, ao passo que as mulheres são sem nome, vez que o recebem do pai ou do marido.

O patriarcado proíbe as mulheres não só de deter o poder, mas também o conhecimento, o que inclui o uso da palavra. Estas proibições parecem justificadas pelo medo do feminino e de seus poderes, dificilmente controláveis. Se as mulheres soubessem demais, se reservassem sua sexualidade do controle social, a ordem patriarcal se veria ameaçada porque o pai não poderia transmitir a propriedade, o nome, ao filho legítimo.

1.3.1 Maternidade e reprodução enquanto finalidades precípuas da dita natureza das mulheres: em busca da desconstrução

A ideia do corpo na representação natural do que se entende por mulheres, considerando a reprodução enquanto destino natural colaborou para que a construção social do feminino perpassasse pela significação do materno. Ao considerar tal posicionamento, que aqui se objetiva suplantar, justifica-se, então, a normatização social, cultural e legal²¹ das relações de submissão e de controle do corpo feminino, em especial, no tocante à reprodução.

Sugere, então, Linda Nicholson, que sejam abandonadas as concepções pautadas no determinismo e no fundacionalismo biológicos, como já abordado no item anterior deste trabalho, pois entende que a diferença não se pauta apenas nas perspectivas sociais, mas, também, no modo como se pensa o corpo.

[...] precisamos entender as variações sociais na distinção masculino/feminino como relacionadas a diferenças que vão ‘até o fundo’ – aquelas diferenças ligadas não só a fenômenos limitados que muitas associamos ao gênero (isto é, a estereótipos culturais de personalidade e comportamento), mas também a formas culturalmente variadas de se entender o corpo. Essa compreensão não faz com que o corpo desapareça da teoria feminista. Com ela o corpo se torna, isto sim, uma variável, mais do que uma constante, não mais capaz de fundamentar noções relativas à distinção entre masculino/feminino através de grandes varreduras da história humana, mas sempre presente como elemento potencialmente importante na forma como a distinção masculino/feminino permanece atuante em qualquer sociedade. (NICHOLSON, 2000, p. 14-15).

Ao considerar as representações simbólicas que determinam um suposto papel reprodutor das mulheres, concebido a partir da concepção deste enquanto fruto do natural, entende-se a razão pela qual a maternidade se vincula à representação das “verdadeiras mulheres”:

A maternidade é, para a imensa maioria das mulheres, o resultado direto de relações sexuais e, portanto, a praticada sexualidade é o princípio organizador de sua identidade inteligível, em um jogo de ‘verdades’ que cria a ilusão de um sujeito, ontologicamente definido por seu assujeitamento ou resistência às normas reguladoras. (SWAIN, 2000, p. 58).

²¹ A normatização legal será aqui abordada em profundidade em capítulo específico.

E, neste sentido, Swain arremata com maestria:

Isto não significa que não existam corpos humanos sexuados, com um aparelho genital dado. O que é criado pelas redes de significação e pelas práticas sociais é a importância dada a este fator, é a significação que lhe é atribuída enquanto revelador, catalisador da essência do ser e da identidade do indivíduo. É o sexo que aparece enquanto efeito discursivo, dando forma e perfil ao feminino/masculino binário, pela atribuição de valores a certos detalhes anatômicos. (2000, p. 60).

Assim, partindo de uma reflexão do corpo feminino atrelada ao corpo materno, demonstra, ao longo de sua análise, o objetivo de afastar a ideia de que a compreensão das “verdadeiras mulheres” esteja vinculada à maternidade.

Estou falando, portanto, aqui, de sexo-significação, posto em discurso e imagens, veiculando e criando ao mesmo tempo as representações que lhe dão poder sobre os seres no social. O sexo-discurso produz corpos aos quais confere uma ‘sexo-significação’ sobre uma matriz binária e normalizadora, fundada sobre a reprodução, bem como sobre uma pluralidade de sexualidades que não cessam de se referir ao ‘sexo originário’, o procriador. Desta forma, os mecanismos de construção dos corpos, as estratégias e táticas se desvelam nas práticas sociais, que definem os corpos ‘femininos’ e os marca de inferioridade. (SWAIN, 2000, p. 60).

O desenvolvimento da história das mulheres acompanha o seu movimento em busca da emancipação e libertação. Durante muito tempo, as mulheres estiveram fora do relato da história, legitimando e perpetuando com isto um padrão de modelo familiar no qual elas exerciam um papel de inferioridade que não era questionado, pois reproduzia um modelo de valores masculinos e universalizantes que, durante muito tempo, sequer foram questionados pelas mulheres.

A história do corpo feminino trouxe à luz as inúmeras construções estigmatizadoras e misóginas do poder médico, para o qual a constituição física da mulher por si só inviabilizaria sua entrada no mundo dos negócios e da política. O questionamento das mitologias científicas sobre sua suposta natureza, sobre a questão da maternidade, do corpo e da sexualidade foi fundamental em termos da legitimação das transformações libertadoras em curso. (RAGO, 1998, p. 35).

Era contra essa realidade estigmatizadora que muitas lutas e enfrentamentos de cunho social e político foram dirigidos por mulheres, especialmente feministas, que, visando um melhor posicionamento na sociedade, buscavam a conquista de novos espaços para a atuação feminina.

A imagem e os sentidos atribuídos aos corpos não são, portanto, superfícies já existentes, sobre as quais se encastram os papéis e os valores sociais; são, ao contrário, uma invenção social, que sublinha um dado biológico cuja importância, culturalmente variável torna-se um destino natural e indispensável para a definição do feminino. (SWAIN, 2000, p. 51).

Ainda nesse tópico, é interessante trazer à tona o debate em torno da sexualidade, vez que, durante muito tempo, tratava-se da reprodução das mulheres, a partir da sexualidade, atrelando o seu exercício enquanto ato de reprodução. A partir desta concepção, mais uma vez, verifica-se o quanto foi ratificado o papel reprodutivo e maternal atrelado às mulheres como algo natural, necessário, para legitimá-las na sociedade.

Luis Fernando Dias Duarte (2004), ao propor a discussão acerca do rompimento das convenções e fronteiras da sexualidade, propõe um processo, que denomina de desentranhamento dos preceitos que vigoravam e que requer um afastamento das instituições como família, religião, moralidade, com o intento de entender os fenômenos subsumidos à construção cultural instituída e não enquanto fato natural, universal e fiscalista. E, como tal, entende indissociável para a compreensão da sexualidade, as reflexões do que ele denomina de “diferença de gênero”.

Nesse sentido, sinaliza Richard Parker a relevância dos estudos de gênero para a análise das culturas sexuais e da construção social de interações sexuais, ao afirmar que:

Todos os machos e fêmeas biológicos devem ser submetidos a um processo de socialização sexual no qual noções culturalmente específicas de masculinidade e feminilidade são modelados ao longo da vida. É através desse processo de socialização sexual que os indivíduos apresentem os desejos, sentimentos, papéis e práticas sexuais típicas de seus grupos de idades ou de *status* dentro da sociedade, bem como as alternativas sexuais que suas culturas lhes possibilitam. (1999, p. 135).

Carole Vance (1995, p. 16) faz uma reflexão sobre a apropriação muitas vezes equivocada do emprego do termo “construção social”, ressaltando que, de uma leitura cuidadosa dos textos construtivistas, ficam evidenciadas as diversas opiniões acerca do que é entendido por construção social da sexualidade, que engloba uma forma variada de atos sexuais, identidades sexuais, comunidades sexuais, a direção do interesse erótico (escolha do objeto) e o próprio desejo sexual. E ressalta que atos fisicamente idênticos podem ter importância social e significado subjetivo variáveis, dependendo de como são definidos e compreendidos em diferentes culturas e períodos históricos.

Com isso, questiona-se a naturalização das relações sexuais, vez que a construção da sexualidade considera o construto social, cultural e histórico em que esta está inserida, a fim de melhor compreender sua acepção e admite-se a possibilidade de remodelar e reestruturar os comportamentos sexuais, o que, decerto, reafirma o posicionamento aqui defendido, conforme a afirmação de Parker:

[...] as estruturas da desigualdade de gênero e a opressão sexual não são fatos imutáveis da natureza, mas sim artefatos da história, ajudando a nos fazer lembrar que as estruturas da desigualdade e da injustiça, que tão freqüentemente parecem organizar o campo sexual [...] podem, de fato, ser transformadas pela ação intencional e de iniciativas políticas progressistas. (1999, p. 144).

Na análise de Rubin (1975), a sexualidade representa um elo entre as relações de gênero, e por isto, muito da opressão das mulheres se constitui no campo da sexualidade. Além disto, apresenta a autora posicionamentos de duas correntes do movimento feminista sobre a sexualidade: uma primeira, que critica as restrições aos comportamentos sexuais das mulheres e que prega a libertação sexual para mulheres e homens e, uma segunda, que considera a liberalização como extensão do privilégio masculino, com discursos antissexuais e conservadores, como no caso do movimento antipornografia. Este último discurso recria uma moralidade sexual conservadora, que muito se tentou romper, demonstrando um posicionamento retrógrado, vez que a liberação sexual foi e é um dos objetivos feministas. E, finalmente, conclui a partir de uma afirmação que foi suscitada logo no início do ensaio, de que a sexualidade é política.

A organização da sexualidade em sistemas de poder, como forma de estabelecer modelos de conformação social e punição para comportamentos entendidos como desviantes, alimenta o sistema de recompensa e punições. Diante disto, é inevitável recorrer à relevância dos esforços da luta feminista, especialmente quanto à conquista da ruptura da concepção de sexualidade apartada da reprodução. Como já asseverado, a análise a partir de contextos culturais, de diferentes momentos históricos foi determinante para romper com a ideia de inerência da reprodução vinculada à sexualidade enquanto papel determinante das mulheres.

Segundo Vance (1995, p. 11), as lutas populares para promover o acesso das mulheres ao aborto e ao controle de natalidade representavam uma tentativa de separar a sexualidade da reprodução e do papel das mulheres enquanto esposas e mães. Rubin (1984), em seu artigo "*Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality*", afirma que o sexo é político e, nesta perspectiva, propõe como avanço, na construção da sexualidade, a

necessidade de superar o essencialismo sexual, que considera o sexo como imutável, associal e trans-histórico, por um saber construtivista, que entende a sexualidade como construída social e historicamente. Ao pensar a sexualidade a partir desta perspectiva construtivista, é possível melhor compreendê-la politicamente. Salienta, ainda, a existência de uma hierarquia dos valores sexuais, demonstrando a dicotomia entre o bom sexo e o mau sexo, sinalizando que, no primeiro caso, os comportamentos, como os heterossexuais maritais e reprodutivos, são compensados pela certificação de uma boa saúde mental, pela respeitabilidade e benefícios materiais, ao passo que o mau sexo é caracterizado pelas presunções de doenças mentais em determinadas pessoas, má reputação, criminalidade, como é o caso das castas sexuais que incluem os travestis, transexuais, sadomasoquistas, entre outros. É possível verificar, a partir da análise proposta por Rubin (1984), que há um rechaço, historicamente analisado, dos comportamentos que fogem aos padrões de exercício de uma sexualidade que se desvie das regras heteronormativas que são impostas e validadas socialmente.

Gayle Rubin (1975, p. 157) aponta a sexualidade e o gênero enquanto fenômenos analiticamente distintos, com estruturas próprias, embora se entrelacem em muitos pontos, como corrobora Vance (1995, p. 12; 20), que ainda destaca que a sexualidade não só está relacionada ao gênero, mas se mistura facilmente a ele e, muitas vezes, nele se funde.

Não se pretende, aqui, suplantar a perspectiva natural a qual não se pode refutar por completo, já que o sistema binário de compreensão entre macho e fêmea enseja a distinção pautada em diferenças naturais que são postas. No entanto, o direcionamento do discurso no sentido de compreender as mulheres a partir do que seria entendido como sua finalidade “natural” é a concepção que se pretende rechaçar, ou melhor, desconstruir. A compreensão de corpo parte de uma análise de construção social, na medida em que representa a materialização de uma construção social, cultural e, é claro, histórica.

1.3.2 Uma reflexão em torno das relações de poder à luz da teoria do patriarcado e convenções de gênero

A história das mulheres no Direito é fruto das implicações decorrentes da invisibilidade das mulheres na história, especialmente porque, ao tratar da história das mulheres, a maioria das teóricas problematiza a partir da perpetuação da ideia da atuação das mulheres limitada ao âmbito do espaço privado.

Quando se traz à tona as questões das mulheres no contexto cultural do início do século passado, vê-se que suas atividades eram atreladas ao âmbito do doméstico, ou seja, ao

cuidado com os filhos, marido, casa e à reprodução. Imperava uma relação de subordinação das mulheres em relação ao marido e, enquanto estas não casavam, à figura paterna. O homem era o chefe da família²², situação reproduzida expressamente na norma vigente – Código Civil de 1916²³ – no início do século passado, que vale a pena ser aqui reproduzido:

Art. 233 – O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos:

I – A representação legal da família.

II – A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial, ou de pacto antenupcial.

III – O direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique.

IV – O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal

V – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277²⁴.

Tal submissão estava atrelada ao papel eminentemente reprodutivo e doméstico que enxergava as mulheres a partir da perspectiva determinista biológica, vinculando a biologia ao seu papel social, não obstante grande produção científica com o intuito de suplantar esta concepção já estivesse presente no século passado. No entanto, é inevitável aqui retornar à antiga concepção para justificar a constituição familiar que colocava as mulheres em um *status* inferior e de dependência masculina.

Para nossos antepassados culturais, a família era o corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do pai, a família era o conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e dos descendentes, além dos escravos e dos clientes. As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo.

²² Verifica-se que a terminologia de chefe era consagrada através da própria lei, que, como já defendido aqui, expressava a realidade fática e valorativa da sociedade da época. Tal contexto representava uma situação de inferioridade da mulher, que, por sua vez, era traduzido no ordenamento jurídico vigente, qual seja, as disposições do Código Civil de 1916. Ressalte-se que, o Capítulo 4 será destinado a uma análise minuciosa das normas que tratam da mulher no âmbito do direito de família, daí porque a autora se resguarda para um debate mais rico e crítico oportunamente.

²³ Lei n° 3.071, de 1 de janeiro de 1916.

²⁴ Acrescente-se ainda, a título exemplificativo, o Art. 275. “É aplicável a disposição do artigo antecedente às dívidas contraídas pela mulher, nos casos em que os seus atos são autorizados pelo marido, se presumem pelo, ou escusam autorização (arts. 242 a 244, 247, 248 e 233, n° V)”; e o Art. 277. “A mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente aos do marido, salvo estipulação em contrato antenupcial”.

O *pater familias* era, assim, senhor absoluto do *domus*. Era o sacerdote que presidia o culto dos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família.

Com o passar dos séculos, o poder desse *pater familias* deixou de ser tão absoluto. Não obstante, a estrutura familiar continuou sendo extremamente patriarcal. (FIUZA, 2008, p. 935).

Tal concepção gozava de tamanha legitimação social que foi reproduzida na norma jurídica civil do início do século passado, visto que as normas são elaboradas a partir do contexto social vivenciado, pois o Direito não surge do acaso, mas da necessidade de responder a fatos sociais constituídos, no intuito de resguardar a ordem. Mantendo as mulheres à margem da realidade social ou atribuindo seu contexto existencial à dependência do outro (pai, marido, sogro), bastaria ao ordenamento perpetuar esta condição, o que, decerto, nesta concepção, garantiria a ordem.

Las mujeres han participado durante milenios en el proceso de su propia subordinación porque se las ha moldeado psicológicamente para que interioricen la idea de su propia inferioridad. La ignorancia de su misma historia de luchas y logros ha sido una de las principales formas de mantenerlas subordinadas. (LERNER, 1990, p. 317).

Percebe-se, claramente, que a opressão das mulheres perpassa pela mitigação de sua sexualidade, pelo errôneo entendimento de que pensar a sexualidade é pensar no papel reprodutivo, que é inerente às mulheres e que deve servir à família, ao marido, de modo a não comprometer a “honra”, a propriedade e a legitimidade da prole vindoura. Tolher a liberdade das mulheres representava uma garantia da dominação masculina e o não comprometimento da ordem social que vigorava.

Tal reflexão pode ser inferida no contexto da produção normativa brasileira que, durante anos, manteve a relação de subalternidade e dependência das mulheres em relação à figura masculina, seja ele pai, marido ou irmão, donde se denota um controle das relações de poder com evidente limitação do exercício da liberdade feminina, vez que esta representava, segundo Palmero (2004), uma ameaça à ordem social, política e econômica.

Ressalta Lerner, a partir de uma análise histórica do conceito de patriarcado, a relevância do pensamento patriarcal na formulação do entendimento das experiências vividas pelo gênero, como prefere atribuir Simone de Beauvoir, como intranscendente e, a partir daí, possibilitar uma melhor compreensão crítica, buscando uma nova realidade que contemple o indivíduo, sem discriminação de qualquer natureza. “*Una visión feminista del mundo permitirá que mujeres y hombres liberen sus mentes del pensamiento patriarcal y finalmente*

construyan un mundo libre de dominaciones y jerarquías, un mundo que sea verdaderamente humano” (LERNER, 1990, p. 330).

Ao considerar que, ao longo da história, a luta da emancipação feminina alcançou muitos de seus objetivos – como o acesso ao exercício dos direitos civis, como o voto, bem como a liberdade para exercer uma profissão, enquanto preceitos libertadores, e o acesso à educação – cabe ponderar que, na contramão dos novos papéis assumidos, os antigos a ela atribuídos como o de mãe e cuidadora do lar ainda persistem na atualidade, atrelados à responsabilidade das mulheres.

A partir da extensa bibliografia que discute as relações de gênero e, por consequência, as relações de poder, resta claro que, desde a expressiva e famosa citação de Simone de Beauvoir, de 1962, de que uma pessoa “não nasce, mas se torna mulher” aliada a movimentos feministas em todo o mundo, muitas transformações sociais foram incitadas e efetivamente alcançadas. Por tal razão, os reflexos sociais se tornaram evidentes, surgindo daí muitos conflitos, especialmente, nas relações entre os indivíduos.

Se a definição do Homem permanece na subordinação da Mulher, então uma modificação na condição da Mulher requer (e provoca) uma modificação em nossa compreensão do Homem (um simples pluralismo cumulativo não funciona). A ameaça radical colocada pela história das mulheres situa-se exatamente neste tipo de desafio à história estabelecida; as mulheres não podem ser adicionadas sem uma remodelação fundamental dos tempos, padrões e suposições daquilo que passou para a história objetiva, neutra e universal no passado, porque essa visão da história incluía em sua própria definição de si mesma a exclusão das mulheres. (SCOTT, 1992, p. 90).

A posição das mulheres no século XIX e início do século XX refletia um modelo estrutural patriarcal que representou uma das bases da formação da organização social vigente. A estrutura familiar pautada eminentemente no casamento, os poderes concentrados nas mãos do “varão”, como chefe da sociedade conjugal, e o esvaziamento da plena capacidade civil da mulher casada denotam, a título exemplificativo, alguns valores que foram normatizados através da lei. E, como já salientado no início deste trabalho, a teoria tridimensional do jurista Miguel Reale, pautada nos fatos, valores e normas é fonte precípua para a reflexão proposta.

Algumas teóricas feministas apresentam uma zona de conflito no que tange à adoção do termo patriarcado nos estudos contemporâneos. Enquanto algumas defendem que tal terminologia é inadequada em razão da natureza a-histórica e fixa do conceito, outras entendem que o conceito de patriarcado é utilizado para descrever um tipo de dominação

ocorrido em determinado momento histórico, daí porque seria desarrazoado adequar tal terminologia na atualidade. Neste último caso, as teóricas se coadunam ao pensamento weberiano, que não admite a extensão de um conceito produzido em determinado momento histórico e em certo contexto social para designar circunstância que se refira a contextos históricos, sociais e políticos diferentes daquele em que foi originalmente criado. Registre-se, entretanto, a veemente crítica apresentada por Saffioti direcionada para teóricas que defendem o posicionamento de Weber quanto ao conceito de patriarcado.

Ressalte-se, ainda, o interessante posicionamento de Drude Dahlerup (1987, p. 114-117) que, ao discutir a viabilidade de construir um conceito universal de patriarcado, defende que é insuficiente deixar de admiti-lo pela mera justificativa do seu suposto caráter a-histórico defendido por alguns. Segundo a autora, a universalização do conceito de patriarcado não supõe que todas as sociedades sejam e sempre foram patriarcais. Ao contrário, o conceito universal permite abarcar todas as sociedades onde exista a dominação masculina e seus elementos comuns. Assim, para a autora, a questão mais importante é compreender como as estruturas patriarcais trabalham reciprocamente com as condições socioeconômicas cambiantes, para entender as razões, ou seja, como e de que forma a dominação masculina é reestruturada e restabelecida nos diferentes contextos econômicos, sociais, políticos e culturais.

Para tanto, há que se retornar às discussões acerca da manutenção de reminiscências patriarcais ou passa-se a conceber uma análise das relações de gênero? Seria possível conceber um patriarcado contemporâneo, de modo a ter significado similar às relações de gênero ou há que se optar por um dos conceitos para adequá-lo à realidade contemporânea?

Na concepção de Lia Zanotta Machado (2000) que, por sua vez, se adéqua à concepção weberiana admitindo o patriarcado enquanto um modo de dominação social que se refere a determinado contexto histórico de centralização de poder/autoridade na figura de um patriarca, não há que se atribuir o mesmo sentido para os conceitos de gênero e patriarcado. Para esta autora, o uso do conceito de gênero permite estender a compreensão das relações para além de formação histórica que por si só se justifique e sua análise suscita indagações recentes necessárias para a compreensão das transformações atuais, de modo a ir além de uma análise histórica que circunscreve a concepção de patriarcado.

O conceito de 'relações de gênero' não veio substituir o de 'patriarcado', mas sim o de 'condições sociais da diferença sexual', o de 'relações sociais de sexo', e o de 'relações sociais entre homens e mulheres'. Entendeu-se que estas expressões permaneciam aprisionadas nas narrativas da naturalização e da biologização das relações entre homens e mulheres, dificultando o desenvolvimento das análises que pretendiam chegar à radical ruptura com a naturalização da situação das diferenças sexuais. (MACHADO, 2000, p. 4).

Outras estudiosas inovam ao conceber o que Carole Pateman (1993, p. 167) denomina patriarcado moderno, que vigora na atualidade e respalda a sociedade civil capitalista e cuja mobilidade se pauta em estruturas de poder. O poder natural dos homens como indivíduos (sobre as mulheres) abarca todos os aspectos da vida civil. A sociedade civil como um todo é patriarcal, estando as mulheres submetidas aos homens tanto na esfera privada quanto na pública.

É óbvio que não se pode considerar as mesmas estruturas do patriarcado tradicional sustentando as relações atuais, no entanto, ainda restam presentes as raízes das relações de poder que se instauraram naquele período, afinal, não mais se fala em um poder do chefe da família, o pai, sobre os demais membros, inclusive as mulheres. Assim, pode-se dizer que se trata de uma nova roupagem, como aduz Pateman, um patriarcado moderno.

Além de empoderar a categoria mulheres e não apenas mulheres, o conhecimento de sua história permite a apreensão do caráter histórico do patriarcado. E é imprescindível o reforço permanente da dimensão histórica da dominação-exploração masculina para que se compreenda e se dimensione adequadamente o patriarcado. Considera-se muito simplista a alegação de a-historicidade deste conceito. Primeiro, porque este constructo mental pode, sim, apreender a historicidade do patriarcado com fenômeno social que é, além do fato de o conceito ser heurístico. Segundo, porque na base do julgamento do conceito como a-histórico reside a negação da historicidade do fato social. (SAFFIOTI, 2009, p. 9).

Assim, partindo-se da discussão apresentada por Saffioti (2009), válida é a contribuição que esta propõe na medida em que a análise ou ainda, o resgate da história das mulheres permite demonstrar a presença do patriarcado neste contexto, entendido enquanto fenômeno social. Ou ainda, na acepção de Anette Borchorst (1987, p. 152), pode-se conceber um patriarcado social entendido enquanto dominação masculina, na esfera pública, em substituição ao que se denominava de patriarcado familiar. Neste sentido, poder-se-ia admitir a adequação do conceito na contemporaneidade, pois restaria suplantada a ideia de vinculação histórica do conceito para compreendê-lo como forma de expressar a relação de dominação masculina ou de opressão feminina enquanto fenômeno social, como defende Saffioti (2009).

Não se está negando, aqui, a viabilidade de trabalhar com o conceito de gênero, visto que este se apresenta como o mais adequado para problematizar acerca das construções culturais e sociais das relações de poder entre o que se denomina masculino e feminino, com as especificidades de contexto histórico. Neste sentido, defende-se como mais exequível a adoção do conceito de gênero, de modo a perpassar por todas as sociedades, não obstante as relações em si possuam diferentes contornos. No entanto, não se nega a viabilidade de admitir a coexistência do conceito de gênero ao lado da de patriarcado que, nas palavras de Saffiotti, defende que gênero é entendido como um conceito “muito mais vasto que o patriarcado, na medida em que neste as relações são hierarquizadas entre seres socialmente desiguais, enquanto o gênero compreende também relações igualitárias. Desta forma, o patriarcado é um caso específico de relações de gênero” (2009, p. 21, grifos da autora).

Antes da promulgação da CF/88, eram flagrantes as diferenças perpetradas pela legislação entre mulheres e homens, especialmente no que tange às disposições do Código de 1916, como já descrito, na medida em que eram atribuídas, a este último, a chefia e a representação da família bem como a administração dos bens, ficando a critério do “varão” a autorização necessária para a mulher casada exercer uma profissão, como já explanado.

Não obstante as inúmeras transformações culturais e sociais, fruto da busca emancipatória feminina, ainda assim se presencia o legado dos fundamentos do patriarcado na estruturação das normas vigentes na atualidade.

Considerando a grande influência que recebeu da Declaração dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão, de 1948, a Constituição Federal de 1988 foi elaborada com o objetivo de instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Diante de tais mudanças, inevitável foi a edição de um novo Código Civil, tendo em vista que grande parte de seu conteúdo já havia sido revogado por leis ordinárias posteriores, como o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, entre outras. Assim, neste intento, em 10 de janeiro de 2002, entrou em vigor o novo diploma civil, visando acompanhar as grandes mudanças sociais, culturais, políticas e econômicas que imperavam, tentando romper com os antigos paradigmas hierarquizantes, discriminatórios, que vigoravam no código anterior. Assim, intentou o legislador alcançar as premissas que lastreavam a atual Constituição Federal, o que, decerto, foi alcançado, na medida em que suplantou o “pátrio poder”, passando a tratar de “poder familiar”, a igualdade entre homem e mulheres nas

relações familiares, a plena capacidade de ambos, indiscriminadamente, ao alcançarem 18 anos, para a prática dos atos da vida civil, entre outros.

O Capítulo 3 desta dissertação documentará uma reflexão em torno desses avanços normativos, com o intento de verificar o alcance da igualdade de gênero através das disposições expressas da norma, ao lado de uma reflexão em torno do patriarcado contemporâneo cujo conceito não confronta com as perspectivas de gênero.

Entretanto, antes de realizar a análise comparativa das legislações já sinalizadas, destina-se o próximo capítulo à contextualização das teorias e debates jurídicos necessários para a compreensão da reflexão que esta dissertação objetiva.

2 A FORMAÇÃO DO DIREITO E OS ANSEIOS FÁTICOS-AXIOLÓGICOS

2.1 CONCEITO DE DIREITO: O DIREITO COMO CONSTRUÇÃO HUMANA

O Direito se apresenta inserido aqui em um contexto que o abarca a partir da perspectiva tridimensional na qual fato, valor e norma são elementos componentes do conceito, sem os quais, analisados de modo integrado, não seria possível compreendê-lo. Contudo, o enfoque mais debruçado acerca da teoria tridimensional será realizado no próximo tópico. Diante disso, dedico a presente abordagem a uma reflexão do Direito enquanto construção humana, até mesmo para permitir a criação de um terreno fértil para a reflexão que será realizada *a posteriori*.

É indubitável que o Direito se apresenta no seio do âmbito social, especialmente porque brota das relações sociais em busca da garantia da paz e da ordem social. É através do Direito que se instrumentalizam os meios necessários e adequados a determinado contexto social e histórico, a fim de buscar dirimir possíveis conflitos que nasçam das relações entre os indivíduos e, por sua vez, comprometam a tranquilidade social.

Paulo Náder (2010, p. 19) afirma que o Direito se situa em uma faixa ontológica localizada no mundo da cultura, por representar uma elaboração humana. Ainda neste sentido, aduz que as instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço.

Nesta linha de intelecção, posiciona-se o jurista baiano J. J. Calmon de Passos (2000) que, ao tratar de Direito e Cultura, defende a impossibilidade de compreender o primeiro como algo dado e sim como algo que precisaria ser produzido pela necessidade de ordenar aquilo que jamais se ordenaria, a convivência social.

O Direito situado em determinada perspectiva histórica confere a possibilidade de inferir determinada realidade a partir da normatização vigente, pois esta, enquanto produção humana estabelece regras que refletem os fatos, logo, os valores regentes de determinada sociedade. Justamente por isto, não se pode afirmar que o direito é estático. Se, das relações sociais brotam as normas – estas entendidas como instrumentalização do Direito –, de fato, o Direito passa por um cíclico e constante processo de remodelagem de seus instrumentos em função das necessidades sociais, econômicas, políticas, industriais, tecnológicas, enfim, considerando todo o contexto de formação de uma sociedade. Deste imperativo do Direito se harmonizar à realidade em que está inserido, justifica-se a afirmação de Náder (2010, p. 19):

“Não basta, portanto, o *ser* do Direito na sociedade, é indispensável o *ser atuante*, o *ser atualizado*”.

Vale a pena esclarecer que o Direito normatiza comportamentos humanos e nasce de criação humana, contudo, não é ele o definidor destes comportamentos. O que quero dizer é que o Direito não dita regras com base em abstrações, em um processo “de cima para baixo” – do Direito para os homens –, ditador de comportamentos uniformes que devem ser seguidos; ele representa um reflexo destas condutas através da instrumentalização da norma, em um processo “de baixo para cima”. São os comportamentos humanos factuais que refletem os valores vigentes que determinam em que termos devem se pautar as normas jurídicas. Em breve síntese, atrevo-me a afirmar que o Direito surge do fato social.

Assim, considerando as necessidades que compõem determinada sociedade em termos de conformação das regras imperativas necessárias para garantir a estabilidade social, é que o Direito será assentado. Como o contexto social se altera de acordo com o tempo e espaço, neste caminho se modelará o Direito a fim de atender aos anseios e consignar comportamentos atinentes a determinada realidade.

Entender o Direito enquanto fenômeno histórico permite depreender, a partir de uma análise normativa, o contexto fático-axiológico regente de determinada sociedade, e é o que aqui defendo e pretendo realizar. Em outras palavras, inferir, a partir da codificação de 1916 e das mudanças legislativas por que passou o contexto brasileiro, no que pertine à tutela das mulheres, até a Codificação de 2002, é o meu intento, vez que toda a minha análise está pautada no discurso normativo contextualizado à realidade histórica.

Antonio Carlos Wolkmer, professor de História do Direito e de História das Instituições Jurídicas do curso de Direito da Universidade de Santa Catarina, defende o Direito enquanto categoria histórico-social, entendido como uma manifestação simbólica da convivência social em determinado momento histórico que se materializa através de um sistema de regulamentação normativa. E conclui: “[...] O fenômeno jurídico, além de ser um dado histórico social, expressa, formalmente, não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, senão ainda suas inerentes relações estruturais de poder, segurança, controle e dominação” (2003, p. 180).

O Direito se apresenta, portanto, enquanto uma força sociopolítica que consolida regras que norteiam as relações factuais²⁵ entre os indivíduos. E é nesta linha de pensamento,

²⁵ Não se olvide aqui de compreender esses fatos como uma exteriorização de valores.

que se compreendem as relações de modo não estático, o que requer do Direito um constante movimento de ajuste a cada contexto determinado. Arremata Wolkmer:

[...] Assim sendo, uma das funções sociais básicas do Direito é a arbitragem do jogo de forças e reivindicações em conflito, pois é no dialético impasse de vontades que teologicamente o Direito realiza seu intento: a proteção de um interesse em face da postergação de outro interesse e o reconhecimento da legitimidade de dominação de um interesse sobre outro interesse. (2003, p. 180-181).

É nesse jogo de administrar os diversos interesses que regem as relações entre os indivíduos que se encontra inserida a ciência jurídica. Como já asseverado, em linhas alhures, o Direito é entendido como a convergência de fato, valor e norma, enquanto seus elementos integrantes. A norma reflete a realidade factual e valorativa de determinada sociedade, considerando um determinado contexto histórico. Justamente por isto, de igual modo, entendo o Direito enquanto categoria histórico-social.

A reflexão acima me conduz a pensar o Direito na contemporaneidade, isto porque, anteriormente, vigorava entre nós uma perspectiva eminentemente positivista, o que significava dizer que o Direito era materializado na lei. Decerto, este foi o pensamento vigorante durante muito tempo no qual, embora existissem outras fontes normativas, a lei preponderava dentre as demais como soberana. Não vou me ater à análise minuciosa acerca dos conceitos da introdução do estudo do direito dentre os quais se situa a análise das fontes normativas e teorias que tratam do assunto, mas entendo relevante apresentar, em poucas linhas, em que consistem as fontes do Direito e sua finalidade.

A origem etimológica da palavra fonte vem do latim *fons*, que significa o “lugar de surgimento da água”, a “nascente” e desta concepção não se afasta o Direito que, numa analogia, insere uma reflexão em torno de onde surge o Direito, ou melhor, de onde se constitui o conteúdo do sistema jurídico²⁶.

No estudo das fontes do Direito, encontram-se as fontes materiais que se traduzem nos fatores que colaboram para a criação da norma, como os valores sociais, as necessidades humanas, os elementos culturais, a vontade de classes e de determinados grupos, bem como as fontes formais que representam os instrumentos normativos dentre os quais se destacam as

²⁶ Vale a pena salientar o posicionamento de Dimoulis (2003, p. 183) que entende pela inadequação do termo fonte do Direito por entender que não existe uma nascente das normas jurídicas, existem somente suas raízes na realidade social e seus recipientes, o que quer dizer, seus veículos escritos, nos quais se encontram as normas.

leis, a jurisprudência, a doutrina, os costumes, os princípios gerais de direito e a vontade negocial.

Não obstante as referidas fontes formais jamais fossem negadas, durante muito tempo, em especial no contexto de vigência da codificação de 1916, que foi galgada ao patamar de constituição das relações privadas, prevalecia uma soberania da legislação positivada em detrimento das demais fontes normativas. Eduardo Bittar (2009, p. 178) ressalta que um dos maiores arcabouços de manutenção da hegemonia social, portanto, de garantia de uma ordem estabelecida, está na legislação. Contudo, as mudanças de paradigmas trazidas pela pós-modernidade, contemplaram a necessidade de absorção de outras fontes do Direito na aplicabilidade do sistema jurídico, já que fatos sociais antes não vivenciados não estavam disciplinados na lei ou se encontravam em desajuste com a norma em vigor. Diante disto, o Direito precisou se escorar em outras fontes normativas, decretando uma nova postura de abertura de seu sistema jurídico, e passou a conceber, além da legislação, os princípios, a jurisprudência, a doutrina, enquanto produção dogmática para consubstanciar as decisões judiciais. Corroborando este entendimento, Michel Miaille (2005, p. 203), com as seguintes palavras traduz raciocínio similar: “O problema das fontes do direito numa sociedade concreta, historicamente determinada, confronta-nos com as questões dialeticamente ligadas do conteúdo e da forma do direito que assim se apresentam”.

Partindo desse posicionamento, também é possível inferir as mudanças ocorridas a partir da entrada em vigor da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, que inseriu mudanças de paradigmas na sistemática jurídica. Note-se que esta mudança não surgiu do acaso, mas como fruto de um movimento internacional pós Segunda Guerra Mundial que deu força jamais vista aos direitos humanos²⁷ e acabou por culminar na centralização do homem como foco da proteção legal.

Nesse contexto histórico, muitas das constituições ocidentais passaram a ter como vetor axiológico o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, além do próprio princípio democrático, que visa proteger a soberania popular²⁸. Assim, após sair do regime ditatorial, a CF/88 seguiu esta linha, positivando enquanto preceito fundamental do Estado

²⁷ A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, consolidou-se enquanto a concretização da tutela do homem pelo ordenamento jurídico internacional. Essa Declaração se constituiu enquanto resolução, com natureza não impositiva, mas que ganhou força de princípio de *jus cogens*, de direito costumeiro internacional, o que tacitamente foi incorporado no Brasil, até porque este passou a compor a Organização das Nações Unidas (ONU) a partir de 1945.

²⁸ Essas referências históricas se revelam enquanto resultado positivo após as barbáries que aconteciam no contexto da Segunda Guerra Mundial, até mesmo porque o próprio Adolf Hitler se constituiu no poder de maneira nãolegitimada pelo povo.

Democrático de Direito, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana e, ao longo de seu texto, consolidou outros vetores principiológicos como a igualdade, o pluralismo político, a cidadania, a liberdade e a solidariedade entre outros.

Vale a pena considerar, também, que a função da dogmática jurídica²⁹ passa pela necessidade de solucionar conflitos de possíveis coalisões entre as fontes do direito, chamadas de antinomias, e adequá-las às celeumas que são postas perante o Poder Judiciário a quem incumbe, enquanto representante do Estado, solucionar. Bittar realiza uma reflexão em torno do Direito no discurso pós-moderno e da proteção da dignidade humana, como foco da tutela jurídica ao aduzir que:

O discurso pós-moderno, dentro ou fora das ciências jurídicas, e mesmo dentro delas, desde o direito civil ao direito constitucional e à teoria do Estado, parece falar a língua da proteção irrestrita da dignidade da pessoa humana, à defesa das liberdades fundamentais e às expressões da personalidade humana, preocupações estas demonstradas com o crescimento da publicização do direito privado, bem como com o crescimento da discussão e do debate da importância dos movimentos teóricos em torno de direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos. (2009, p. 299).

O ordenamento jurídico brasileiro passou a ampliar suas fontes normativas mediante o efetivo reconhecimento da força cogente dos princípios o que, por consequência, também abriu portas a outras fontes como a jurisprudência, a doutrina, os costumes, etc. Falo isto em vista da edição de leis que se seguiram após a promulgação da Carta Magna de 1988, inclusive a própria codificação civil de 2002³⁰ que, em muitas de suas disposições, contempla esta perspectiva principiológica.

Contudo, os instrumentos de edição legislativa, na atualidade, considerando como enfoque os conflitos em torno do direito de família, não são suficientes para dirimir as celeumas que chegam ao Poder Judiciário. Tomo como exemplo recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceu a união estável de casais homoafetivos, tendo como fundamento uma interpretação à luz dos princípios evidenciados na Carta Magna, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, a saber:

²⁹ A dogmática indica um conjunto de opiniões, doutrinas ou teorias; estuda e discute as opiniões sobre a validade e a interpretação do direito, sobre aquilo que deve ser aplicado porque corresponde à vontade do legislador (DIMOULIS, 2003, p. 52).

³⁰ A análise minuciosa em torno do tratamento da mulher no livro de Direito de Família será realizado no capítulo 05.

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir 'interpretação conforme à Constituição' ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da 'dignidade da pessoa humana': direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO 'FAMÍLIA' NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no

igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', verbis: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer

significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.

Não pretendo me ater ao mérito da decisão, mas à questão aqui defendida em torno do Direito enquanto construção humana e que, portanto, requer uma conformação do sistema jurídico à realidade factual. Partindo de uma interpretação literal do texto expresso da Constituição Federal³¹ e do Código Civil³², é possível constatar que a citada decisão do STF se encontra em confronto com as disposições legais referendadas, vez que estas somente reconhecem a união estável enquanto entidade familiar estabelecida entre homem e mulher.

Ocorre que esta temática se consolida em verdadeira antinomia, ou seja, em conflito de normas e, nestas circunstâncias, deve-se eleger fonte normativa mais adequada para julgar estes conflitos e contemplar o suprimento das necessidades sociais. Assim, entendo relevante reproduzir a concepção acerca das novas fontes do Direito de Família apresentada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 75) que declaram: “A Constituição da República, então, apresenta novos valores, informando e fundamentando as relações privadas, fincando, por conseguinte, as vigas de sustentação do sistema de direito privado, reunificando o sistema civilista”. Ademais, vale a pena ressaltar que este processo de análise das fontes deve visar a tutela do indivíduo, à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, já que este foi colocado no centro da proteção legal ou, nas palavras de Antonio Castanheira Neves (2002, p. 69): “O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”.

O que pretendo com este exemplo e com as reflexões expostas é demonstrar que o Direito se apresenta revestido da necessidade de contemplar os fatos e valores através da norma, o que não se limita a entender a norma enquanto aquela que está positivada, enquanto lei, ou seja, mediante a aquiescência do Estado. É inegável que a lei, em termos gerais, tende a reproduzir a realidade social, contudo, muitas vezes esta não acompanha as mudanças fático-axiológicas que ocorrem na sociedade. Sendo assim, não poderia isentar-se a ciência jurídica de solucionar o conflito social ou restringir-se a aplicar apenas a lei, devendo

³¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

³² “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

viabilizar a instrumentalização do Direito através das fontes normativas, ponderando-se, no caso concreto, dentre elas, aquela que melhor contempla a necessidade do indivíduo³³.

2.2 FATO, VALOR E NORMA: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO E SUA TRIDIMENSIONALIDADE

Considerando que o presente estudo tem por fito proporcionar um diálogo interdisciplinar, cumpre posicionar a perspectiva jurídica que pretendo delimitar para embasar a análise comparativa entre o diploma civil que vigorou de 1916 a 2002, no tocante às disposições que tratavam das mulheres no disciplinamento do direito de família. Com isto, é possível entender, a partir da teoria tridimensional que será abordada a seguir, os efeitos dos fatos e valores que vigoravam e seus reflexos nas disposições normativas.

Antecipa-se aqui que o processo de transposição de um código para outro passou por um longo processo histórico que imprimiu o resultado de lutas de segmentos sociais que, aos poucos, esvaziaram algumas disposições do século passado por outras que, gradativamente, representavam avanços sociais. Alguns destes progressos normativos foram tratados no capítulo anterior como fruto da luta de mulheres, face às mudanças de paradigmas sociais e econômicos, que culminaram, a título exemplificativo, na emancipação política, no alcance da plena capacidade para a prática dos atos da vida civil, com o Estatuto da Mulher Casada e a igualdade de gêneros expressa na Constituição Federal enquanto um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, é possível entender que o Direito se constitui enquanto valorações de fatos humanos que ensejam uma integração. Daí porque, nos termos de Miguel Reale³⁴ (1994), o valor, sobre ser um elemento constitutivo da experiência ética, é a razão deontológica da ação, fornecendo critérios aferidos de sua legitimidade. Acrescenta, ainda, o jurista, que o valor se realiza como uma sucessão de elementos normativos cada um dos quais traduz as valorações humanas concretizadas através do tempo, sem que nem mesmo a totalidade de tais momentos normativos logre exaurir a potencialidade inerente ao mundo dos valores.

Partindo da perspectiva apresentada por Miguel Reale, é possível atribuir à ciência do Direito uma perspectiva histórico-cultural, imprescindível para a sustentação da análise a

³³ Há vasta produção teórica em torno de técnicas hermenêuticas que estabelecem de critérios para solucionar as antinomias, dos quais me escuso em apresentar, vez que não é o objeto deste estudo.

³⁴ Este jurista ganhou destaque com a construção da teoria tridimensional, que foi acolhida no Direito Brasileiro, com destaque no cenário internacional.

que se propõe o presente estudo. Neste sentido, ao atrelar fatos e valores à normatividade não estou, aqui, seguindo o próprio entendimento do mentor desta teoria, afirmando a plena harmonização desses três elementos integrantes da teoria tridimensional, mas admito que a norma pode, inclusive, contrapor fatos a valores e vice-versa. Para tanto, dada a adequação da exemplificação apresentada por Reale, que se amolda perfeitamente às reflexões apresentadas neste estudo, reproduzo suas palavras: “A tão falada revolta dos fatos contra os códigos, que teria assinalado o fim da era individualista, nas primeiras décadas de nosso século, não é senão um exemplo de acentuação típica de um fenômeno constante na vida do Direito” (1994, p. 99).

Entendo relevante aclarar que o conceito de norma não se restringe às leis propriamente ditas, mas requer uma correlação às fontes do direito que, por sua vez, se apresentam a partir de duas acepções, uma matéria e outra formal. Ensina o jurista baiano Ricardo Maurício Soares (2013, p. 65-66) que as fontes materiais do direito são os elementos econômicos, políticos e ideológicos que compõem determinada realidade social, interferindo na produção, interpretação e aplicação da normatividade jurídica. Segundo o referido autor, os elementos que integram um dado contexto social se configuram enquanto matéria-prima para a elaboração jurídico-normativa. Por outro lado, as fontes formais se apresentam enquanto modos de surgimento e manifestação da normatividade jurídica propriamente dita através da positividade. Neste rol de fontes formais, é possível encontrar tanto fontes produzidas por órgãos do Estado – que se materializam através da legislação ou jurisprudência – bem como fontes não estatais cuja produção se encontra na doutrina, no costume jurídico e no negócio jurídico, por exemplo³⁵.

O próprio mentor da teoria tridimensional esclarece a amplitude do conceito de norma – para além das normas legais, ou seja, aquelas expressamente positivadas – ao se reportar às necessidades de reavaliar as normas dadas as mudanças no campo fático e axiológico que requerem sua adequação:

O certo é que, no mais das vezes, constituídas as normas jurídicas, como composição de exigências factuais e axiológicas – que se trate de normas legais, consuetudinárias, jurisdicionais ou negociais – o equilíbrio social, que elas representam, surge como equilíbrio relativo e instável; sobretudo nas épocas marcadas por incessantes mutações tecnológicas, ou por buscas e inesperadas alterações no quadro dos valores psicológicos e éticos. (REALE, 1994, p. 99-100).

³⁵ Essa exposição acerca das fontes normativas já foi abordada no item 2.1, porém entendo relevante revisitá-la, dada a destinação interdisciplinar a que este trabalho se propõe.

Esclarece, ainda, Reale que a perspectiva histórica em que ele se assenta é a de um “historicismo aberto, que leva em conta o fator decisivo do ineditismo da liberdade, como componente do futuro, para vivência do presente e diagnóstico do passado” (1994, p. 83). Com isto, atrevo-me, na análise que será realizada no próximo capítulo, a refletir em torno da normatividade que vigorava no início do século passado enquanto reflexo dos valores que preponderavam naquele contexto histórico, assim como, de igual modo, entendo ser razoável passar pela mesma análise na norma vigente e diagnosticar problemáticas atuais que clamem por uma nova reedição normativa compatível com os fatos³⁶ – enquanto reflexos dos valores – vigorantes.

[...] as fontes do direito formam um sistema, quer dizer, conjunto coerente, dispondo de uma lógica, gozando de uma certa autonomia relativamente ao funcionamento da sociedade. Por outras palavras, do mesmo modo que o conceito de ‘modo de produção’ indica tanto o conteúdo de classe como a maneira como os homens estão organizados para produzir, a expressão ‘fontes do direito’ deveria ser compreendida no sentido de ‘modo de produção jurídico’. [...] assim, o sistema das fontes do direito elucidam-nos tanto sobre a maneira como o direito é produzido (ponto de vista formalista habitual) como sobre o seu conteúdo, se for verdade que qualquer forma é necessariamente forma de um conteúdo. (MIAILLE, 2005, p. 198).

De igual sorte se apresenta a perspectiva dialética aberta desta teoria que abarca a dialética de complementariedade – terminologia sugerida pelo próprio Reale (1994, p. 104) – que permite uma compreensão ampla da experiência jurídica, em razão da multiplicidade fatos–valores–normas em que pode se pautar a referida experiência jurídica. Não é à toa que a natureza plural das experiências jurídicas está relacionada com a multiplicidade de ordenamentos jurídicos que se apresentam.

Fato, valor e norma figuram como elementos integrantes da Teoria Tridimensional do Direito, que começou a ser desenvolvida e elaborada desde 1940 pelo jurista Miguel Reale que defende que a norma é elaborada para disciplinar os comportamentos humanos (os fatos) os quais, por sua vez, refletem valores. Sua proposta se fundamenta em uma metodologia dialética através da qual, a partir de uma análise dos elementos tridimensionais – fato, valor e norma –, é possível compreender a integralidade do fenômeno

³⁶ “O fato, em suma, é valorado, mas jamais se converte em valor. [...] Pois bem, na medida em que o fato se correlaciona a um valor, no âmbito de um processo, essa correlação já possui uma ‘exigência de medida’: é uma funcionalidade que já postula tanto o sentido do enlace como seu alcance e finalidade, visto como, digo eu, o fim não é senão ‘a veste racional do valor enquanto alvo da ação’” (REALE, 1994, p. 95-96).

jurídico. Deste modo, a norma é compreendida como integrada ao fato e ao valor, visto serem eles os elementos determinantes para o surgimento e a consolidação daquela.

[...] a experiência jurídica [...] só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõem a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergenciais da 'praxis social', mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente. (REALE, 1994, p. 77).

Dimitri Dimoulis apresenta uma interessante relação entre as três dimensões do direito e coloca a esfera da validade, no âmbito normativo/dogmático, que representaria o direito positivo ou, em palavras do próprio autor, “do dever ser jurídico fixado nas normas jurídicas válidas em determinado momento” (2003, p. 53-54). Trata, também, da esfera da realidade, que se situa no âmbito dos fatos, portanto, no campo sociológico, entre o dever ser jurídico e o ser ou, ainda, entre o direito e a realidade social e, por fim, a esfera da idealidade-legitimidade, que se atém à axiologia, ao espaço filosófico, às normas que deveriam compor o dever ser jurídico. É a partir da análise correlacionada entre estas três esferas que é possível indicar uma norma como injusta ou ineficaz, pois esta pode estar positivada e não estar em conformação com o contexto fático-axiológico; daí a necessidade de mudar e adequar àquilo que, de fato, é clamado em determinado contexto histórico-social.

Ressalta Paulo Náder (2010, p. 391) a relevância da construção da teoria tridimensional do Direito salientando que, diferente de outras acepções em torno dela³⁷, Reale se destacou pela natureza específica de sua teoria, que admite a participação dialética entre fato, valor e norma concebida enquanto unidade integradora, resultando, assim, no que se denomina de realidade fático-axiológico-normativa, e faz uma análise sintética que merece ser reproduzida:

[...] O Direito, para Reale, é fruto da experiência e localiza-se no mundo da cultura. Constituído por três fatores, o Direito forma-se da seguinte maneira: Um valor – podendo ser mais de um – incide sobre um prisma (área dos fatos sociais) e se refrata em um leque de normas possíveis, competindo ao poder estatal escolher apenas uma, capaz de alcançar os fins procurados. (NÁDER, 2010, p. 393).

³⁷ Essa teoria é colocada numa perspectiva genérica, segundo a qual fato, valor e norma são concebidos enquanto elementos aditivos, com a prevalência de um deles.

Em outras palavras, Náder (2010, p. 28) afirma que o Direito não tem existência em si mesmo, que ele existe na sociedade. Corroborando este posicionamento, outra ilustre jurista, Maria Helena Diniz, se manifesta acerca da relevância da tridimensionalidade pensada a partir de seus elementos concretizadores:

A norma deve ser concebida como um *modelo jurídico*, de estrutura tridimensional compreensiva ou concreta, em que fatos e valores se integram segundo normas postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição (ato decisório) emanado do legislador ou juiz, ou resultante das opções costumeiras ou de estipulação fundadas na autonomia da vontade dos particulares. (2010b, p. 142, grifo do autor).

Considerando esta concepção como basilar para compreender o direito enquanto fenômeno histórico-cultural, é possível entender as revelações que a norma positivada pode demonstrar, já que retrata uma realidade fática e valores vigorantes capazes de justificar sua edição e posterior positivação ou, em determinados casos, sua inadequação, vez que podem se tornar o que se denomina de “letra morta”, quando suas disposições já não mais retratam a realidade vigente³⁸.

À luz dessas considerações de ordem geral, mas em contraste direto com o que acontece na práxis jurídica, verifica-se que o ser e o fazer do homem, enquanto membro de uma coletividade, prática, nem pode deixar de praticar, constantemente atos valiosos para si e para os outros e que, na medida em que implica a pessoa do outro, põe uma exigência de medida, de composição ou de harmonia. A norma jurídica, por tal motivo, assinala sempre um momento de pausa, de objetividade relativa no decurso das operações incessantemente realizadas pelos indivíduos e pelos grupos, representando a forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura. (REALE, 1994, p. 98).

O enfoque deste trabalho está sediado no livro Direito de Família, cuja descrição acerca da organização de seu conteúdo será realizada no item 2.4, contudo, é imperioso trazer à tona a dinamicidade da norma de Direito de Família tanto amparada no regramento descrito

³⁸ Ressalte-se, entretanto, que o fato de atribuir ao Direito uma definição de realidade histórica imbricada no contexto da tridimensionalidade não o coloca sob a égide de um historicismo absoluto. Isto significa dizer que, embora se atribua uma natureza dinâmica ao Direito, até mesmo em razão de atrelá-lo, na concepção tridimensional, aos fatos sociais enquanto integrantes do próprio conceito desta ciência, há, contudo, que se destacar que o Direito possui uma constante axiológica, segundo Reale, invariável no curso da história.

nas codificações civilistas quanto em leis especiais que foram editadas entre o CC/16³⁹ e o CC/02⁴⁰. Neste sentido, manifestam-se Farias e Rosenvald que salientam:

Outrossim, não se pode negar um forte caráter dinâmico (não estático) na norma jurídica familiarista, uma vez que se destina ao regramento da própria vida privada, submetendo-se aos movimentos sociais e valorativos que lhe imporão constante evolução e mutação, de acordo com as variáveis temporais e espaciais, para atender às exigências humanas. (2012, p. 55).

Considerando a citação acima, a abordagem à luz da teoria tridimensional, ou seja, a compreensão do direito enquanto construção humana e, é claro, os movimentos sociais, que afetam a estrutura fática e valorativa, se apresenta enquanto razão na qual me apoio para justificar as mudanças legislativas no ordenamento jurídico brasileiro, em sede de Direito de Família, no tocante ao tratamento conferido às mulheres.

2.3 O DIREITO NA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA: DAS LIMITAÇÕES LEGISLATIVAS À REFLEXÃO DA LIQUIDEZ NORMATIVA

As diversas transformações vivenciadas pela sociedade contemporânea tiveram impacto fulminante nas relações jurídicas por terem alcançado mudanças de paradigmas antes consolidados no contexto social, econômico, cultural, tecnológico, entre outros, que afetaram a vida dos indivíduos. Como já sustentado nos tópicos anteriores, o Direito nasce do fato social que, por sua vez, traduz os valores vigentes na sociedade. Assim, com as mudanças operadas no contexto de um mundo em que os valores da Modernidade são questionados, as relações entre as pessoas foram remodeladas, logo, também o Direito o foi para melhor atender aos novos conflitos instaurados.

Bittar esclarece em que consiste o reflexo dessas mudanças ocorridas na atualidade, através de uma análise a partir da dimensão jurídica, para compreender a nova

³⁹ A partir de então passarei, eventualmente, a usar as siglas CC/16, para designar a codificação de 1916, CC/02, para indicar o Código Civil de 2002 e CF/88, para me remeter à Constituição Federal de 1988.

⁴⁰ Embora não seja o objetivo do trabalho, é importante salientar que, mesmo após a codificação de 2002, novas leis foram editadas, remodelando o direito de família, tais como a lei que inseriu os procedimentos administrativos para algumas causas, como o divórcio (Lei nº 6.515/1977, inventário, desde que preenchidos alguns requisitos legais (Lei nº 11.441/2007), a Emenda Constitucional do Divórcio (EC nº 66/2010), a lei da guarda compartilhada (Lei nº 11.698/2008), da adoção (Lei nº 12.010/2009) e a lei da alienação parental (Lei nº 12.318/2010), entre outras.

realidade estabelecida, na apresentação de seu título *O direito na pós-modernidade e reflexões*:

O saber jurídico, nesta dimensão de análise, tem o dever de ser consciente e sensível a essas mudanças culturais, e não pode deixar quedar silentes essas demandas sociais. Em meio a esta revolução, o direito deve estar presente, e, ainda, deve ser a ponte para a mudança, o meio de estabelecer o equilíbrio entre o possível e o impossível entre o realizável e o irrealizável, entre as pretensões não factíveis e as pretensões legítimas, em meio às profundas dores sentidas e ressentidas pelas instituições sociais tradicionais. (BITTAR, 2009, p. X-XI).

Contudo a própria expressão “pós-modernidade” não se apresenta apenas para designar um determinado contexto sócio-histórico, abrangendo a ideia de um processo de mudanças que alcança os diversos âmbitos da experiência contemporânea. É nesta perspectiva que assento meu posicionamento, corroborado pelas palavras de Bittar:

[...] entende-se interessante a identificação desse processo de ruptura como modo de se diferenciar e de se designar com clareza o período de transição irrompido no final do século XX, que tem como traço principal a superação de traços erigidos ao longo da modernidade. (2009, p. 105-106).

É claro que não se poderia deixar de atrelar esse fenômeno a um período histórico que circunda a década de 70 do século XX, contudo, a pós-modernidade se vincula ao surgimento de inquietações que emergiram a partir de circunstâncias sociais e culturais que desestruturaram e remodelaram uma sociedade pautada em novos paradigmas valorativos, culturais, sociais, econômicos, tecnológicos, dentre outros aspectos. A própria ideia de modernidade, amparada por alicerces que se sustentavam nos ideais burgueses, capitalistas e liberais, ainda está presente na sociedade pós-moderna, contudo, é notório que estes foram remodelados para a nova conjuntura instaurada. Diante disto, a realidade contemporânea se consagra enquanto fenômeno de transição que ainda não ganhou feições próprias, já que se refere ao período atual que a sociedade contemporânea está vivendo.

A pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual, ou muito menos um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança dos valores, dos costumes e dos hábitos sociais, das instituições, e algumas conquistas e algumas desestruturações sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição. (BITTAR, 2009, p. 109).

É possível identificar que uma nova ordem foi instaurada e que novos corolários passaram a estruturar a sociedade. Contudo, pela própria natureza desse processo de transição no qual me encontro inserida, entendo não ser possível fazer afirmações categóricas, já que, como fenômeno em produção que é, ainda não se estruturou de modo indefectível. Deste modo, não me atenho aos debates em torno das especulações acerca da descrição da pós-modernidade, preferindo me debruçar na nova conjuntura cultural instaurada e em seus reflexos no âmbito normativo: é o que passo a expor.

Como referendado no item 3.1, o Direito se encontra em meio às questões culturais, seja pela transposição do velho para o novo, seja pela própria consolidação do novo, mas os conflitos se instauram e isto, inevitavelmente, alcança o mundo jurídico. Relembre-se aqui a teoria tridimensional, revisitada ao longo de todo este estudo, como campo de reflexão, em que o Direito se conforma a partir da convergência dos elementos fato, valor e norma. Portanto, estando atrelado ao campo fático, o Direito recepciona uma sensibilidade às mudanças culturais que, por sua vez, refletem valores que passam a se materializar na sociedade.

Inclino-me pelos debates em torno da modernidade líquida, ou fluida, apresentados por Zygmunt Bauman, que se dilui em inúmeras obras, com diversos recortes epistemológicos, uma abordagem que, inicialmente, se apropriava da expressão pós-modernidade para depois afastá-la, passando a adotar modernidade líquida ou fluida.

Na concepção de Bauman (2001), são apresentadas duas modernidades, uma sólida, estática, fixa, condensada, com projeto bem delimitado, e outra, fluida, amolecida, alterada, desconstituída de seu projeto e sempre inacabável⁴¹, que se estrutura de modo divergente da sociedade que se configurou no início do século XX. Passou-se da durabilidade para uma época em que prevalece a transitoriedade que passa pela ideia de manter-se em movimento. Assume, contudo, o autor que o conceito de modernidade líquida ajuda a compreender tanto as mudanças ocorridas quanto a continuidade, já que ele refuta a ideia de que a modernidade tenha sido, em absoluto, suplantada pela chamada “pós-modernidade”.

Em entrevista conferida a Keith Tester, traduzida no título *Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester* (BAUMAN, 2011), ele se refere à questão da emergência do debate sobre a modernidade e pós-modernidade, com as seguintes palavras:

⁴¹ Segundo Bauman, essa “inacababilidade” constitui a essência da era moderna (2011, p. 88).

[...] Os novos conceitos são procurados com avidez e recebidos com satisfação quando cresce o sentimento de que as realidades que os conceitos antes usados representavam e assinalavam se alteraram e continuarão se alterando de modo tão profundo que uma nova rubrica se tornará necessária: que os velhos conceitos se referem a aspectos das realidades que deixaram de ser fundamentais e oferecem um eixo em torno do qual a experiência atual não gira mais. (BAUMAN, 2011, p. 82-83).

Ao ser questionado acerca das diferenças entre a ética moderna e a pós-moderna, Bauman afirma a sua dificuldade em encontrar uma resposta, mas não se escusa de apresentar elementos da ética moderna, o que entendo relevante reproduzir pela relação entre a norma e a estipulação dos comportamentos, no contexto histórico envolvido pela modernidade:

[...] Podemos afirmar com um mínimo de certeza em que consistia a ética moderna (descobrir um código de comportamento que qualquer pessoa de mente sadia teria que seguir); em que consistia a prática da ética da modernidade (estabelecer legalmente um ambiente social em que não haveria escolha senão obedecer ao código); quais os benefícios dessa prática (reduzir o volume de violência, ou seja, coerção ilegítima – desautorizada – na vida cotidiana); a que preço tais benefícios seriam alcançados (tornar habitual grande dose de violência legítima – autorizada – sob máscara de coerção funcional e rotinizá-la a ponto da invisibilidade); e quais suas consequências potencialmente mórbidas para a moral (a substituição da responsabilidade pelo outro pela conformidade à norma). (BAUMAN, 2011, p. 107).

No que diz respeito à ética pós-moderna, Bauman não se sente seguro para realizar análise similar alegando que “[...] esta ainda se encontra em estado nascente, nova demais para produzir qualquer cadeia estocástica confiável, e arriscar extrapolações de longo alcance a partir de sua breve história”. E acrescenta: “Pode-se dizer que a vida vivida como uma série de episódios independentes entre si e a consequente fluidez dos vínculos inter-humanos (presumida, senão genuína) pressagiam tempos difíceis para o self moral e os padrões de ética da sociedade” (BAUMAN, 2011, p. 107; 109).

Com isso, é inegável que a pós-modernidade, ou a modernidade líquida de Bauman, provoca mudanças em diversos níveis da sociedade – cultural, social, econômico, familiar e do trabalho, entre outros –, que ainda estão se consolidando, razão pela qual ainda não é possível apontar em que consistem, em termos definitivos e concretos; contudo, é possível identificar algumas alterações que refletem no campo jurídico.

Novas situações fáticas alcançam o Poder Judiciário de modo inusitado, situações que envolvem circunstâncias sequer positivadas na lei, mas que exigem a solução de conflitos instaurados pela ciência jurídica. Considerando que cabe ao Direito dirimir os conflitos

sociais a fim de harmonizá-los e garantir a ordem, ainda que inexista regramento expresso, ou mesmo que exista, este já não atende ao contexto contemporâneo, deve o Direito buscar a solução em outras fontes normativas⁴² para solucionar o caso concreto. Deste modo, o Direito suplantou uma postura eminentemente legalista, passando a contemplar a relevância de outras fontes do Direito. Esta nova atitude representa uma mudança significativa que coloca o Direito na atualidade com o mesmo viés líquido, moldável, fluido, que deverá se adequar a cada caso concreto.

O que desejo é registrar uma reflexão em torno de um direito líquido, não mais sólido, rígido, que se restringia às leis expressas para a solução de conflitos entre os indivíduos, ainda que esta saída não contemplasse efetivamente as necessidades humanas. A realidade jurídica na pós-modernidade está diante de situações que ainda não foram positivadas ou cuja positivação se encontra em desarmonia com o contexto social. Também é possível dizer que, em muitos casos, a ciência jurídica se depara com antinomias, conflitos normativos, ou seja, casos concretos, que confrontam o Direito, em razão de existirem leis, princípios ou outras fontes normativas que não se ajustam de modo harmônico ao caso concreto, para solucionar o impasse instaurado. Quando a pluralidade de fontes normativas corrobora para a solução de determinada questão, não há problemas, contudo, quando as normas tutelam o interesse conflitante, de modo divergente, nasce, para o Direito, a necessidade de ponderar, interpretar e eleger a norma que melhor solucione o impasse, desde que tenha como cerne da proteção, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

Diante dessas mudanças paradigmáticas já asseveradas e presentes em tantas esferas da vida humana, encontra-se o Direito, que recepciona, também, conflitos jamais vistos como fruto dos avanços tecnológicos, por exemplo, que reordenam outras áreas da vida humana. Vale a pena citar, a título exemplificativo, um caso recente ocorrido no Brasil, em 15 de agosto de 2010, quando foi veiculada, na mídia, uma reportagem⁴³ que envolvia a discussão da reprodução assistida (RA), em que um juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu registro a criança nascida por inseminação artificial heteróloga⁴⁴, garantindo assim, o seu direito à filiação. A criança nasceu a partir da técnica de reprodução

⁴² Já tratei das fontes normativas no item 3.1 e reiterarei no 3.2, de modo que agora entendo despidiando retomar o debate.

⁴³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/783371-juiz-concede-registro-de-crianca-nascida-por-inseminacao-artificial-heterologa-emsc-shtml?n=41>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

⁴⁴ Nascida a partir de material genético de terceiro.

assistida heteróloga, sendo gerada com o sêmen do pai e o óvulo de uma doadora anônima. Além disto, a irmã do pai cedeu a barriga para a gestação da criança, porém, após a gestação, esta se insurgiu contra a entrega da criança para seu irmão e esposa, pugnando pelo direito à maternidade, vez que havia dado a luz à criança. Esta celeuma foi recepcionada pelo Poder Judiciário, que precisou solucionar um caso em que se discutia não somente a filiação da criança, mas o direito de duas mulheres e de um pai que desejam a maternidade e a paternidade, respectivamente. Tratava-se, portanto, do interesse de três adultos e de uma criança que o Direito deveria contrapor e decidir no caso concreto.

Diante da celeuma instaurada, o magistrado precisou solucionar o impasse acerca da filiação da criança, vez que, de um lado, estava a “mãe de aluguel” e, de outro, o pai, que cedeu o gameta masculino, e sua esposa infértil. Para resolver a questão, o juiz embasou sua decisão no princípio da dignidade da pessoa humana previsto na CF/88, art. 1º, III, e em dispositivo do Código Civil de 2002, art. 1597, IV, que assim estabelece: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por ‘inseminação artificial heteróloga’, desde que tenha prévia autorização do marido”⁴⁵.

Ainda acerca do caso acima, o juiz da causa salientou que o CC/02 não disciplina nem regulamenta a reprodução assistida, mas soluciona a problemática acerca da presunção de paternidade e, ainda, salienta a necessidade de lei específica, por estatuto ou microsistema, para disciplinar a reprodução assistida.

Verifica-se, neste caso, uma série de questões que ensejam complexas discussões, vez que a intervenção do Poder Judiciário se deu pela necessidade de solucionar o conflito em torno da filiação de uma criança nascida a partir de material genético de seu pai e de terceira pessoa desconhecida, gerada na barriga de outra pessoa, irmã do proprietário do material genético masculino, a quem se poderia denominar de genitor. No entanto, ao analisar a situação com minúcia, em especial, as questões sociais envolvidas, verifica-se que não só se adentra a questão da filiação, mas das relações de parentesco, de conceitos como maternidade, paternidade, família, além de evidentes confrontos de normas e interesses que devem ser analisados de acordo com cada caso concreto. Se não bastasse, é válido, ainda, sinalizar a ausência de normatização que regulamente a reprodução assistida, não obstante o Conselho Federal de Medicina (CFM), com a Resolução nº 1.358/92, já tenha disciplinado a questão, porém, através de normas cuja aplicabilidade é limitada aos médicos e atuantes afins da medicina.

⁴⁵ Essa disposição normativa será abordada no Capítulo 4 com veemente crítica acerca do discurso implícito na norma.

É notório que os avanços tecnológicos da contemporaneidade desembocam em consequências/conflitos, muitas vezes sequer pensados e que, por isto, afetam diversas áreas do conhecimento humano, que levam à busca do amparo do Poder Judiciário para solucioná-los. A ciência, como processo de construção social, produz seus objetos. A invenção científica adquire sentido em sua capacidade de reinventar o social em função de valores que, no caso de RA, estão associados a fertilidade, gênero, maternidade, hereditariedade, reprodução consanguínea, parentesco, etc., valores nos quais adquire relevância o desejo do filho biológico tido como principal justificativa para o desenvolvimento e a oferta de serviços de RA (CORRÊA, 2001). Tais questões inquietantes e muitas outras que pairam diante do Judiciário nascem a partir de contextos sociais e, muitas vezes, requerem disciplinamento. Nas palavras de Bourdieu (2000, p. 11): “o direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este”. Eduardo Bittar, por sua vez, reitera que os reflexos de diversas questões da pós-modernidade interferem no Direito, com as seguintes palavras:

A pós-modernidade, com todo o seu fermento buliçoso e seus estremecimentos, trouxe consigo uma série de modificações que, em parte, trouxeram benefícios diretos e imediatos aos sistemas jurídicos contemporâneos, e, em parte, causaram abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social. (BITTAR, 2009, p. 176).

O Direito, portanto, passa a vivenciar uma nova realidade que requer uma reorientação dos parâmetros de aplicabilidade da norma para atender à nova realidade instaurada e que traz consigo novas problemáticas. Daí a minha proposta de adequação desta nova realidade jurídica à teoria da modernidade líquida de Bauman, pois o Direito precisa se moldar aos novos fatos sociais os quais, por sua vez, refletem novos valores, alguns já consolidados outros em construção, já que entendo a pós-modernidade em um contexto ainda em transição que não se desvincula dos reflexos da modernidade, como referido em linhas alhures. Desta feita, ao entender a ciência jurídica enquanto instrumento de transformação social inserida neste processo, não se pode deixar de concluir que o Direito passou e passa por um processo de reorientação em que a sua conduta restrita apenas à aplicabilidade da lei aos conflitos sociais instaurados é superado por um novo modelo que clama pela abertura normativa.

Juntamente com estes fatos, os conflitos deixam de ter a proporção e a perspectiva de serem conflitos individuais, e passam a se tornar conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos, trans-individuais, motivando o colapso das formas tradicionais de se atenderem a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado liberal, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês. Enfraquecido capitalisticamente, o Estado perdia um de seus maiores arcabouços de manutenção da hegemonia social e de monopólio da violência: a legislação. (BITTAR, 2009, p. 178).

Essa pós-modernidade se caracteriza como um tempo de indefinição que, nas palavras de Bittar, se estabelece como:

[...] marcados pela erosão de valores, pela alteração de parâmetros de comportamentos, pela decrepitude e pela inadequação das instituições aos desafios presentes, pelas mudanças socioeconômicas, pelas crises simultâneas que afetam diversos aspectos da vida organizada em sociedade, pela explosão de complexidade provocada pela emergência de novos conflitos sócio institucionais, pela requalificação dinâmica dos modos de produção, pelas alterações profundas nos modos tradicionais de se conceber o ferramental jurídico para a construção das regras sociais... (2009, p. 6).

O Direito, portanto, inserido no contexto da pós-modernidade, não se definiu enquanto ciência pragmática, fechada, sólida, rígida, com aplicabilidade delimitada ao que está estabelecido na lei, mas se encontra em construção, enquanto construção humana, fruto das necessidades fático-axiológicas que se estabelecem em meio aos novos paradigmas estruturantes desta nova sociedade. Desta feita, assim como a modernidade líquida, o Direito se encontra na mesma formatação fluida, de adequação a cada caso concreto que requeira a solução de conflitos, independentemente de prévia disposição legal, mas se considera uma abertura das fontes do Direito para cancelar a tutela necessária à proteção da dignidade da pessoa humana.

2.4 DIREITO DE FAMÍLIA E SEU ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Após situar a concepção do Direito como construção humana que remonta à análise dos fatores que o concebem – fato, valor e norma – entendo de crucial relevância apresentar o livro de Direito de Família, que se enquadra enquanto objeto deste estudo, a fim de melhor aclarar a base legal que retratará a conjuntura factual e valorativa da sociedade e os reflexos dispensados pela norma às mulheres.

O foco deste trabalho está centrado na análise do tratamento da mulher no âmbito das codificações de 1916 e 2002, considerando, inclusive, as modificações conferidas ao primeiro Código com a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1962) e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 1977). Diante disto, a fim de melhor aclarar as temáticas pelas quais passarão as análises sobre as quais me debruçarei ao longo do Capítulo 4, entendo relevante explanar acerca do conteúdo sediado pelo livro de Direito de Família, presente em ambas as codificações.

Segundo lições de Clóvis Beviláqua, constitui matéria disciplinada pelo livro de Direito de Família, com ênfase na codificação de 1916:

A regulamentação do casamento, seus efeitos pessoais e econômicos, sua duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela, são os enfeixamentos de relações principais, que se originam da família e cuja exposição pertence a esta parte do direito civil, a que se dá o título de Direito de Família. (1943, p. 20).

Vale a pena sinalizar que Beviláqua é jurista consagrado que figurou enquanto autor do projeto de Lei do Código Civil de 1916, daí a relevância de aqui reproduzir a sua conceituação, vez que a estrutura do Código passou pela sua formulação. Contudo, sua concepção ainda norteava a acepção de Direito de Família circunscrita ao matrimônio, como se pode constatar da conceituação elaborada por Caio Mário da Silva Pereira que aduz:

[...] essas normas ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre ascendentes e descendentes ou entre parentes fora da linha reta, ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passa, entre os cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos frente aos pais, o tutelado em face do tutor, o interdito em face do seu curador. (1981, p. 29).

Nota-se que a concepção de Direito de Família apontada por Beviláqua abarca uma relação vinculada eminentemente ao casamento. Em uma perspectiva mais harmonizada ao Direito de Família contemporâneo, conceituam outros expressivos expoentes do Direito Civil, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Contemporaneamente, entretanto, não é possível aprisionar o Direito das Famílias nas relações derivadas do casamento, como fez a legislação de 1916, em face do caráter plural das entidades familiares afirmado pela *Lex Fundamentallis*.

Assim, sobreleva destacar que o Direito das Famílias assume o papel de setor do Direito privado que disciplina as relações que se formam na esfera da vida familiar, enquanto conceito amplo, não limitado pelo balizamento nupcial. Tais relações que se concretizam na vida familiar podem ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental (comunidade de ascendentes e descendentes) e em outros núcleos fundados no afeto e na solidariedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 49-50).

Embora variável em relação ao tempo, é inegável que o objeto do estudo dedicado no livro de Direito de Família está na própria família. O que se nota, entretanto, é uma mudança da concepção de família pelo Direito, que passou de uma visão adstrita ao matrimônio, com acréscimo de outros institutos como a tutela e a curatela, até se alcançar a visão plural em que o Direito de Família, atualmente, está assentado. Enquanto a codificação de 1916 entendia enquanto família legítima – ou seja, reconhecida por lei – aquela que estava sob o amparo do casamento, sendo este instituto legitimador das relações entre os cônjuges e entre estes e seus filhos os quais deveriam advir desta relação marital⁴⁶, o Código Civil de 2002 trata, de modo diversificado, a unidade familiar, concebida não só a amplitude de seu conceito, mas, por reconsiderar, em diversos momentos, sob diferentes perspectivas⁴⁷, o núcleo familiar.

Não se pode olvidar o avanço que representou a Carta Magna de 1988 que, além de garantir, à família, a proteção do Estado, apresentou, em seus parágrafos subsequentes, um rol exemplificativo das modalidades de família reconhecidas por lei, quais sejam, a família oriunda do casamento, a união estável e a família monoparental. Com isto, rompeu-se com a concepção do início do século passado da família matrimonializada como único modelo previsto em lei e que recepcionava o atributo de legítima. A intervenção da CF/88 no mais íntimo núcleo das relações privadas consolidou a suplantação da dicotomia do direito público e privado, o que permitiu entender o Direito como imbricado em todas as suas relações.

Apesar dessa concepção ampliada da proteção do Direito de Família, ainda se percebe que o legislador demonstra uma inclinação em favor do instituto do casamento. Enquanto a codificação de 1916 tutelava, exclusivamente, a família oriunda do casamento, a codificação de 2002 ampliou suas disposições para disciplinar não apenas o casamento, mas, também, a união estável. Ademais, embora a própria Constituição tratasse, além do casamento

⁴⁶ Caso não estivessem sob o amparo do casamento, eram os filhos denominados de ilegítimos, com repercussões jurídicas que serão analisadas no próximo capítulo.

⁴⁷ O artigo 1.412, §2º, do CC/02, ao tratar do conceito de família para reger o instituto do direito real de uso, acata, além dos cônjuges, os filhos solteiros e as pessoas de seu serviço doméstico. Ainda nesta linha, o artigo 1.595 também absorve a expressão “família” para tratar do parentesco por afinidade, que liga os parentes de um cônjuge aos parentes do outro cônjuge.

e da união estável, da família monoparental, o CC/02 sequer dispensou um único artigo para disciplinar esta modalidade familiar. Contudo, as regras que regulam o casamento são tratadas em 79 artigos, sendo que a união estável se restringe a cinco. Nota-se, também, uma diferença de tratamento, no que se refere às relações patrimoniais que passaram a recepcionar uma seção própria para as suas regras, do mesmo modo que no CC/16, dada a relevância deferida por ambos os códigos ao se reportarem aos efeitos patrimoniais.

O Código Civil de 1916 tratava do direito de família em seu Livro I, da parte especial, que se dividia em seis títulos, originariamente com a seguinte organização: Título I – Do casamento; Título II – Dos efeitos jurídicos do casamento; Título III – Do regime dos bens entre os cônjuges; Título IV – Da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos; Título V – Das relações de parentesco; e Título VI – Da tutela, da curatela e da ausência. Cada um destes títulos se subdividia diretamente em capítulos ou seções e estas em capítulos, de modo que entendo que a apresentação da forma como a disciplina era tratada no Código através do quadro apresentado a seguir (Figura 1) permite melhor compreensão de toda a matéria⁴⁸.

Saliente-se, ainda, que a matéria que trata do direito sucessório estava abarcada no livro de Direito de Família, na codificação de 1916, porém, aqui não me ative, pois a codificação de 2002 trata a matéria como disciplina apartada e não seria este o objeto da análise.

No tocante à disposição das regras do livro de Direito de Família do Código Civil de 2002, o tratamento dispensado pelo legislador é diferenciado, isto porque, ao invés de inaugurar a parte especial do Código Civil, como ocorreu em 1916, o Direito de Família é localizado no seu penúltimo livro⁴⁹. Sendo assim, ficou o Livro IV com o encargo de regular as disposições do Direito de Família, que fragmentou ainda mais o CC/16, com sua divisão através de Títulos, que se subdividiram em subtítulos, e estes, por sua vez, em capítulos, que se desmembraram, alguns deles, em seções. Os títulos são divididos da seguinte maneira: Título I – Do Direito Pessoal; Título II – Do Direito Patrimonial; Título III – Da União Estável; e Título IV – Da Tutela e da Curatela. De igual modo como fiz com o livro de Direito de Família do CC/16, vou tentar aqui apresentar o conteúdo do CC/02 através de um quadro ilustrativo (Figura 2) similar ao realizado anteriormente:

⁴⁸ Saliente-se que a ortografia segue a versão original da codificação de 1916.

⁴⁹ A parte especial, na codificação de 2002, passou a ser inaugurada pelo Direito das Obrigações.

Figura 1 – Quadro Ilustrativo: Direito da Família no Código Civil de 1916

TÍTULO I DO CASAMENTO	
CAPÍTULO I	DAS FORMALIDADES PRELIMINARES
CAPÍTULO II	DOS IMPEDIMENTOS
CAPÍTULO III	DA OPOSIÇÃO DOS IMPEDIMENTOS
CAPÍTULO IV	DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO
CAPÍTULO V	DAS PROVAS DO CASAMENTO
CAPÍTULO VI	DO CASAMENTO NULO E ANULÁVEL
CAPÍTULO VII	DAS DISPOSIÇÕES PENAIS
TÍTULO II DOS EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO	
CAPÍTULO I	DISPOSIÇÕES GERAIS
CAPÍTULO II	DOS DIREITOS E DEVERES DO MARIDO
CAPÍTULO III	DOS DIREITOS E DEVERES DA MULHER
TÍTULO III DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES	
CAPÍTULO I	DISPOSIÇÕES GERAIS
CAPÍTULO II	DO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL
CAPÍTULO III	DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL
CAPÍTULO IV	DO REGIME DA SEPARAÇÃO
CAPÍTULO V	DO REGIME DOTAL
Seção I – Da constituição do dote; Seção II – Dos direitos e obrigações do marido em relação aos bens dotaes; Seção III – Da restituição do dote; Seção IV – Da separação do dote e sua administração pela mulher; Seção V – Dos bens parafernaes.	
CAPÍTULO VI	DAS DOAÇÕES ANTENUPCIAES
TÍTULO IV DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DA PROTEÇÃO DOS FILHOS	
CAPÍTULO I	DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL
CAPÍTULO II	DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS
TÍTULO V DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO	
CAPÍTULO I	DISPOSIÇÕES GERAIS
CAPÍTULO II	DA FILIAÇÃO LEGÍTIMA
CAPÍTULO III	DA LEGITIMAÇÃO
CAPÍTULO IV	DO RECONHECIMENTO DOS FILHOS ILEGÍTIMOS
CAPÍTULO V	DA ADOÇÃO
CAPÍTULO VI	DO PÁTRIO PODER
Seção I – Disposições gerais; Seção II – Do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos, Seção III – Do pátrio poder quanto aos bens dos filhos; Seção IV – Da suspensão e extinção do pátrio poder	
CAPÍTULO VII	DOS ALIMENTOS
TÍTULO VI DA TUTELA, DA CURATELA E DA AUSÊNCIA	
CAPÍTULO I	DA TUTELA
Seção I – Dos tutores, Seção II – Dos incapazes de exercer a tutela; Seção III – Da excusa dos tutores; Seção IV – Da garantia da tutela; Seção V – Do exercício da tutela; Seção VI – Dos bens de órfãos; Seção VII – Da prestação de contas da tutela; Seção VIII – Da cessação da tutela	
CAPÍTULO II	DA CURATELA
Seção I – Disposições gerais; Seção II – Dos pródigos; Seção III – Da curatela do nascituro	
CAPÍTULO III	DA AUSÊNCIA
Seção I – Da curadoria de ausentes; Seção II – Da sucessão provisória; Seção III – Da sucessão definitiva; Seção IV – Dos efeitos da ausência quanto aos direitos de família	

Fonte: Elaboração própria

Figura 2 – Quadro Ilustrativo: Direito da Família no Código Civil de 2002

TÍTULO I DO DIREITO PESSOAL
SUBTÍTULO I DO CASAMENTO Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Da capacidade para o casamento; Capítulo III – Dos impedimentos; Capítulo IV – Das causas suspensivas; Capítulo V – Do processo de habilitação para o casamento; Capítulo VI – Da celebração do casamento; Capítulo VII – Das provas do casamento; Capítulo VIII – Da invalidade do casamento; Capítulo IX – Da eficácia do casamento; Capítulo X – Da dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal; Capítulo XI – Da proteção da pessoa dos filhos
SUBTÍTULO II DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Da filiação; Capítulo III – Do reconhecimento dos filhos; Capítulo IV – Da adoção; Capítulo V – Do poder familiar
TÍTULO II DO DIREITO PATRIMONIAL
SUBTÍTULO I DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Do pacto antenupcial; Capítulo III – Do regime de comunhão parcial; Capítulo IV – Do regime de comunhão universal; Capítulo V – Do regime de participação final nos aquestos; Capítulo IV – Do regime de separação de bens
SUBTÍTULO II DO USUFRUTO E DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES
SUBTÍTULO III DOS ALIMENTOS
SUBTÍTULO IV DO BEM DE FAMÍLIA
TÍTULO III DA UNIÃO ESTÁVEL
TÍTULO IV DA TUTELA E DA CURATELA
Capítulo I – Da tutela; Capítulo II – Da curatela

Fonte: Elaboração própria

A apresentação ilustrativa (Figuras 1 e 2) representa a organização do livro de Direito de Família tanto na codificação de 1916 como na de 2002, o que demonstra uma sutil diferença no tratamento de alguns institutos, como a união estável, que não era tratada no século passado, e a mudança da terminologia de “pátrio poder” para “poder familiar”.

A partir da análise de dispositivos normativos inseridos no rol dos títulos, subtítulos, capítulos e seções apresentadas na Figura 2, objetiva-se alcançar a análise comparativa acerca do discurso que se encontra por trás da norma. Para tanto, foram construídos os capítulos 4 e 5, resguardando para a análise do primeiro, a codificação de 1916 bem como legislações especiais que se seguiram até a Carta Magna de 1988, ao passo que o Capítulo 5 trabalhará a codificação de 2002.

3 NORMA JURÍDICA E POSICIONAMENTO DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 A MULHER NO CONTEXTO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Este tópico será trabalhado a partir de uma abordagem segmentada nos itens a seguir, em que foi inserida uma análise das disposições normativas relacionadas às mulheres em torno das regras que tutelavam o casamento e seus efeitos. No momento seguinte, o enfoque estará nos regimes de bens adotados no Código Civil de 1916, em seus desdobramentos e, em especial, nas disposições que tratavam do regime dotal.

O instituto do desquite e da culpa no contexto conjugal e seus reflexos nos direitos indisponíveis das mulheres também serão aqui analisados assim como a proteção dos filhos, a filiação e o pátrio poder. Em todos os contextos aqui apresentados, o foco estará em identificar a forma pela qual as mulheres eram tratadas pela codificação de 1916, em uma tentativa de identificar, a partir do discurso normativo, o que efetivamente se objetivava tutelar.

3.1.1 O casamento: a única opção legítima e seus desdobramentos

Embora possua contornos históricos vinculados até mesmo à religião, desde o rompimento da igreja com o Estado, a partir da Proclamação da República, o casamento ganhou amparo jurídico. Neste sentido, o Código Civil de 1916, que entrou em vigência no Brasil, como já dito, no ano de 1917, incorporou o casamento enquanto única e exclusiva forma de família legitimada no ordenamento jurídico. Assim, todas as relações que estivessem à margem da instituição do casamento eram consideradas ilegítimas e, portanto, sua regulação não estava abarcada no livro de direito de família, mas no livro que tratava das relações obrigacionais.

As relações que não estivessem sob o amparo do casamento, fossem elas entre casais hetero ou homossexuais, bem como os filhos que, porventura, nascessem fora do leito conjugal, recepcionavam adjetivações que representavam uma verdadeira discriminação social: ilegítimo, espúrio, adulterino eram algumas das qualificações que o próprio Código atribuía às relações alheias à estrutura matrimonializada.

O casamento civil, portanto, foi elevado à categoria de única família validada pela lei, não sendo qualquer outra forma de relação entre indivíduos admitida assim como também a prole legitimada deveria advir do núcleo conjugal.

Entendo de crucial relevância reproduzir aqui o conceito de casamento segundo a percepção de Beviláqua, mentor do Código Civil de 1916, como já salientado, que externou sua concepção de casamento com as seguintes palavras:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer. (1943, p. 34).

A proteção ao casamento era tamanha que o CC/16 não admitia a sua dissolução, exceto pela morte de um dos cônjuges, o que significava dizer que o casamento era indissolúvel⁵⁰. O desquite⁵¹, previsto na lei, tinha o condão apenas de extinguir a sociedade conjugal, ou seja, os direitos e obrigações entre os cônjuges, porém estes não estavam aptos a convolar novas núpcias em razão da manutenção do vínculo conjugal.

Orlando Gomes (1976) entende que o vocábulo casamento tem duplo sentido, o primeiro enquanto ato criador da família legítima e o segundo como o estado proveniente deste ato praticado em conformidade com a lei. Nesta linha, apresenta três princípios norteadores do direito de família, quais sejam, a livre união dos futuros cônjuges, a monogamia e a indissolubilidade do vínculo conjugal, princípios que eram vislumbrados a partir das disposições normativas iniciais que tratavam do matrimônio e que serão abordadas neste tópico. Além disto, é possível depreender que, à época, a concepção de casamento traduzia o amparo não somente às pessoas dos cônjuges, mas, também, à prole vindoura que dependia do casamento para legitimar as relações sexuais e, por consequência, os filhos nascidos a partir desta relação conjugal.

Antes de adentrar as disposições que tratavam da mulher inserida no contexto do casamento, conforme disposições do Código Civil de 1916, é interessante, aqui, registrar que o livro de direito de família dedicou seu Título I ao estudo do casamento e o organizava em

⁵⁰ O casamento permaneceu indissolúvel até o advento da Lei do Divórcio, de nº 6.515, de 1977. Antes disto, somente era admitido o desquite, que não implicava na possibilidade de os cônjuges contraírem novas núpcias, mas, tão somente, estancava os direitos de obrigações entre os cônjuges em razão do casamento.

⁵¹ Ouso afirmar que o desquite equivalia ao que consideramos, na atualidade, como separação judicial.

capítulos (do I ao VIII), como uma forma de fragmentar as temáticas. O Título II, ainda do livro de Direito de Família, também é dedicado ao casamento, contudo, especificamente aos seus efeitos na pessoa de cada cônjuge, com os papéis no seio conjugal definidos legalmente. Com isto, a lei civil reservou, do artigo 180 ao 255, as disposições que tratam das formalidades, impedimentos, celebrações, direitos e deveres do marido e da mulher no casamento, entre outras abordagens que serão aqui consideradas.⁵²

Os artigos 180, 181 e 182 se destinavam a tratar das regras para a habilitação para o casamento, ou seja, do procedimento administrativo formal que exige um prévio processo de habilitação através do qual os nubentes deveriam apresentar documentação pertinente que demonstrasse estarem livres e desimpedidos para casar bem como era imprescindível a manifestação de vontade expressa do desejo de contrair núpcias. Aqui é possível notar o alcance do primeiro princípio do direito matrimonial asseverado por Gomes (1976, p. 55) que, ao tratar da livre união dos futuros cônjuges, salienta a necessidade de o casamento resultar de consentimento livre dos nubentes, daí, até a presente data, ainda se entender o casamento enquanto negócio jurídico puro e simples, portanto, despreendido de termo ou condição.

O artigo subsequente, qual seja, o 183, merece destaque nesta análise, dada a forma expressa com que designa as relações legítimas e ilegítimas ao tratar das hipóteses de impedimentos matrimoniais, a saber:

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

- I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco **legítimo ou ilegítimo**, natural ou civil.
- II. Os afins em linha reta, seja o vínculo **legítimo ou ilegítimo**.
- III. O adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376).
- IV. Os irmãos, **legítimos ou ilegítimos**, germanos ou não e os colaterais, **legítimos ou ilegítimos**, até o terceiro grau inclusive.
- V. O adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376).
- VI. As pessoas casadas (art. 203).
- VII. O cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.
- VIII. O cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte.
- IX. As pessoas por qualquer motivo coactas e incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.
- X. O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro.
- XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211).

⁵² Saliente-se que serão aqui abrangidas disposições normativas relevantes à análise dos objetivos propostos neste estudo, de maneira que as disposições que tenham o cunho de estabelecer, meramente, as formalidades quanto ao procedimento do casamento – e outros – serão apenas sinalizadas, sem a necessidade de abraçar seu conteúdo.

XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.

XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226).

XIV. A mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho.

XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento.

XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior. (BRASIL, 1916, grifos nossos).

Os impedimentos matrimoniais são requisitos que devem ser observados para a devida validade e regularidade do casamento. São proibições expressas na lei que têm como objetivo evitar o casamento que, de algum modo, possa comprometer a ordem social. O CC/16 apresentava um rol taxativo de proibições, através do art. 183, e as dividiu do inciso I ao VIII, como impedimentos absolutamente dirimentes cujo efeito implicava na nulidade do casamento; do inciso IX ao XII, impedimentos relativamente dirimentes, que tinham como efeito a possibilidade de arguição de anulabilidade, vez que protegia pretensos prejuízos que os nubentes pudessem ter; e do inciso XIII do XVI⁵³, os impedimentos proibitivos ou meramente impeditivos, com o fito de proteger interesses de terceiros que, com o casamento, poderiam ser afetados. Ao explicitar suas hipóteses de impedimentos matrimoniais e eleger diferentes efeitos, conforme a classificação acima apresentada, objetivava proteger a sociedade de circunstâncias que pudessem atentar contra a ética, os costumes, o patrimônio dos nubentes e de terceiros e, até mesmo, contra a prole vindoura do enlace firmado.

Resta inegável a preocupação do legislador, ao apresentar um rol fechado de circunstâncias impeditivas da celebração do casamento, dada a necessidade e a função do Direito de resguardar a paz social. Entretanto, o objetivo da abordagem, no art. 183, tem outro viés, que se mostra na forma como alguns dos incisos foram tratados e que, de maneira escancarada, diferenciou as relações legítimas das ilegítimas. Como já elucidado, as relações consideradas legítimas eram aquelas acobertadas pelo manto do casamento estando as ilegítimas, por sua vez, à margem do amparo matrimonial. Contudo, a reflexão, aqui, paira em torno da necessidade que tinha o legislador, à época, de salientar as relações enquanto

⁵³ Esses incisos estão previstos no Código Civil de 2002 não mais como impedimentos matrimoniais, mas como causas suspensivas, no artigo 1.523, que será trabalhado a partir do Capítulo 5.

legítimas ou ilegítimas, quando as disposições normativas objetivavam proteger essencialmente os filhos que nascessem de uma relação com vínculo biológico entre os pais, ou de cunho ético, já que as relações por afinidade envolvem o parentesco decorrente das relações que unem os parentes de um cônjuge ao outro – sogro, enteado, nora, genro, etc.

As relações abordadas nos incisos I e IV envolvem o vínculo biológico entre pai e filha, mãe e filho, avô e neta, numa relação em linha reta bem como, na relação colateral, os irmãos, sejam eles bilaterais ou unilaterais, assim como o parentesco até terceiro grau, ou seja, entre tio(a) e sobrinha(o), haja vista a possibilidade de comprometimento genético dos filhos nascidos de relação que envolvesse quaisquer destes parentescos. Deste modo, se o objetivo era proteger a prole vindoura, questiona-se se o fato de as relações serem de cunho legítimo ou ilegítimo, de algum modo, acresceria ou diminuiria os riscos? Ou, ainda, independentemente de a relação ser legítima, estar sob o amparo do casamento, ou não, se, de algum modo, as relações de cunho biológico seriam modificadas? Decerto, a resposta é negativa, por razões óbvias que aqui sequer precisam ser discorridas.

O inciso II dispõe sobre os impedimentos matrimoniais em razão da relação do parentesco por afinidade, que se refere ao vínculo que une os parentes de um cônjuge ao outro. É o caso das relações que envolvem sogro e nora, sogra e genro, enteados, padrasto e madrasta, bem como cunhados. Contudo, a disposição em comento dispõe sobre os afins em linha reta, o que retira do rol aqui mencionado os cunhados. Além disto, ainda nesta disposição, é possível verificar a utilização do vínculo legítimo ou ilegítimo, mais uma vez ressaltando-os a partir do amparo de uma relação matrimonial. Neste caso, o que se pretendia proteger eram os interesses de cunho ético e moral, isto porque não há que se falar em vínculo biológico que possa comprometer a prole vindoura em razão do vínculo de parentesco por afinidade. O interesse era público, em função dos costumes que regiam a sociedade daquela época.

As hipóteses arroladas nos incisos III e V envolviam o parentesco constituído a partir do vínculo de adoção, o que é denominado no Direito, até o tempo presente, como parentesco civil, e, do mesmo modo que o parentesco por afinidade, abarca uma relação desligada do vínculo consanguíneo envolvendo, contudo, questões de ordem moral e que violentariam a ordem pública, já que, com a adoção, a relação entre pais e filhos se constitui de modo formal. No dizer de Gomes (1976, p. 97): “o impedimento de adoção é reflexo. Baseia-se na assimilação, por ficção legal, entre a filiação legítima e a adotiva”.

Todavia, é o que está por trás da norma que se pretende investigar e, assim, entende-se que, ao expressar, de modo tão incisivo, situações éticas e biológicas que em nada

seriam modificadas pelo fato de estarem acobertadas por um casamento, o legislador demonstra o intento de legitimar e reafirmar quantas vezes fossem necessárias que relações ilegítimas mereciam tal rotulação e não eram protegidas por lei.

Reafirma-se, assim, a relevância do casamento enquanto instituição legitimadora de relações sociais lícitas (entenda-se lícito, aqui, enquanto sinônimo de legítimo) e o cuidado de utilizar a norma como veículo hábil para inserir ou reproduzir comportamentos no seio social. Nesta linha de raciocínio, Gomes (1976, p. 94) definia o conceito de legitimidade, aduzindo que “o pai legítimo é o marido da mãe, segundo presunção legal”. Desta forma, trazia à tona, nas entrelinhas, a necessidade de prévio casamento, já que a relação de paternidade dependia de uma relação marital previamente constituída, afinal, “pai legítimo é o marido da mãe”. A relação era, portanto, definida pelo casamento, repise-se, e não pela relação de consanguinidade entre o pai e o filho.

Tal postura do legislador é corroborada a partir da redação do artigo 229 deste mesmo código civil que, ao tratar dos efeitos do casamento, assim anuncia: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. Como se não bastasse o texto legal mais uma vez salientar que a relação legítima era fruto de um casamento, associa que a legitimidade dos filhos do casal – nascidos ou concebidos antes do casamento – somente ocorreria através da união legalmente constituída.

Ao refletir acerca da relação entre direito e cultura, J. J. Calmon de Passos (2000) ensina que o Direito se situa no campo do discurso e da ação, somente existindo enquanto discurso e comunicação, e acrescenta que o jurídico é o sentido e significação que os homens emprestam a determinados atos seus, para ter atendida certa imprescindível e específica necessidade da convivência social. Debruçando-me em torno dos seus ensinamentos, permito-me concluir que o direito é construção humana, somente existindo o lícito, ilícito, legítimo, ilegítimo, jurídico ou antijurídico a partir do que é produzido pelas pessoas como tal.

As leis, portanto, funcionam não como veículo de consolidação de condutas que se pretende reafirmar na sociedade, ou seja, numa relação meio-fim, mas portam o que Calmon de Passos (2000, p. 25) denomina de “natureza substancial, orgânica, integrativa” da própria ação humana. Assim, o Direito não é um meio para atingir determinada finalidade, mas se configura enquanto ação humana em si em que o processo integra o seu próprio produto, em uma relação imbricada e não de causa e efeito. Neste sentido, concluo que a retórica do legislador estava diretamente relacionada ao objetivo de reafirmar um comportamento padrão, fruto dos valores presentes no contexto da elaboração e edição das normas do Código Civil de 1916. O casamento, portanto, enquanto instituição social era

reputado como instrumento de legitimação de relações sociais entre casais heterossexuais e os filhos advindos desta relação. Tudo que estivesse à margem do casamento era discriminado e rechaçado pela legislação.

O inciso VI do artigo 183 estabelecia enquanto impedimento matrimonial o casamento de pessoas já casadas. Esta disposição normativa tem como fundamento o princípio da monogamia e caso o referido casamento acontecesse, sendo quaisquer dos cônjuges ou ambos casados, tinha-se por consequência a nulidade do segundo casamento. O casamento no CC/16 era indissolúvel, o que significa dizer que novas núpcias somente poderiam ser contraídas na hipótese de advir o estado de viuvez ou nos casos que implicassem a nulidade ou a anulação do casamento anterior. Não se falava em divórcio, que somente adentrou o ordenamento civil brasileiro em 1977. Assim, ainda os desquitados não poderiam convolar novo casamento, sob pena de incorrer na hipótese de bigamia⁵⁴.

Com o mesmo intento de manutenção do casamento perpétuo, vedava-se a relação maculada pelo adultério, ou seja, não era admitido o casamento entre duas pessoas condenadas por crime de adultério⁵⁵, já que esta relação, de algum modo, comprometera a subsistência de outra. Esta hipótese, embora também tivesse por objetivo amparar o casamento e sua estabilidade, é de natureza privada e atinge o interesse de um ou de ambos os cônjuges, de maneira que não implicava em sua nulidade.

Raciocínio similar é possível atrelar ao inciso VIII, também do mesmo artigo 183, que impede o casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado como delinquente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte. Merece destaque a reflexão de Gomes (1976, p. 99) ao tratar do assunto, numa clara proteção legal à figura masculina, a saber: “Quem mata o marido para poder casar-se com a mulher deve ser impedido de realizar esse casamento. Do mesmo modo quem tenta matar”. Assim como ocorre no adultério, é necessária condenação criminal para a incidência desta disposição. Justifica-se este impedimento face à suposição de que o viúvo ou a viúva não nutririam amor, mas um

⁵⁴ O Código Penal brasileiro estabelece a bigamia como crime no artigo 235, com a seguinte redação: “Art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º – Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º – Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

⁵⁵ As expressões usadas no Código leva, entretanto, à convicção de que a condenação deve resultar de processo criminal. Condenação propriamente dita pode haver somente em tal processo no qual se apura a culpa dos dois. (GOMES, 1976, p. 98).

sentimento de ódio, raiva, em relação àquele que tentou ou consumou homicídio contra seu/sua esposo(a).

Os dispositivos do IX ao XIII, como já sinalizado em palavras anteriores, objetivavam resguardar o interesse privado seja dos cônjuges ou de terceiros e, por isto, poderiam ensejar a anulação do casamento, eis que envolviam o casamento celebrado mediante coação, em situações em que os cônjuges não teriam capacidade para manifestar o seu consentimento – o rapto –, a falta de autorização paterna e nas hipóteses em que a mulher ou o homem não tivessem alcançado sua idade núbil – dezesseis e dezoito anos, respectivamente. Nestes casos, dado o enfoque deste estudo, entendo que merece destaque o inciso XI do artigo 183, que estabelecia que eram impedidos de casar os indivíduos que ainda estivessem sob a égide do pátrio poder⁵⁶, da tutela ou curatela, enquanto não obtivessem, ou não lhes fosse suprido o consentimento do pai, tutor ou curador. Esta disposição normativa reafirma o poder do pai/marido, enquanto chefe da sociedade conjugal, já que para casar dependiam os/as filhos(as) do consentimento de ambos os pais, contudo, havendo discordância entre eles, prevalecia a vontade paterna. Depreende-se daí a visível presença das concepções patriarcais na norma e, por que não dizer, enquanto conceito norteador da legislação vigente à época⁵⁷. Saliente-se, ainda, embora seja abordado com maior enfoque mais adiante, que uma das proibições imputadas à mulher – artigo 242, inciso V – era o de aceitar tutela, curatela ou qualquer outro múnus público, salvo autorização do marido, o que me permite entender que o exercício da tutela e curatela era exercido na maioria dos casos pelos homens, dadas as restrições impostas às mulheres.

Os incisos XIII ao XVI se enquadram nas hipóteses de impedimentos proibitivos cujos efeitos não ensejavam a nulidade nem a anulação do casamento, mas implicavam em duas sanções legais: a perda do direito ao usufruto dos bens dos filhos do leito anterior – pela violação ao inciso XIII; e a obrigatoriedade do casamento ser regulado pelo regime da separação de bens, não podendo um cônjuge realizar doações em favor do outro – nas hipóteses de violação aos incisos XIV ao XVI.

Outro inciso do mesmo artigo 183 merecedor de análise é o XIV que, embora pertença ao rol de impedimentos, tinha como objetivo proteger interesse de terceiros

⁵⁶ O pátrio poder consiste no exercício de determinados direitos e obrigações enquanto persista a menoridade de seus filhos e era exercido pelo poder paterno, na redação original do CC/16, ou, na ausência ou impossibilidade do pai exercer, a mãe assumiria o encargo.

⁵⁷ Essa situação envolvia os pais em relação aos filhos que não tivessem atingido a maioridade civil, que, na época, somente ocorria aos vinte um anos, conforme disposto no Art. 9º do CC/16 a saber: “Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil”.

porventura maculados em razão de possível casamento. Dispõe o inciso XIV do art. 183 que não pode casar a mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho. O referido artigo tinha por finalidade resguardar possíveis dúvidas em torno da paternidade da criança, em razão da denominada *turbatio sanguinis*⁵⁸. Com a proibição expressa, em caso de anulação ou nulidade de casamento anterior ou advindo estado de viuvez, a mulher ficava impedida de contrair novas núpcias pelo prazo de dez meses, período correspondente ao estado gestacional. É interessante rememorar explanação anterior que esclarecia que os incisos XIII a XVI tinham por objetivo resguardar interesse de terceiros. Neste caso, o interesse seria o do ex-consorte que teria vinculada a paternidade da criança que, porventura, nascesse após este lapso temporal.

Na atualidade, embora permaneça disposição similar, que será analisada mais adiante, o inciso XIV do artigo 183 não se justifica dados os avanços médico-científicos que permitem atestar a paternidade através do DNA. Porém, à época em que foi editada a norma, tais avanços não existiam, de maneira que seria concebível a sua normatização por proteção ao direito de filiação da criança.

No entanto, pretendo aqui retomar o fardo que esta disposição representava para as mulheres. Note-se que o inciso abordado se refere, diretamente, à função reprodutiva que, mais uma vez, é atrelada às mulheres e as limita no exercício de seu direito à liberdade. A constrição é no sentido de impedir o casamento da mulher, esteja ela grávida ou não⁵⁹, por um período compatível com uma gestação para assegurar a “legitimidade” da paternidade. Os corpos das mulheres ficam assim adstritos à garantia da moral masculina de não ter a sua honra abalada por uma suposta dúvida em torno da paternidade de uma criança nascida após o fim de uma relação conjugal.

Outra ponderação que deve ser considerada é a contradição implícita na própria norma, isto porque, ao estabelecer relações adjetivadas como legítimas e reconhecê-las a partir de um casamento, não assistiria razão de a lei impor comportamento apenas em face das mulheres com o intento de resguardar uma paternidade fora da relação conjugal. O que quero dizer é que, nas entrelinhas, a lei se contradiz, pois, na medida em que estabelece relações lícitas atreladas ao vínculo matrimonial também impõe outras possibilidades que estão fora do

⁵⁸ Ou seja, turbação de sangue, por suposta dúvida quanto à paternidade da criança vindoura.

⁵⁹ Salvo nesta última hipótese se comprovasse ausência de gravidez ou caso criança já tivesse nascido antes do prazo dos 300 dias.

padrão juridicamente aceito. Concluo, deste modo, que o inciso XIV do art. 183 do diploma civil está circunscrito ao controle do corpo das mulheres que era concebido como destinado à reprodução e à constituição de famílias legítimas.

A adjetivação compunha grande parte do texto do código analisado, tal como se pode inferir do artigo 184, que assim dispunha: “A afinidade resultante de filiação espúria poderá provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, os quais, se o quiserem, terão o direito de fazê-la em segredo de justiça”. Dois pontos, aqui, devem ser considerados: primeiramente, a questão da depreciação da relação havida fora do casamento que, como já asseverado por diversas vezes, era entendida como ilegítima e compreendia as acepções de bastardo, adúlterino, incestuoso, enfim em dissonância com o que a lei deveria tutelar. Novamente se percebe a intenção do legislador em ratificar e refutar comportamentos que não estivessem de acordo com a norma, inibindo aqueles fora do padrão social e do juridicamente aceito. Tanto é assim que o outro ponto está na possibilidade de reconhecer um parentesco por afinidade resultante de filiação “espúria” por intermédio do benefício do segredo de justiça. O que se pretende esconder? O fruto de uma relação de parentesco oriundo de uma relação extraconjugal, ou de pessoas solteiras, desimpedidas, porém sem o arcabouço do casamento para legitimá-las?

Retorno aqui às palavras do mestre J. J. Calmon de Passos (2002) que traduz o processo de produção da norma e seus “produtores” em claras palavras ao aduzir que:

Com o Direito, também um *produto* do operar do homem, tudo se passa diferentemente. Aqui o produto jamais se reifica, adquire autonomia e se dissocia de seu produtor; mais que isso, só existe e dele se pode falar, em termos de efetividade, enquanto associado ao seu produtor e enquanto processo.

A análise das disposições normativas aqui apresentadas vai além do texto legal, pois permite inferir as circunstâncias fáticas, retratadas na história e os valores impressos na sociedade que preponderavam na época. Invocando a teoria tridimensional suscitada por Miguel Reale e apresentada no capítulo anterior, é possível corroborar este posicionamento e afirmar que a norma nada mais era e é que o reflexo dos fatos e valores que norteavam e norteiam a sociedade em dado contexto histórico.

Ainda no Título I do livro de Direito de Família, percebe-se, em alguns momentos, alguns artigos que, ao tratarem do conflito na manifestação de vontade de homens e mulheres, conferem a prevalência da vontade dos primeiros em detrimento das segundas. Na disposição que será apreciada, trata-se de discordância entre o pai e mãe acerca do

consentimento dos pais, necessário para que os filhos menores de 21 anos pudessem casar, conforme consta do art. 186 da lei civil do século passado, nos seguintes termos: “Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo separado o casal por desquite, ou anulação do casamento, a vontade do cônjuge com quem estiverem os filhos”.

Considerando o enfoque teórico e analítico a que passarei a me ater a partir de então em torno da argumentação subentendida na lei, outros dispositivos correlatos fazem jus ao destaque. O artigo 218 do diploma em análise estabelece que é causa de anulação do casamento o fato de um dos nubentes incidir em erro essencial quanto à pessoa do outro consorte. O art. 219⁶⁰ elencava quatro hipóteses de erro essencial e, no inciso IV, estabelece que o defloramento da mulher ignorado pelo marido se enquadra dentre elas. Interessante é que as demais situações descritas pelo legislador, que envolvem erro quanto à identidade – honra, boa fama, ignorância de crime inafiançável, assim como ignorância de defeito físico irremediável ou moléstia grave e transmissível e o denominado “*error virginitatis*” – foi inserido no rol de situações capazes de ensejar a anulação do matrimônio.

Sobre o tema, Beviláqua destacou a sua visão em torno dos valores que predominavam à época e reafirmou, nas entrelinhas, a concepção de que o casamento seria esteio para amparar as relações sexuais:

A virgindade da mulher, que contrai primeiras núpcias, por isso mesmo que é indício de honestidade e recato, é considerada condição essencial pressuposta para o casamento. A sua falta autoriza a anulação do casamento por parte daquele que acreditara na sua existência, e que, certamente ficará gravemente ofendido com a verificação da realidade. (1943, p. 129).

Há no erro, deste modo, um falso conceito (uma falsa ideia) ou uma falta de conceito sobre a realidade, motivo pelo qual o agente (em virtude desta visão deturpada) celebra o negócio. Assim, o erro há de ser o motivo determinante do casamento. Se o cônjuge conhecesse aquela situação, não teria casado. É, pois, o estado mental que, em face do desconhecimento da verdadeira situação da outra pessoa, impede uma real manifestação de vontade (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 264).

⁶⁰ “Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I. O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. II. A ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória. III. A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido”.

A ponderação dos autores acima citados conduz ao entendimento de que o erro ensejador da anulação do casamento só é admitido se for substancial e comprometer a manifestação de vontade do cônjuge enganado. Inserir a hipótese de anulação no caso de defloramento da mulher, desconhecido pelo marido, sujeitava a mulher a uma castração do exercício de sua liberdade sexual antes do casamento. O matrimônio era legitimador das relações sexuais, daí porque o que estivesse fora deste contexto era considerado ilegal.

Ao definir as finalidades do casamento Maria Helena Diniz (1989, p. 28-29) as elenca em tópicos, a saber: “a) a legitimidade da família, b) a procriação dos filhos, c) a legalização das relações sexuais entre os cônjuges, d) a prestação do auxílio mútuo, e) o estabelecimento de deveres patrimoniais, f) a educação da prole e g) a atribuição do nome à esposa e aos filhos”. Observe-se que o posicionamento de Diniz é de 1989, quando muitas modificações na legislação da família já haviam avançado e, no entanto, a autora, como outros tantos, ainda se mantinha adstrita à concepção originária do Código de 1916. Ao tratar acerca da finalidade que se refere à legalização das relações sexuais salienta que “[...] dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência; [...]” (1989, p. 28). Esta citação elucida o pensamento da sociedade da época que castrava o exercício da liberdade sexual, restringindo a mulher ao exercício de sua sexualidade atrelado à reprodução, logo, no seio da família legalmente matrimonializada.

O Título II do livro de direito de família do século passado dispunha acerca dos efeitos do casamento. Como já asseverado, o artigo 229 retoma o tratamento adjetivador da família legítima enquanto aquela oriunda do casamento e capaz de também legitimar filhos que tenham nascido ou sido concebidos antes do enlace. Tal análise já foi enfocada no início deste tópico, de modo que o Capítulo II, que trata dos direitos e obrigações do marido, e o Capítulo III, que discorre sobre os direitos e obrigações da mulher, ambos como efeito do casamento, é o que será apreciado a partir de então.

Para se ter uma melhor noção do tratamento diferenciado entre os direitos e deveres do marido e da mulher, elaborei um pequeno quadro comparativo (Figura 3) a partir dos dispositivos que entendo serem correspondentes, porém outros serão trazidos à tona ao longo da análise.

O artigo 233 do CC/16 nomeou o marido como o chefe da sociedade conjugal e distribuiu os papéis a ele inerentes, como a representação legal da família, a administração do patrimônio, os direitos de estabelecer o domicílio familiar e de autorizar a profissão da esposa e a sua possível residência fora do lar conjugal, além da obrigação de prover a manutenção da família. Para corroborar este entendimento, o artigo 242, que dispõe sobre a necessidade de

outorga do marido para a mulher poder praticar determinados atos, insere, no inciso VII, o direito ao exercício da profissão como uma destas hipóteses.

Figura 3 – Quadro comparativo: direitos e deveres dos cônjuges no Código Civil de 1916.

CAPÍTULO II DOS DIREITOS E DEVERES DO MARIDO	CAPÍTULO III DOS DIREITOS E DEVERES DA MULHER
<p>Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:</p> <p>I. A representação legal da família.</p> <p>II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).</p> <p>III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).</p> <p>IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).</p> <p>V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.</p>	<p>Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).</p>
<p>Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:</p> <p>I. Alienar, hipotecar ou gravar de onus real os bens imóveis, ou seus direitos reais sobre imóveis alheios (arts. 178, § 9º, nº I, a, 237, 276 e 293).</p> <p>II. Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos.</p> <p>III. Prestar fiança (arts. 178, § 9º, nº I, b, e 263, nº X).</p> <p>IV. Fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (arts. 178, § 9º, nº I, b).</p>	<p>Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):</p> <p>I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235).</p> <p>II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310).</p> <p>III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.</p> <p>IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.</p> <p>V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.</p> <p>VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.</p> <p>VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV).</p> <p>VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.</p>

Fonte: Elaboração própria

Entendo de salutar relevância aqui reproduzir o pensamento do jurista Alfredo Farhat que, ao tratar da questão do trabalho das mulheres, retratava um posicionamento androcêntrico, atribuindo à mulher um poder que ele denominava de doméstico e ao homem o poder marital e criticava o acesso das mulheres ao mercado de trabalho. Em palavras do próprio autor:

A emancipação feminina não é incompatível com as exigências da casa e da família, cabendo à mulher moderna conciliar harmoniosamente todas as necessidades oriundas de seu papel no lar e no trabalho, mesmo porque se o marido consegue os meios suficientes para uma vida confortável, ela, não poucas vezes, trabalha fora movida por injustificável ambição, vaidade,

competição, desamor à família, incompreensão dos deveres que são tradicionalmente inerentes ao seu sexo. (FARHAT, 1971, p. 68-69).

E acrescentava, de forma ainda mais surpreendente:

Nos casos em que a mulher casada trabalhe, estude, exerça o magistério ou outra profissão fora do lar, este é geralmente negligenciado. Falta-lhe tempo necessário para atender os afazeres caseiros, à assistência e orientação da prole, porque o nervosismo e o cansaço afetam o seu comportamento para os filhos e o marido, o que inexoravelmente, causa perturbações na vida comum e desarmonia do lar.

Há um perigo maior ainda: os seus contatos fora da família, permitem-lhes conhecer outros homens que, por faltar à convivência diária, ela considere melhor que seu marido e a levam a cortar o vínculo conjugal. [...] (FARHAT, 1971, p. 70).

O posicionamento elucidado por Farhat refletia o pensamento de muitos teóricos do campo do Direito, que consideravam o trabalho das mulheres fora do ambiente doméstico como o “grande vilão”, o responsável pelas grandes mudanças da condição das mulheres na sociedade. Mais uma vez, é possível depreender, nas citações acima, que eram associadas ao papel da mulher na sociedade as suas obrigações no lar, o que envolvia os cuidados com os filhos, o marido e a casa. Na concepção ilustrada, o trabalho externo ao lar comprometia os afazeres domésticos entendidos enquanto funções da mulher e que nunca foram revistos após sua inserção no mercado de trabalho. Aqui é possível invocar a reflexão em torno da divisão sexual do trabalho, pensamento fulcral na concepção feminista que caminha em total contramão do posicionamento de Farhat, ambos produzidos em contexto histórico similar.

Em contrapartida, o próprio Farhat (1971, p. 70) vislumbrava um viés positivo do trabalho da mulher, embora, de igual sorte, seja merecedor de críticas: segundo o referido jurista, com os proventos oriundos do trabalho, a mulher poderia melhorar a situação econômica e social da família, mediante a aquisição de bens e de serviços de que necessitasse. O pecado cometido por Farhat reside na associação deste fato à condição de as mulheres se tornarem mais gentis com os seus parentes. Mais uma vez, este teórico do Direito se preocupava em justificar a nova condição das mulheres como razões ou consequências que provocavam mudanças em seus comportamentos.

Os movimentos feministas estavam em completa ebulição, inquietando as bases sociais, econômicas e jurídicas que conformavam a sociedade da época. Os debates em torno das concepções de gênero, os embates em busca da supressão do pensamento biologizado definidor de papéis sociais passaram a ser alvo de questionamentos, ao passo que, no campo

do Direito, as normas refletiam os valores que ainda preponderavam e que se desejava perpetuar, a fim de não comprometer a ordem social vigente. Não era, portanto, à toa que o exercício de profissão pela mulher casada estava condicionado à autorização de seu marido.

Os fatos sociais estão em constante mutação. Os contextos sociais, econômicos, tecnológicos e científicos mobilizam o seio da sociedade e ensejam mudanças que, por consequência, implicam em reestruturações. Contudo, muitas vezes a legislação não se harmoniza ao contexto social ou pretende reafirmar – por meio de seu discurso – condutas que não mais se coadunam com a realidade.

As disposições do CC/16 estabeleciam a posição da mulher enquanto companheira e consorte do marido, porém, “essa posição é, tradicionalmente, inferior à do marido a quem a lei atribui a chefia da família”, esclarece Gomes (1973, p. 159) que, muito embora, já na década de 70, vislumbrasse que “a concepção autoritária da família está perempta, prosperando a tendência para estruturar a sociedade conjugal com perfeita igualdade dos seus componentes [...]”, ainda assim considerava como predominante, na visão eminentemente positivista, a interpretação a partir do texto expresso da lei.

Ao lado da necessidade da anuência do marido para exercer uma profissão, a lei estabelecia, enquanto função do marido, a administração do patrimônio familiar bem como a obrigação de garantir a subsistência da família. Nota-se uma consonância com as teorias do patriarcado moderno que instituem a manutenção da relação de opressão das mulheres em outro contexto temporal ou histórico mas de claro assujeitamento à figura masculina.

A hierarquização das relações de gênero se faz presente ao longo de todo o livro de direito de família do Código de 1916, contudo, ao tratar dos direitos e obrigações do marido e da esposa, são elencados inúmeros papéis que reafirmam a conduta do homem amparada pelo exercício do controle da mulher e da família, até mesmo no tocante à administração do patrimônio familiar que era realizada pelo marido. Nas hipóteses que fugiam à regra dos homens como administradores dos bens da família, a lei os protegia, na medida em que estabelecia, no artigo 241⁶¹ que, se o regime de bens não for o de comunhão universal e se, porventura, o homem tiver efetuado gastos na defesa dos bens particulares da esposa, este teria o direito de recobrá-la. Ainda neste sentido, destituiu o homem do encargo de sustento da casa, na hipótese de abandono do lar conjugal pela esposa, sem justo motivo, além de poder requerer ao juiz, com a devida justificativa, a possibilidade de sequestrar, em proveito do marido e filhos, parte dos rendimentos particulares da mulher. Não se tratava aqui

⁶¹ Art. 241. Se o regime de bens não for o da comunhão universal, o marido recobrará da mulher as despesas, que com a defesa dos bens e direitos particulares desta houver feito.

do marido e filhos pleitearem, caso necessário, o direito aos alimentos, como é autorizado na legislação em vigência, mas de punição à mulher que tivesse deixado o lar conjugal.

Em contrapartida, o artigo 240 instituiu, para as mulheres casadas, a condição de “companheiras, consortes e auxiliares” dos maridos nos encargos da família e, assim, o papel das mulheres se restringia ao de meras coadjuvantes na gerência familiar. Sua atuação estava adstrita à outorga marital em muitas situações, como para exercer uma profissão, litigar em juízo – com exceção das hipóteses do artigo 248 e 251 –, dispor de seu patrimônio, entre outras regras limitativas.

A lei se preocupou até mesmo em elencar as hipóteses em que era possível presumir a autorização da mulher – art. 247 –, bem como aqueles atos que ela poderia praticar independentemente do marido – art. 248. Somente o artigo 251 considerava a possibilidade de a mulher dirigir e administrar os bens do casal, porém enquanto “substituta”, já que as circunstâncias abrangiam situações em que o marido estivesse em lugar remoto ou não sabido, preso por mais de dois anos ou judicialmente interditado, ou seja, considerado incapaz para a prática dos atos da vida civil.

Desse modo, as disposições de 1916 denotavam uma sociedade com valores patriarcais e, por que não dizer, retratava uma sociedade patriarcal, adotando aqui o sentido contemporâneo de patriarcado defendido por Pateman, pois as disposições normativas sobrelevam os direitos do homem no contexto familiar em detrimento da mulher.

As mulheres têm que entrar no contrato de casamento, mas o contrato sexual exige que elas sejam incorporadas à sociedade civil em bases diferentes das dos homens. Estes criam a sociedade civil patriarcal e a nova ordem social fica estruturada em duas esferas. A esfera privada é separada da vida civil pública e, ao mesmo tempo, faz e não faz parte da sociedade civil – as mulheres são e não são parte da ordem civil. As mulheres não são incorporadas como ‘indivíduos’, mas como mulheres, o que, na história do contrato original, significa subordinados naturais – os escravos são uma propriedade. O contrato original é cumprido, e os homens têm o direito patriarcal reconhecido, somente se a submissão das mulheres na sociedade civil estiver assegurada. (1993, p. 226-227).

Aliás, historicamente, o Estado, incluindo a produção das normas, vem demonstrando uma postura de subjugação das mulheres por meio das leis, sob o manto disfarçado da legalidade do Estado de Direito⁶², conforme se pode extrair dos ensinamentos de Mackinnon:

⁶² “Ao criar essa imagem de imparcialidade, o Estado de Direito mostra-se cego ao fato de que opera no sentido de reforçar as desigualdades estruturais que preexistem ao apelo ao direito, e que

O Estado é masculino no sentido feminista: o direito vê e trata as mulheres do todo como os homens vêem e tratam as mulheres. O Estado liberal constitui, coerciva e autoritariamente, a ordem social voltada para o interesse dos homens enquanto gênero – através de suas normas legitimadoras, de suas formas, sua relação com a sociedade e suas políticas substantivas. As normas formais do Estado passam em revista o ponto de vista masculino no nível da intenção. (MACKINNON, 1989, p. 161).

Após realizar suas reflexões acerca dos direitos e obrigações do marido e da esposa no casamento, Beviláqua (1943) reservou um capítulo de sua obra para tratar da questão da misoginia e da filoginia, ressaltando que sua finalidade está desprovida de qualquer engajamento político, mas considera as mulheres e homens revoltados com o tratamento do CC/16 sobre o tema, por entender que sobre as mulheres pesava um amontoado de deveres. Para tanto, se vale de uma sucessão de argumentos biologizados, que tratavam do tema a partir do tamanho e do peso do cérebro de mulheres e homens, que aqui sequer merecem ser reproduzidos. Contudo, mesmo após considerar estudos biológicos e outros de cunho histórico sobre as diferenças entre homens e mulheres, que faziam crer que o jurista se posicionaria de modo crítico sobre o tema, ele nos surpreende com a seguinte afirmação: “O homem, por sua própria organização, será mais apto para certos misteres, terá capacidade mais valiosa para certa classe de atos, mas não conseguirá igualar sua companheira em muitas outras aplicações de sua atividade” (1943, p. 165). E acrescenta, em uma sutil crítica aos movimentos feministas:

Consequentemente, se a campanha feminina corresponde a uma real necessidade, e uma educação mais adequada, deve, com justiça, ser concedida à mulher, e abrir-se-lhe mais vantajosa situação na sociedade, é visível que os exageros a que levam as paixões e o partidarismo ferem de frente a própria natureza. Ah! Mas quão duramente se vingam ela dessas afrontas, deliquescendo as energias do grupo social, que lh’as assaca por sistema ou pelo menos atribuindo-o com verdadeiros fenômenos de teratologia moral ou social. (BEVILÁQUA, 1943, p. 165).

Beviláqua (1943) claramente refuta o movimento de mulheres, associa muitos de seus clamores a posicionamentos partidários, providos de paixões, embora reconheça a campanha feminina como necessária à mudança a partir de uma educação mais adequada.

também são intrínsecas à jurisprudência do direito. Porque, se os sujeitos do direito a ele vêm na condição de cidadãos, como criaturas portadoras de direitos na modernidade, o sujeito da mulher enquanto portadora de direitos é de identificação e construção masculinas. Reivindicar a proteção da lei é reivindicar a proteção de alguma coisa já estabelecida no ponto de vista masculino – aplicar o direito abstrato é aplicar aquilo que foi construído segundo a perspectiva do homem. O Estado de Direito liberal é o domínio dos homens sob o disfarce do estado de direito – seu poder é intensificado através da hegemonia do subterfúgio” (MORRISON, 2006, p. 585).

Porém, seu posicionamento parte de uma perspectiva biologizada, que reconhece uma diferença natural entre homens e mulheres e revela entender que a inteligência da mulher é de ordem diversa da do homem. Contudo, ressalta que o fato de homem e mulher serem seres naturalmente diferentes não coloca a mulher em um contexto de inferioridade e defende que os indivíduos são diferentes e que, em razão da natureza, deve a sociedade amoldar papéis adequados a pessoas destinadas a diferentes funções.

A análise de Beviláqua me parece conveniente de ser aqui reproduzida, pois permite a melhor compreensão do pensamento jurídico em torno do tema produzido naquele período. Contudo, é óbvio que a este posicionamento não me filio, ao contrário, eu o rechaço, dados os argumentos já apresentados no capítulo anterior, segundo o qual a concepção de gênero se encontra amparada por uma construção social, embora não possa desprezar os elementos biológicos que colaboram para a conformação das diferenças de gênero. Uma análise atualizada sobre esta naturalização completamente infundada das diferenças entre os gêneros é encontrada no excelente livro *Delusions of gender: how our minds, society, and neurosexism create difference*, de Cordelia Fine (2010) que demonstra, com argumentos fundamentados em dados científicos e em uma crítica séria e consistente a certos estudos, consagrados, inclusive, pelos meios de comunicação de massa, que as tais diferenças são construídas socialmente e que, embora existam assimetrias biologicamente definidas, elas não devem ser hierarquizadas como querem os críticos do pensamento feminista.

Ainda em torno da discussão do tratamento das mulheres no contexto da legislação do início do século passado, passa-se a uma análise concernente aos regimes de bens, que não despreza a reafirmação de um conteúdo que evidencia uma hierarquização das relações de gênero.

3.1.2 Regime de bens: o dote e a (des)valorização da mulher na relação patrimonial-familiar

Celebrado o casamento civil, impõe-se a submissão do patrimônio de cada um dos cônjuges e o que for adquirido na constância do casamento à modalidade de regime de bens adotada pelos nubentes antes do casamento ou quando a lei impuser o regime da separação obrigatória de bens.

O Código Civil de 1916 estabelecia quatro modalidades de regime de bens, na seguinte ordem: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação de bens e o regime dotal. Era lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, eleger quaisquer das

modalidades que lhes aprovesse, contudo, caso se mantivessem silentes, a lei se incumbia de suprir a lacuna e estabelecia como regime o da comunhão universal de bens, conforme dispunha o artigo 258 do diploma civil vigorante à época. Saliente-se que o parágrafo único deste artigo estabelecia, entretanto, algumas regras que impunham, obrigatoriamente, o regime da separação de bens, nas hipóteses em que os contraentes casassem com violação ao artigo 183, incisos XI a XVI – situações já analisadas que protegiam o interesse de um dos cônjuges ou de terceiros, especialmente, de natureza patrimonial, do maior de sessenta anos e da maior de cinquenta anos, do órfão de pai e mãe que casassem com o consentimento do tutor ou curador e de todos que dependerem de autorização judicial para casar. Em tais circunstâncias, não era facultado aos nubentes escolher o regime de bens, pois se tratava de obrigatoriedade legal a imposição do regime da separação de bens.

O regime de comunhão universal, reputado como regime legal no início do século passado, estabelecia como premissa que todos os bens presentes e futuros dos cônjuges bem como suas dívidas, salvo algumas exceções estabelecidas em lei⁶³, se comunicam entre eles. O regime da comunhão parcial de bens implicava apenas na comunicação dos bens futuros, ou seja, aqueles amealhados na constância do casamento. O regime da separação de bens, contudo, estabelecia a liberdade de administração exclusiva de cada cônjuge de seus bens particulares, podendo alienar os bens móveis, já que os imóveis dependiam da outorga marital, haja vista a redação dos artigos 235, I, 242, II e 310.

No tocante à disciplina do regime da separação de bens, destaca-se o artigo 277 que estabelece, na hipótese de sua adoção, a obrigatoriedade da mulher “[...] contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente aos do marido, salvo estipulação em contrato antenupcial”. É inevitável aqui invocar a redação do artigo 233, inciso V, que, ao disciplinar as obrigações do marido enquanto chefe da sociedade conjugal, estabeleceu o dever de este prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277. Como já analisado e destacado no tópico anterior, o homem tinha

⁶³ “Art. 263. São excluídos da comunhão: I. As pensões, meio-soldos, montepios, tenças e outras rendas semelhantes. II. Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar. III. Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva. IV. O dote prometido ou constituído a filho de outro leito. V. o dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum. VI. As obrigações provenientes de atos ilícitos (artigos 1.518 a 1.532). VII. As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com os seus aprestos, ou reverterem em proveito comum. VIII. As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade (art. 312). IX. As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de família. X. A fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (arts. 178, § 9º, nº I, b, e 235, nº III) [...]” (BRASIL, 1916).

como obrigação não somente prover a subsistência da família, mas administrar o patrimônio. Entretanto, no regime de separação de bens cada um dos cônjuges se responsabilizava pela administração de seu patrimônio particular de maneira que, exceto se a mulher desejasse o contrário, o homem ficava afastado da gerência dos bens da esposa. Depreende-se das disposições em enfoque que, na medida em que eram esvaziados da figura masculina, enquanto chefe da sociedade conjugal, os poderes e, por que não dizer, o controle do patrimônio da família, uma nova disposição normativa já estava pré-estabelecida para impor à mulher obrigações que, à época, foram, pela norma, estabelecidas como peculiar ao homem. Destituía-se da mulher as benesses conferidas pelo código – como a garantia de sustento pela figura masculina – quando almejasse ter o controle de seu patrimônio, o que implicava em uma limitação do exercício da chefia marital pelo marido.

Não estou aqui me recusando a admitir a necessidade de ambos os cônjuges colaborarem, na proporção de suas rendas, para a manutenção do lar. Porém, este posicionamento é recente e não se coaduna à realidade factual que prevalecia e aos valores que norteavam as famílias no contexto histórico em que o Código Civil de 1916 entrou em vigência. Tanto é assim que a própria forma com que a lei estabelecia as mulheres como integrantes da manutenção da família ocorreu por uma via de exceção, ou seja, o artigo 233, V, que estabelecia a obrigação do homem de “prover a manutenção da família, guardada a disposição do artigo 277”, demonstrando que, caso a gerência patrimonial não estivesse sob tutela do marido, ao elegerem os cônjuges o regime da separação de bens, a mulher deveria colaborar para as despesas do lar. Ao meu ver, o intento do legislador era castigar a mulher que abstinse seu patrimônio da gerência masculina. A imposição excepcional apontada pelo legislador coloca, assim, aquela família, aquela mulher à margem da realidade social que preponderava naquela época.

O foco deste tópico, entretanto, paira em torno da discussão da quarta modalidade de regime de bens prevista na lei, qual seja, o regime dotal para o qual foram dispensados trinta e um artigos, ao passo que os demais regimes eram disciplinados em não mais que seis artigos. Poder-se-ia atribuir grande relevância ao regime dotal, ao considerar o cuidado que teve a lei em discipliná-lo em mais de trinta artigos, contudo, a partir da interpretação de suas disposições, pode-se inferir uma contraprestação paga pela mulher ou seus ascendentes – ou outro que tenha constituído o dote –, pelo casamento.

No regime dotal, o dote – entendido enquanto o conjunto de bens transferidos pela mulher, seu ascendente ou outra pessoa que tenha amealhado o patrimônio para o casamento – ficava sob a égide do marido a quem incumbia administrá-lo e auferir os rendimentos

necessários para colaborar na manutenção da sociedade conjugal; contudo, havendo dissolução do casamento, caberia ao marido restituir o dote à mulher. Este dote poderia compreender, no todo ou em parte, os bens presentes e futuros da nubente – art. 280 –, a depender do que constasse no pacto antenupcial⁶⁴.

Para a adoção do regime dotal, era necessário observar as formalidades legais dentre as quais a elaboração de um pacto antenupcial com as cláusulas que iriam regular aquele casamento, no que pertine às relações econômicas⁶⁵. Face à possibilidade de ressarcimento do dote pela dissolução da sociedade conjugal, era necessário cumprir a formalidade descrita no artigo 278 do Código Civil que estabelecia a necessidade de fixar o valor do dote, já que era possível incumbir ao marido a obrigação de devolvê-lo, nos casos de morte ou desquite: este instituto era denominado estimação.

Ao refletir sobre o regime dotal, Beviláqua (1943, p. 216), a quem incumbiu elaborar o projeto de lei do Código Civil de 1916, ressaltou que este instituto estaria dentre os mais interessantes “de quantos opulentam os fastos da história jurídica”. Diferentemente do que pensava Beviláqua, outros doutrinadores ressaltavam a inadequação do regime dotal à realidade brasileira e salientavam que este muito pouco era eleito pelos nubentes, o que o tornava obsoleto. Nesta linha, Caio Mário da Silva Pereira (1981, p. 161) elucidou que trataria do assunto em seu livro *Instituições de Direito Civil*, no volume dedicado ao Direito de Família, em apertado resumo e já vislumbrava, dado o quase desuso do regime, o seu desaparecimento, o que ocorreu com a edição do Código Civil de 2002. De igual modo, porém sem sequer se debruçar sobre o tema, esquivou-se Sílvia Rodrigues (1982) de discutir o tema em seu livro por entender a completa inadequação teórica do regime dotal ao contexto brasileiro. Contudo, uma vez que consta das disposições normativas que se dedicaram ao tratamento da mulher em que este trabalho está pautado, entendo pela razoabilidade em discorrer sobre as normas que o disciplinavam.

O artigo 289 estabelecia a administração dos bens dotais pelo marido a quem também cabia a percepção dos frutos e o ajuizamento das ações cabíveis. No artigo 300, era determinada a restituição do dote pelo marido, à mulher, nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, nos seguintes termos: “O dote deve ser restituído pelo marido à mulher, ou aos seus herdeiros, dentro no mês que se seguir à dissolução da sociedade conjugal, se não o puder ser imediatamente (art. 178, § 9º, n. I, c, e n. II)”.

⁶⁴ Instrumento público hábil a definir o regime de bens a ser adotado no casamento.

⁶⁵ “No contrato dotal, podem estipular-se quaisquer cláusulas, que não contrariem disposições de lei, nem a natureza mesma do dote” (BEVILÁQUA, 1943, p. 233).

À mulher, contudo, apenas caberia a separação e a administração de seu dote, segundo o artigo 308, “[...] quando a desordem nos negócios do marido leve a recear que os bens deste não bastem a assegurar os dela; salvo o direito, que aos credores assiste, de se oporem à separação, quando fraudulenta”. No entanto, para que isto ocorresse, era necessário que a mulher ingressasse em juízo com tal pleito e, somente a partir do deferimento do magistrado, passaria ela a administrar o dote, que, porém, continuaria inalienável, em consonância à disposição do artigo 309 do CC/16.

Os artigos 308 e 309 do código em análise tratam da autorização conferida à mulher para requerer, em juízo, a separação de determinados bens do dote, a fim de que estes figurassem como particulares e incomunicáveis, ficando ela – ou um terceiro eleito por ela – com o direito de administrá-los, sem poder alienar os bens imóveis, o que dependeria da outorga do marido.

Infere-se das disposições normativas que versavam sobre o regime dotal um enorme zelo do legislador, que reservou trinta e um artigos para disciplinar este instituto cuja inspiração adveio da Antiguidade, já que o dote era instituto muito utilizado em Roma. Como o direito brasileiro recepcionou uma concepção romana em muitas de suas normas, o regime dotal foi editado. Corrobora deste entendimento Diniz, nos seguintes termos:

Deveras, o que se verifica é um desajustamento entre a realidade material dos fatos e a realidade formal das normas jurídicas. Isto porque, a marcha de nossa legislação civil tem acompanhado em suas linhas gerais a evolução do direito alienígena, de modo que, no que diz respeito ao dote, podemos afirmar, com justeza, que esse instituto é um exemplo de transplante jurídico inadequado à realidade nacional, sendo mais peculiar ao povo europeu, que tão largamente o aplica. (1989, p. 129).

Merece crítica este instituto, não somente pela sua inadequação, desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, mas, especialmente, por terem sido apenas as mulheres inseridas no contexto do regime dotal, o que conduz à correlação da edição deste regime de bens ao fato de as mulheres não serem compreendidas enquanto força de trabalho, como capazes de mobilizar a economia da época, bem como por se considerar que este regime de bens apresenta uma contraprestação ao dever imposto ao marido, no artigo 233, inciso V, que determinava a obrigatoriedade do marido em prover a manutenção da família. Assim, dada a onerosidade depositada na figura masculina, a lei criou um instituto que minimizaria os efeitos desta obrigação a partir do patrimônio que a mulher levasse para o leito conjugal.

3.1.3 Desquite e culpa: perda do nome x direito da personalidade

O Código Civil de Beviláqua apenas dispunha acerca da dissolução da sociedade conjugal em casos de morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento ou desquite amigável ou judicial, mas esta não implicava no rompimento do vínculo conjugal, o que significa dizer que, ao dispor da primeira hipótese, o CC/16 se referia à cessação dos direitos e obrigações inerentes aos cônjuges. A dissolução do vínculo matrimonial estanca por completo a relação entre os cônjuges, ou seja, ambos ficam aptos a convolar novas núpcias o que só era possível através da morte – art. 315, parágrafo único – ou da decretação da nulidade ou anulação do casamento⁶⁶.

A disposição normativa que prevalecia tinha por fito resguardar a indissolubilidade do casamento, vez que o desquite apenas dissolvia a sociedade conjugal, mas o vínculo entre os cônjuges se mantinha. Com isto, não se admitia a formação de novas famílias e caso elas fossem criadas, estariam enquadradas nas hipóteses de famílias ilegítimas, já que não estariam sob o amparo do casamento. Na concepção do próprio Beviláqua:

A separação cria uma situação legal que, além de impor um injusto constrangimento ao cônjuge inocente, impelirá, muitas vezes, os cônjuges a contraírem relações ilícitas e a procurarem filhos extramatrimoniais, o que importa numa perturbação da moralidade e da vida social. (1943, p. 284).

O intento do legislador pairava no sentimento de manutenção do casamento. A família, uma vez dissolvida, facilitaria a formação de arranjos familiares que não seriam reputados como legítimos, ficando o âmbito familiar alheio ao contexto da ilicitude, do ilegítimo. Ao tratar, na dissolução do casamento, de uma relação entre cônjuge culpado e cônjuge inocente, atrelava-se a um deles a responsabilidade pelo fim do matrimônio e, com isto, as consequências jurídicas já estavam previamente dispostas no ordenamento civil brasileiro.

O divórcio, instituto que permite a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, somente adentrou o ordenamento jurídico brasileiro em 26 de dezembro de 1977, através da edição da Lei nº 6.515, o que será abordado em momento oportuno, *a posteriori*. Vigorava, portanto, na edição do Código Civil de 1916 até a promulgação da lei do divórcio, em 1977, apenas o instituto do desquite que, embora fizesse cessar, para os cônjuges, as obrigações e

⁶⁶ Esta última abrangia as hipóteses de casamentos que eram invalidados.

direitos oriundos do casamento, não lhes permitia contrair novas núpcias sob pena de esta nova união ser considerada ilegítima.

Toda e qualquer união extramatrimonial, naquela arquitetura, era chamada de ilegítima e não produzia os efeitos típicos do casamento. Até mesmo porque somente o casamento fundava a família. Por conseguinte, as uniões matrimoniais (apelidadas de concubinato) eram meras sociedades de fato, não dispendo dos mesmos direitos reconhecidos às famílias casamentarias. Exemplificativamente, o direito de receber alimentos era exclusivo do casamento, não se aplicando à dissolução do concubinato. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 406).

Clara era a intenção do legislador de resguardar a família por meio da garantia da indissolubilidade do casamento⁶⁷. O casamento era, então, o amparo das relações legítimas, e tudo que estivesse à margem do casamento era reputado ilegítimo, espúrio, desprovido de qualquer amparo legal. Mas não era somente isto: admitir o divórcio envolveria a necessidade de partilha de bens. De igual sorte, reconhecer filhos ilegítimos também ensejava a desconcentração do patrimônio de determinado núcleo familiar. Com isto, considerando que o CC/16 foi editado em um contexto de exacerbada valorização do patrimônio, torna-se lógico que as leis de direito de família – que envolvem também efeitos patrimoniais – tivessem sido pensadas com o intento de proteção do patrimônio.

Vale a pena trazer aqui um dado interessante: no processo de codificação do texto de 1916, Beviláqua, mentor da primeira versão do código, apresentou previsão normativa acerca do divórcio, através do artigo 30 da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Contudo, ele foi considerado muito à frente de seu tempo e, assim, não somente esta como outras disposições que previam a igualdade jurídica das mulheres e a permanência de sua capacidade civil, mesmo após o casamento, foram suprimidas do texto final, após reuniões das comissões revisoras e as votações das casas legislativas. Entretanto, ao doutrinar acerca do instituto do divórcio, de forma surpreendente, se comparada ao seu posicionamento e à defesa do divórcio no texto do Código Civil, ainda enquanto projeto, traduz o contrário, a saber: “a respeitabilidade, com que é cercada a família brasileira, a honestidade de nossas patrícias, os costumes de nosso povo, não somente dispensam o meio extremo do divórcio como o tornariam sobremodo nefasto” (BEVILÁQUA, 1943, p. 287).

⁶⁷ Salvo pela morte de um dos cônjuges ou pela decretação da nulidade ou anulação do casamento.

Até mesmo o divórcio ocorrido no exterior, entre brasileiros, não era passível de reconhecimento no Brasil, haja vista o que determina o Decreto-lei, nº 4.657/1942 que, em seu artigo 7º, §6º, estabelece: “Não será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem brasileiros. Se um deles o for, será reconhecido o divórcio, quanto ao outro cônjuge, que não poderá, entretanto, casar-se no Brasil”.

A ação de desquite não implicava na possibilidade de os consortes poderem contrair novo matrimônio, mesmo após a decretação do desquite, como já asseverado. Ao contrário, a única possibilidade concedida pela legislação estava em admitir a possibilidade de os cônjuges restabelecerem a sociedade conjugal a qualquer tempo, necessitando apenas informar tal fato para regularizar a situação jurídica. Esta deferência estava amparada no artigo 323 do Código Civil.

O código ainda estabelecia que o pedido de desquite deveria ser fundamentado em quatro motivações, conforme descrito no artigo 317, a saber:

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I. Adulterio.

II. Tentativa de morte.

III. Sevicia, ou injuria grave.

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

O adultério representava a lesão mais direta e grave ao casamento, à moralidade e à disciplina das relações conjugais (BEVILÁQUA, 1943, p. 290). A fidelidade recíproca, prevista no artigo 231, I do CC/16, se constituía enquanto um dos deveres de ambos os cônjuges no matrimônio e sua violação, a partir da edição do Código Penal, em 1940, passou a ser prevista como crime, no artigo 240, com pena de reclusão de dois a quatro anos⁶⁸.

A tentativa de morte assim como a sevícia – entendida enquanto maus tratos, ofensas físicas de cunho cruel – e a injúria grave também fundamentavam o pedido de desquite, por serem incompatíveis com a comunhão plena de vida. A relação marital também estabelece o respeito mútuo como um dos deveres do casamento, o que era incompatível com as condutas descritas nos incisos II e III do art. 317 do Código Civil.

Por fim, o abandono voluntário do lar por período superior a dois anos, conforme inciso IV do art. 317, de igual modo, violava obrigações matrimoniais, dentre elas o dever de

⁶⁸ Este tipo penal somente foi revogado através da Lei nº 11.106/2005. O artigo 319 previa que não poderia ser alegado o adultério quando o cônjuge queixoso houvesse concorrido para que o outro o cometesse, ou se o cônjuge inocente houvesse perdoado o cônjuge adúltero, o que poderia ser presumido pela coabitação.

coabitar, ou seja, a vida comum no domicílio conjugal, com previsão no artigo 231, inciso II, do CC/16. Daí porque a possibilidade de todas as situações arroladas no artigo 317 serem legitimadoras do pedido de desquite, já que insurgem contra disposições normativas que visam tutelar o instituto do casamento.

Desse modo, o desquite, quando litigioso, deveria ser motivado por algumas das hipóteses descritas no artigo acima citado⁶⁹. Contudo merece destaque as disposições dos artigos 320 e 324 do CC/16, cuja redação é abaixo transcrita:

Art. 320. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.

Art. 324. A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido (art. 240).

Ao longo do capítulo dedicado ao tratamento do desquite, não há sequer uma norma que responsabilize ou, pelo menos, atribua sanções, na hipótese de o marido ser considerado culpado pela dissolução da sociedade conjugal. Entretanto, à mulher/esposa considerada culpada pelo fim do casamento, imputavam-se duas consequências jurídicas. A primeira tratava da limitação do exercício do direito aos alimentos, quando inocente e pobre, no valor quantificado pelo juiz, o que permite concluir que, no caso de a mulher ter incidido em quaisquer das hipóteses descritas no artigo 317 e ter sido considerada culpada pelo fim do casamento, esta sequer teria direito aos alimentos, ainda que por qualquer razão não tivesse condições de suprir suas necessidades de subsistência.

Se não bastasse, além de ser destituída do direito aos alimentos, a mulher ainda era compelida a retirar de seu nome o sobrenome acrescido pelo marido em razão do casamento, o que, à época, era obrigatório. Acontece que o nome integra os direitos da personalidade⁷⁰, visto que é o meio pelo qual se designa e se identificam as pessoas. Assim, a ação de desquite viola um dos direitos da personalidade, que são invioláveis segundo a própria prescrição normativa. A violação pode ser percebida em dois momentos, seja na

⁶⁹ A lei admitia também o desquite por mútuo consentimento, conforme previsto no artigo 318 do CC/16.

⁷⁰ Os direitos da personalidade constituem-se enquanto construção jurídica de certo modo recente, vez que passou a ser expressamente previstos a partir da edição de leis esparsas e na Constituição Federal de 1988. No Código Civil de 2002 foram positivados do artigo 11 ao 21. Em breves palavras da doutrina apresentada por Farias e Rosenthal (2007, p. 108-110), os direitos da personalidade estão domiciliados na esfera mais íntima da pessoa e não são mensuráveis economicamente. Assim, trata-se de direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais, dentre os quais é possível citar o direito à integridade física, psíquica (imagem, privacidade, honra) e intelectual.

obrigatoriedade de acréscimo do sobrenome do marido ao nome da esposa, ao casarem, sem que lhe fosse conferido direito de se manifestar contrariamente e manter seu nome de solteira, fruto de sua linhagem familiar seja biológica ou através de ato de adoção ou, no segundo momento, através do desquite que, uma vez decretado em desfavor da mulher considerada culpada, a obriga a deixar de usar o sobrenome do marido que lhe foi obrigatoriamente imposto em razão do casamento, repise-se.

3.1.4 Da proteção dos filhos e da filiação: a ilegitimidade da norma pela legitimidade dos filhos

O debate em torno da proteção aos filhos é suscitado no CC/16 a partir do contexto do desquite, isto porque não há um capítulo destinado à regulação do instituto da guarda, verdadeira temática que é tratada nos artigos 325 ao 329.

Nas situações que envolvem o desquite amigável, restava resguardada a vontade dos cônjuges acerca da guarda dos filhos. A problemática circunda a esfera do desquite judicial, situação que é disciplinada no artigo 326 do Código Civil, com a seguinte redação:

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

O artigo acima aludido traz em seu bojo a compreensão de que a legislação civil se preocupou em estruturar as relações, de modo estratificado, visto que, no caso de desquite judicial, os filhos menores, em caso de culpa de ambos os seus genitores, ficariam com os pais – a partir dos seis anos de idade, quando se entende que já não mais dependem dos serviços maternos para seu cuidado – e as filhas com as mães. Nota-se uma disposição cujo intento está em facilitar o convívio com o comportamento a ser assimilado e retransmitido a partir da vivência com os entes cujo papel deveria ser reproduzido. Ressalte-se, ainda, que o legislador considerou a possibilidade de decidir de modo diferente da disposição acima citada, no artigo 327 do CC/16⁷¹, quando houver motivos graves, em prol do melhor interesse dos filhos.

⁷¹ “Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

O Título V, que disciplina as relações de parentesco, em suas disposições gerais, Capítulo I, conceitua, através do artigo 332, o parentesco legítimo ou ilegítimo com a seguinte redação: “o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede ou não de casamento; natural, ou civil conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”. O Capítulo II reitera os termos da conceituação descrita no artigo 332 e disciplina a filiação legítima iniciando pelo artigo 337, que estabelece: “São filhos legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé”. Mais uma vez, é retomada pela lei a temática em torno da família legítima e a associação desta à necessidade de um prévio casamento. A abordagem aqui trata dos filhos legítimos, portanto, havidos ou concebidos sob a proteção do matrimônio de seus pais. Os filhos que nascessem desprovidos do amparo do casamento eram considerados ilegítimos⁷², sendo expressamente proibido o reconhecimento daqueles que fossem considerados incestuosos ou adúlteros, haja vista vedação expressa através do artigo 359. Apenas aqueles filhos naturais, embora considerados ilegítimos, já que não estavam amparados pelo casamento, poderiam ser reconhecidos por ambos os pais, em conjunto ou separadamente, pois, neste caso, entende-se que não havia para os pais a proibição de se casarem quando foram concebidos, conforme disposição constante do artigo 355 do código⁷³.

Os filhos ilegítimos, entendidos como espúrios, ou seja, fruto de uma relação adúltera ou incestuosa, além de não estarem sob o manto do matrimônio, justamente pelas proibições legais, não eram passíveis de reconhecimento pelos pais. A condição de fruto de relações entre pais proibidos legalmente de se casarem colocam estes filhos em um patamar inferior aos filhos naturais. Esta proibição está prevista no artigo 358 do CC/16 que estabelecia expressamente: “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”. Tratava-se de uma clara proibição legal que, em detrimento do direito de filiação de uma criança, defendia a família legítima. Somente em 21 de outubro de 1949, com a edição da Lei nº 833, passou-se a admitir a quaisquer dos cônjuges reconhecer o filho

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro”.

⁷² “[...] filhos ilegítimos são todos aqueles que procedem de união sexual, a que o direito não presta seu reconhecimento. Se o pai ou a mãe, ao tempo da concepção ou do parto, se achava ligado por matrimônio com outrem o filho se diz adúltero; se os progenitores são, entre si, parentes em grau tão próximo, que não se poderiam, validamente, casar, o filho se denomina incestuoso. Estas duas espécies, a dos adúlteros e a dos incestuosos formam a espécie dos bastardos, ou antes, espúrios”. (BEVILÁQUA, 1943, p. 320-321).

⁷³ “[...] Aqueles cujos procriadores estavam em condição de realizar matrimônio legal entre si, ao tempo da concepção ou do parto, por outros termos, aqueles que não forem adúlteros ou incestuosos, tomam a nome de simplesmente naturais ou naturais em espécie” (BEVILÁQUA, 1943, p. 321).

havido fora do matrimônio, porém, somente após a dissolução da sociedade conjugal. Deste modo, os filhos de desquitados poderiam ser reconhecidos após a decretação do desquite.

A diferença entre o reconhecimento dos adulterinos e dos naturais concerne à sua oportunidade e eficácia. Os filhos de adultério somente podem ser reconhecidos depois de dissolvida a sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges, pelo desquite ou pela anulação do casamento (GOMES, 1976, p. 294).

O código ainda previa mais uma classificação, a dos filhos legitimados, que estava condicionada ao casamento dos pais após a concepção ou nascimento do filho e sua situação jurídica era equiparada à do filho legítimo – art. 352.

O critério da presunção legal (*Pater Is Est*) é o mais antigo, garantido desde o código de Hamurabi e se pauta na presunção de paternidade de filhos nascidos em razão do vínculo matrimonial existente entre seus pais, partindo da concepção de que as relações sexuais estão legitimadas e do dever de fidelidade que vincula os cônjuges. Tal modalidade de presunção surgiu a partir da ideia de centralidade da única forma de família outrora admitida pelo ordenamento, qual seja, o casamento. Desta feita, estabeleceu-se este critério determinante da filiação, denominado de legal, pois a presunção decorre de previsão legal, independentemente da verdade biológica⁷⁴.

A filiação estabelece a relação entre pai/mãe e filho e, com isto, não identifica o amparo legal, ainda que se considere a realidade social que vigorava à época para atrelar a relação paterna ou materno-filial a partir de um prévio casamento⁷⁵.

Esse tratamento discriminatório representava, já na época, uma violação ao princípio da isonomia entre os filhos havidos em uma relação marital ou não, além de retirar da criação o direito ao seu nome, a relação paterno-filial, o que representava, novamente, clara afronta aos direitos da personalidade. Porém, o intento era resguardar o matrimônio, proteger a moral e o que se entendia por bons costumes naquele contexto histórico, além de evitar a desconcentração do patrimônio de determinado núcleo familiar. Não se olvide de ressaltar, ainda que, ao apartar o direito à filiação de determinado filho – em razão de uma relação que se consubstanciava no que se entendida enquanto ilegítimo – negava-se o direito à

⁷⁴ Considerando a legislação em vigor, tal critério encontra-se previsto no art. 1.597 do CC, que além de admitir a filiação legal decorrente da fecundação sexual (incisos I e II), ampliou sua previsão para os casos de reprodução artificial assistida (incisos III, IV e V).

⁷⁵ Atualmente o debate ultrapassa a discussão que restringe a filiação a partir das relações consanguíneas ou decorrente da adoção – filiação civil – passando a considerar como outro critério a socioafetividade.

sucessão hereditária, ou seja, à herança de seus pais, como mais uma prova do objetivo de evitar que o patrimônio fosse dissipado.

Embora com menor ênfase, os filhos adotados também eram tratados de modo desigual, na medida em que o código de 1916 retirava destes o direito sucessório em favor dos filhos legítimos.

3.1.5 O pátrio poder: a mulher como coadjuvante

Como já asseverado em linhas anteriores, no contexto do casamento, é estabelecida em favor do marido a chefia da sociedade conjugal, cabendo a ele a representação da unidade familiar. Neste sentido, o artigo 380 do Código Civil atribui ao marido, enquanto chefe da sociedade conjugal, o exercício do pátrio poder, cabendo à esposa a substituição, na falta ou impedimento do marido.

Entende-se pátrio poder como o conjunto de direitos conferidos ao pai, através de lei, sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, dos naturais reconhecidos e dos adotivos, enquanto perdure a menoridade. Durante a vigência do Código Civil de 1916, a menoridade somente cessava aos 21 anos ou em casos que ensejassem a emancipação, como o casamento, por exemplo. Entretanto, a Constituição Federal de 1937 (CF/37) reduziu a cessação da menoridade para os 18 anos, em razão da capacidade política de brasileiros de ambos os sexos.

O poder do pai sobre seus filhos tinha uma natureza despótica, com poderes amplos conferidos ao ente paterno sobre a pessoa de seus filhos, bem como sobre o patrimônio destes. O artigo 379 determinava que: “Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder enquanto menores”. O pátrio poder é um direito-função, um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder propriamente dito e o direito subjetivo (GOMES, 1976, p. 330).

Mais uma vez, a partir de um tratamento diferenciado entre filhos legítimos ou não, ao tratar do exercício do pátrio poder nos casos que envolvessem filhos ilegítimos, não reconhecidos pelo pai, o artigo 383 do Código Civil conferiu, excepcionalmente, para a mãe o pátrio poder e, na ausência desta, por não ser conhecida ou se impossibilitada de exercer este poder, estabeleceu a lei a necessidade de conferir um tutor ao menor.

O artigo 384 do Código Civil elenca as obrigações dos pais em relação aos seus filhos menores, a saber:

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I. Dirigir-lhes a criação e educação.

II. Tê-los em sua companhia e guarda.

III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem.

IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder.

V. Representa-los nos atos da vida civil.

VI. Reclama-los de quem ilegalmente os detenha.

VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Os deveres oriundos do pátrio poder estavam relacionados ao cuidado com os filhos enquanto menores ou não emancipados, desde o zelo pela criação, educação, guarda, representação civil, por reavê-los de quem injustamente os detenha e a concessão em exigir obediência, respeito e o exercício de serviços compatíveis com sua idade. Ainda no tocante ao exercício do pátrio poder, o artigo 385 estabelecia: “O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob seu poder, salvo o disposto no artigo 225”⁷⁶.

As disposições que disciplinavam a administração por parte do pai ou, na sua falta, da mãe dos bens de seus filhos menores estão previstas nos artigos 385 até o 391 do Código Civil que, em sucintas palavras, proibiam qualquer ato de disposição do patrimônio de seus filhos que ultrapassasse os limites da simples gerência, salvo por necessidade ou utilidade da prole e mesmo assim condicionado a prévia autorização judicial. Nas hipóteses de divergências de interesses na administração do patrimônio, a lei conferia ao menor um curador especial, por ato judicial. Assim como estavam os bens dos menores sujeitos à administração paterna ou, na sua ausência, à materna, por consequência, estabelecia o artigo 389 o chamado usufruto legal, resguardada a ressalva do artigo 225 do diploma civil. Os artigos 390 e 391 elencavam alguns dos bens que estavam excluídos desse usufruto legal e da administração, respectivamente, nos seguintes termos:

⁷⁶ Art. 225. O viúvo, ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se casar antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, perderá o direito ao usufruto dos bens dos mesmos filhos.

Art. 390. Excetua-se:

I. Os bens deixados ou doados ao filho com a exclusão do usufruto paterno.

II. Os bens deixados ao filho, para fim certo e determinado.

Art. 391. Excluem-se assim do usufruto como da administração dos pais:

I. Os bens adquiridos pelo filho ilegítimo, antes do reconhecimento.

II. Os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública.

III. Os deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais.

Não poderia aqui me olvidar de tratar das disposições gerais, como fiz, acerca do pátrio poder, contudo, a análise tem por enfoque a colocação da mulher à margem do exercício do pátrio poder, ou melhor, a sua atuação enquanto coadjuvante ou mera substituta legal, na ausência do marido.

O exercício do pátrio poder envolvia a educação e a criação da prole, além de outros direitos e obrigações narrados no artigo 384, já citado, assim como a administração do patrimônio dos filhos menores. Não obstante a divisão dos papéis na sociedade conjugal colocasse a mulher vinculada aos afazeres e cuidados domésticos, universo privado, e os homens voltados para o âmbito público, de subsistência e chefia da família, verifica-se que, em se tratando de representação social, hierarquia familiar e gerência patrimonial, a mulher era deslocada do âmbito familiar e colocada enquanto coadjuvante, à margem da atuação masculina. Nesta perspectiva encontro relação com os estudos de Pateman (1993), que defende que há a permanência de uma relação patriarcal fundada nas relações de poder existentes no âmbito familiar no qual o homem exerce a função, no âmbito público e privado, quando se trata de executar o poder de decisões, ao passo que as mulheres permanecem ancoradas numa relação de sujeição.

Contudo, os direitos e deveres oriundos do exercício do pátrio poder não compreendiam apenas a família legítima, ou seja, oriunda do casamento. Vale a pena lembrar que a lei admitia o reconhecimento dos filhos naturais, o instituto da legitimação e, após 1949, o reconhecimento de filhos ilegítimos, após o desquite. Deste modo, era admitido o exercício do pátrio poder pela mãe do filho ilegítimo não reconhecido pelo pai e apenas se nenhum deles fosse conhecido é que seria conferido um tutor para o menor, conforme artigo 383 do CC/16. Além disso, ressalta o artigo 387 que, na hipótese de colisão do interesse dos pais e de seus filhos, é possível a nomeação de curador especial, a fim de garantir o melhor interesse da criança.

Vale a pena aqui lembrar que, ao disciplinar os direitos e deveres da mulher, no tocante ao patrimônio, a única disposição que trata essencialmente de questões de natureza

econômica, sendo conferido à mulher agir, independentemente da outorga marital, está relacionada à possibilidade de contrair obrigações que envolvem a economia doméstica – excepcionado o inciso III, que trata da autorização da mulher contrair obrigações no exercício da atividade profissional com a anuência do marido.

No exercício do pátrio poder familiar, as prerrogativas legais são conferidas, primordialmente, ao chefe da sociedade conjugal, portanto, ao marido e somente na sua falta à mulher. A suspensão, extinção e perda do pátrio poder são situações previstas por lei, num rol taxativo, que sequer admite interpretação extensiva. O artigo 392 discorre acerca das hipóteses de extinção do pátrio poder, a saber:

Art. 392. Extingue-se o pátrio poder:

I. Pela morte dos pais ou do filho.

II. Pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art. 9º, parte geral.

III. Pela maioridade.

IV. Pela adoção.

As hipóteses arroladas no artigo 392 demonstram a desnecessidade de manutenção do exercício do pátrio poder, seja porque os pais já não podem mais exercê-lo, em razão de falecimento ou, no caso dos filhos, quando, em função da emancipação ou maioridade, não mais se justifica a representação pelos pais e, ainda, nos casos de adoção, quando são transferidos para os pais adotivos o direito de exercício do pátrio poder.

Merece atenção o artigo 393 do CC/16 que determina a perda do pátrio poder da mãe que contraísse novas núpcias, em relação aos filhos de casamento anterior, somente os recuperando caso viesse a se tornar viúva. Mais uma vez o legislador confere tratamento diferenciado à mulher, que estava impedida de constituir nova unidade familiar, nas hipóteses de dissolução do casamento anterior – ainda que por morte, nulidade ou anulação do casamento – o que implicava, em um viés punitivo com a perda do pátrio poder. Com isto, entendo que o legislador objetivava restringir o núcleo familiar outrora formado e limitava à mulher ao papel de zelo dos filhos e da casa, desconsiderando seus anseios e o exercício da sua liberdade. Esta disposição constrangia as mulheres que, com receio de serem desprovidas do exercício do pátrio poder, eram intimidadas por lei a evitar um novo enlace. Quanto aos homens, o código se manteve silente, o que permite uma interpretação em favor deles, que poderiam convolar novas núpcias sem correr o risco de perder o pátrio poder sobre os filhos de casamento anterior.

Salvo esta hipótese, as demais – previstas nos artigos 394 e 395 – tratavam o pai e mãe de forma igualitária, no que tange à possibilidade de suspensão ou perda do pátrio poder

nos casos de abuso do poder, de falta do exercício dos deveres, na hipótese de dilapidar o patrimônio de seus filhos ou quando condenado qualquer dos pais por sentença irrecorrível cuja pena excedesse dois anos de prisão – situações que implicam na extinção – ou, nas hipóteses de castigar imoderadamente os filhos, deixá-los em abandono ou praticar atos contra a moral e nos costumes – hipóteses que ensejavam a perda do pátrio poder.

Não obstante o pátrio poder seja um múnus público que deve ser exercido em favor do filho menor, percebe-se que algumas de suas disposições tinham por fito resguardar valores patriarcais que ainda predominavam no início do século passado.

3.2 UM PASSO ADIANTE: ESTATUTO DA MULHER CASADA E LEI DO DIVÓRCIO

O fim do século XIX e início do século XX foi marcado por um processo de codificação civil que resultou na edição do Código Civil de 1916. Porém, muitas das disposições, com o passar do tempo, não mais se adequavam ao contexto social, político e econômico que norteava a sociedade. Inevitável, portanto, que o Direito se ajustasse à evolução social e amparasse as inquietações que norteavam as relações privadas entre os indivíduos.

Novas preocupações passaram a atormentar a sociedade do século XX e movimentos sociais e políticos lutavam por uma reestruturação do modelo social refletido pelo Código Civil de 1916. Neste contexto, nascem os movimentos de mulheres e, dentre eles, os feministas que se mobilizavam contra as bases sociais, políticas e econômicas que colocavam as mulheres numa relação de subordinação em relação à figura masculina.

Como já narrado no Capítulo 2 deste trabalho, o movimento sufragista foi um grande marco no início da luta pela igualdade de gêneros, que se destacou pela edição de um Código Eleitoral, em 1932, que deferiu o exercício do direito ao voto em favor das mulheres. Tal feito foi incorporado na Carta Magna de 1934, que inseriu em seu texto o direito ao voto conferido aos homens e mulheres, um reconhecimento dos direitos políticos a ambos. Contudo, em meio às lutas e vitórias, no âmbito do exercício de uma cidadania, não se justificava a manutenção de determinadas disposições do Código Civil de 1916 que, dentre outras regras, mantinha a incapacidade jurídica da mulher casada, no artigo 6º, inciso II, que não poderia praticar atos de natureza civil sem a outorga de seu marido, representante da sociedade conjugal.

Em meio aos movimentos de mulheres, a inserção destas no âmbito político permanecia na contramão dos avanços das disposições normativas do CC/16 que tutelava as relações jurídicas de natureza civil com uma perspectiva patrimonialista, patriarcal e de crassa hierarquização entre papéis de mulheres e homens, em especial, no contexto familiar.

Inevitável, portanto, que avanços normativos fossem clamados e contemplados, como ocorreu com o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que revogou inúmeros artigos do Código Civil de 1916, no tocante às disposições que colocavam as mulheres em situação jurídica inferior ao homem, em especial, no contexto familiar. É o que, a partir de então, passarei a analisar, considerando apenas as disposições normativas que verdadeiramente modificaram a situação da mulher na esfera familiar.

A Lei nº 4.121 de 1962 representou um grande marco histórico na evolução dos direitos civis das mulheres, em especial, na equiparação da mulher ao homem no exercício de direitos no contexto familiar. Embora não seja disciplina do direito de família, não poderia deixar de consignar que o maior avanço desta lei foi a emancipação dos direitos civis da mulher, no tocante à revogação do artigo 6º, inciso II, do Código Civil de 1916, que colocava as mulheres casadas no rol dos relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, vez que estas dependiam, para determinados atos, da assistência de seu marido⁷⁷. Com isto, o *caput* do artigo 248 foi modificado, deixando de consignar que “independente de autorização, pode a mulher casada”, fazendo constar apenas que “a mulher casada pode livremente” e, além disto, reformulou alguns dos incisos que seguiam e acrescentou o inciso VII que, de forma genérica, possibilitava à mulher praticar quaisquer atos não vedados por lei, como se pode verificar, a partir da comparação apresentada na Figura 4.

O inciso I do artigo 248 estabeleceu a possibilidade de exercício de direitos das mulheres em relação às pessoas dos filhos do leito anterior, abrangendo também os bens destes o que, na codificação de 1916, não era possível. A redação do inciso VI também foi modificada, embora sem repercussão jurídica que mereça análise. Os incisos VII, VIII, IX e X do CC/16 foram revogados, o que retrata a viabilidade jurídica da mulher, a partir de 1962, de poder propor ação anulatória de casamento, desquite, pedido de alimentos e a realização de testamento, sendo inserida uma nova redação no inciso VII que permitia à mulher, como já asseverado, praticar todos os atos não proibidos por lei.

⁷⁷ Esse tratamento colocava a mulher no mesmo patamar dos silvícolas e dos pródigos.

Figura 4 – Quadro comparativo: direitos da mulher no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 248

CÓDIGO CIVIL DE 1916	LEI Nº 4.121 DE 1962
<p>Art. 248. Independentemente de autorização, pode a mulher casada:</p> <p>I. Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas dos filhos de leito anterior (art. 329).</p> <p>II. Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alienado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, nº I).</p> <p>III. Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos nºs III e IV, do art. 235.</p> <p>IV. Reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis doados, ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).</p> <p>Parágrafo único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda, ou outro contrato.</p> <p>V. Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior, e de quaisquer outros que possuam livres da administração do marido, não sendo imóveis.</p> <p>VI. Promover os meios assecuratórios e as ações, que contra o marido lhe competirem, em razão do dote, ou de outros bens dela sujeitos à administração marital (arts. 263, 269 e 289).</p> <p>VII. Propor a ação anulatória do casamento (arts. 207 e seguintes).</p> <p>VIII. Propor a ação de desquite (art. 316).</p> <p>IX. Pedir alimentos, quando lhe couberem (art. 224).</p> <p>X. Fazer testamento ou disposições de última vontade.</p>	<p>Art. 248. A mulher casada pode livremente:</p> <p>I – Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393);</p> <p>II – Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, número 1);</p> <p>III – Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285;</p> <p>IV – Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).</p> <p>Parágrafo único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato;</p> <p>V – Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possuam, livres da administração do marido, não sendo imóveis;</p> <p>VI – Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem;</p> <p>VII – Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei.</p> <p>VIII – Propor a separação judicial e o divórcio.</p>

Fonte: Elaboração própria

Outra modificação que merece ser aqui destacada se encontra no artigo 233, CC/16, que tratava acerca dos direitos e deveres do marido no casamento e o estabelecia enquanto chefe da sociedade conjugal. Esta disposição foi suplantada por uma nova redação que colocava a mulher enquanto colaboradora do marido, com modificações nos incisos, conforme se pode verificar na Figura 5.

O artigo 233 teve a sua redação modificada, embora não iguale o homem e a mulher na sociedade conjugal. É inegável o avanço na inserção da mulher enquanto colaboradora do marido no interesse comum do casal e dos filhos, contudo, o marido não perdeu o *status* de chefe e representante da família, o que denota a manutenção de um contexto de exercício de poder na unidade familiar. Outra modificação em relação a este artigo se encontra no inciso III, que permitiu à mulher recorrer ao poder judiciário para questionar a fixação de domicílio estabelecida pelo marido que a prejudicasse. O inciso IV, que concedia ao marido o direito de autorizar a profissão da esposa e a sua residência fora do

lar conjugal, foi revogado e substituído por uma nova redação que determinava a manutenção da família enquanto obrigação do homem, com a colaboração de sua esposa, observadas as disposições do art. 277 e 275. Com isto, restou revogado o antigo inciso V que tratava da manutenção da família enquanto dever exclusivo do marido.

Figura 5 – Quadro comparativo: direitos do marido no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 233

CÓDIGO CIVIL DE 1916	LEI Nº 4.121 DE 1962
<p>Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:</p> <p>I. A representação legal da família.</p> <p>II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).</p> <p>III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).</p> <p>IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).</p> <p>V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.</p>	<p>Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).</p> <p>Compete-lhe:</p> <p>I – A representação legal da família;</p> <p>II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);</p> <p>III – o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;</p> <p>IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.</p>

Fonte: Elaboração própria

Em que pese a modificação no texto do artigo 240 do CC/16, que substituiu a nomenclatura relativa à mulher de “auxiliar” para “colaboradora” dos encargos da família e acrescentou o dever de velar pela sua direção material e moral, entendo que tais modificações ficaram circunscritas ao campo da Linguística, sem ter o condão de alcançar uma mudança representativa do papel da mulher no contexto social e familiar. Atrevo-me a dizer que “auxiliar” e “colaboradora” se apresentam enquanto palavras sinônimas, daí a mudança não ter alcançado uma representação substancial no campo do Direito.

O artigo 242 do CC/16 elencava uma série de ações que não poderia a mulher fazer sem a outorga de seu marido, representando, assim, verdadeira castração social⁷⁸. O Estatuto da Mulher Casada, por sua vez, revogou os incisos IV, V, VI e VII, do art. 242, que estabeleciam que não poderia, a mulher casada, sem a autorização de seu marido, respectivamente: aceitar ou repudiar herança ou legado, aceitar tutela, curatela ou outro

⁷⁸ O CC/16 também estabelecia limitações ao marido que não poderia realizar determinados atos sem a autorização de sua esposa, porém o alcance desta disposição tinha menor abrangência que a dedicada às mulheres.

munus público, litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251, e exercer profissão.

O exercício da liberdade, no que tange ao direito de poder exercer uma profissão independentemente da autorização do marido, representou um grande avanço e, neste sentido, tratou o legislador de tutelar também, através de modificação no artigo 246, a autonomia das mulheres quanto aos frutos de seu trabalho e aos bens adquiridos, com nova redação:

Figura 6 – Quadro comparativo: direitos da mulher de exercer uma profissão, no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 248

CÓDIGO CIVIL DE 1916	LEI Nº 4.121 DE 1962
Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, terá direito a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor livremente do produto de seu trabalho.	Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242. Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere êste artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.

Fonte: Elaboração própria

Depreende-se do dispositivo supracitado uma preocupação do legislador em considerar, mais uma vez, o exercício da liberdade da mulher, porém, aqui, no âmbito da gestão de suas finanças e dos bens que auferisse a partir dos rendimentos de seu trabalho. Foi, ainda, acrescentado o parágrafo único do artigo, que não permitia que o produto do trabalho da mulher fosse alcançado pelas dívidas do marido, configurando, assim, verdadeira proteção patrimonial em favor das mulheres, o que era praticamente inexistente nas disposições normativas do CC/16⁷⁹.

⁷⁹ Embora não seja o enfoque do trabalho, não poderia deixar de citar que o artigo 263 também foi modificado pelo estatuto da mulher casada, porém no tocante aos bens foram inseridos (incisos VII ao XIII) no rol de excluídos da comunhão, a saber: As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade, as roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo espôso, os livros e instrumentos de profissão e os retratos da família; a fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (artigos 178, § 9º, nº I alinea b, e 235 nº III); os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723); os bens reservados (art. 246, parágrafo único); os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos.

O artigo 326 do CC/16 que tratava da proteção aos filhos, regulando as disposições que tratavam do instituto da guarda foi modificado, com redação que pode ser percebida da disposição a seguir (Figura 7).

Figura 7 – Quadro comparativo: proteção aos filhos no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 326

CÓDIGO CIVIL DE 1916	LEI Nº 4.121 DE 1962
<p>Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.</p> <p>§1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.</p> <p>§2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.</p>	<p>Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.</p> <p>§1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.</p> <p>§2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notòriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.</p>

Fonte: Elaboração própria

O CC/16 estabelecia o sexo enquanto critério para a guarda, nos casos de desquite judicial, ou seja, as mães permaneciam com as filhas, independentemente da idade, e com os filhos até completarem a idade de seis anos, e os pais ficariam com a guarda dos filhos a partir dos seis anos. Contudo, é evidente o avanço nas modificações das disposições do artigo 326 que tratou de elevar como fundamento o melhor interesse da criança, embora mantivesse a premissa de que os filhos ficariam, em uma análise preliminar, com o cônjuge inocente. Na hipótese de ambos os cônjuges serem culpados pelo fim da sociedade conjugal, o legislador estabeleceu que deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe, independentemente do sexo, considerando, ainda, no §2º, a possibilidade de a guarda ser concedida a um terceiro, nas hipóteses de os filhos não poderem ficar nem com a mãe nem com o pai.

A disposição do §1º, que estabeleceu uma preferência da mãe em detrimento do pai, embora este mantivesse o *status* de chefe da sociedade conjugal, reafirmava, em minha percepção, a atribuição do papel materno vinculado à atividade de âmbito privado como inerente às mulheres. Não se tratava aqui de uma benevolência vislumbrada pelo legislador em favor das mulheres, mas em um trabalho cuja competência para a sua execução era atrelada às mulheres. Mais uma vez, ressalto que este trabalho pretende, a partir de uma epistemologia feminista, o *standpoint*, identificar, através de uma análise de discurso associada ao contexto histórico, social e econômico, o que está por trás da norma, ou seja, qual o verdadeiro interesse passível de proteção legal. Tanto é assim que, ao me debruçar

sobre as mudanças ocorridas no artigo 380, reafirmo meu posicionamento, visto que, ao disciplinar o pátrio poder, o Estatuto da Mulher Casada ressaltou a colaboração da mulher no exercício deste instituto, porém, o parágrafo único reafirma a disposição pretérita acerca da preponderância da vontade paterna, na hipótese de divergência entre os pais, sendo apenas acrescido o direito de a mulher recorrer, para discutir a divergência. (Figura 8).

Figura 8 – Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Art. 380

CÓDIGO CIVIL DE 1916	LEI Nº 4.121 DE 1962
Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.	Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Fonte: Elaboração própria

Alguns doutrinadores⁸⁰ ressaltam a relevância deste dispositivo por impor uma igualdade no exercício do pátrio poder em relação a ambos os pais, entendimento este com o qual não coaduno, em razão da redação conferida no próprio *caput*, que coloca a mulher como “colaboradora” do marido no exercício do pátrio poder. O parágrafo único arremata o meu posicionamento por deixar clara a prevalência da vontade paterna em detrimento da materna, reafirmando, assim, o poder do homem na esfera familiar. É claro que o fato de a mulher ser citada no *caput* do artigo 380 enquanto colaboradora e não somente como substituta representa um grande avanço, mas isto não me permite concluir pelo alcance de uma igualdade de gênero no exercício do pátrio poder, dada a prevalência do poder paterno descrito no parágrafo único deste mesmo artigo.

Diferentemente da análise acima, a modificação inserida na redação do artigo 393, que destituía a genitora do exercício do pátrio poder na hipótese de vir a contrair novas núpcias, representou a supressão de um posicionamento patriarcal e discriminatório revogado pelo Estatuto da Mulher Casada através da seguinte redação: “A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido”.

⁸⁰ Cite-se Beviláqua (1943), Farhat (1971), Gomes (1976).

Em 26 de dezembro de 1977, a legislação brasileira passou a admitir o divórcio, através da Lei nº 6.515, editada a partir da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que estabeleceu, no §1º do art. 175, da Constituição da época que “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. A admissão do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro significava dizer que os casamentos poderiam ser dissolvidos e que era admitido aos divorciados contrair novas núpcias, desde que respeitassem as regras impostas pela legislação. Não se pode, aqui, afirmar que o Estatuto da Mulher Casada e/ou a Lei do Divórcio – que foi além deste instituto e disciplinou outras questões – revogaram o Código Civil de 1916. É inegável que muitas das disposições inseridas no referido diploma foram revogadas, porém este continuou em vigência até a sua revogação completa pela edição de um novo estatuto civil, no ano de 2002, que será abordado no próximo capítulo.

A Lei nº 6.515/77 estabeleceu a substituição da terminologia desquite por separação judicial, entendida enquanto forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação judicial e o transcurso do prazo de três anos se constituíam como requisitos obrigatórios para ensejar o pedido de divórcio. Saliente-se que, enquanto não decretado o divórcio, assim como ocorria com o desquite, a qualquer tempo, os separados judicialmente poderiam se reconciliar e retomar o vínculo matrimonial. Além da modificação quanto à terminologia da separação judicial, alterou a redação, no livro de direito de família, dos artigos 180, 186, 195, 240, 248, 258, 267 e 326, sendo que apenas alguns destes serão enfocados na análise em que se debruça este trabalho. Assim como fiz com as modificações às disposições do CC/16 apresentadas através de quadro comparativo (Figura 9), de igual modo trabalharei as mudanças trazidas pela Lei do Divórcio.

O artigo 180 foi adaptado, em razão da inserção do instituto do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, o que ensejou, no primeiro caso, a inclusão da sentença de divórcio transitada em julgado para permitir que nubentes divorciados pudessem comprovar sua situação e convolar novo casamento. Quanto ao artigo 186, nota-se, apenas, um ajuste na redação, visto que, ao tratar da deferência dos pais para que filhos menores pudessem casar, abarcava apenas o contexto dos desquitados, o que foi substituído por separado ou divorciado.

O CC/16 disciplinava, quanto ao patrimônio, que, caso os nubentes não elegessem quaisquer das modalidades de regime de bens estabelecidas no diploma civil, vigoraria o regime da comunhão universal, entretanto, a Lei do Divórcio, substituiu o regime legal aplicado em caso de omissão dos nubentes pelo regime da comunhão parcial. Com isto como regra geral, apenas os bens adquiridos na constância do casamento eram comunicados entre os

cônjuges e gerava o direito de reparti-los, no caso de dissolução do casamento. Esta modificação teve uma representatividade social, na medida em que deixou de considerar, como consequência do casamento, a unificação dos patrimônios, como ocorria quando o regime legal era o da comunhão universal, e passou a considerar o regime da comunhão parcial.

Nota-se uma mudança de paradigmas na proteção do patrimônio e na sua conservação no seio familiar, não apenas por deixar de unificar os bens que os cônjuges tinham antes de casar e possibilitar a conservação na individualidade de seu respectivo proprietário, como também o próprio instituto do divórcio, que permite a dissolução do vínculo conjugal, facilita uma dispersão patrimonial que antes se objetivava concentrar na unidade familiar. Esta mudança pode ser constatada a partir das disposições do art. 195, inciso VII, e artigo 258, que passaram a ter a seguinte redação:

Figura 9 – Quadro comparativo: regime de bens no casamento no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 – Arts. 195 e 258

CÓDIGO CIVIL DE 1916	LEI Nº 6.515 DE 1977
<p>Art. 195. Do matrimônio, logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro de registro (art. 202). No assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial de registro, serão exarados: [...] VII. O regime do casamento; com declaração da data e do cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for da comunhão ou o legal, estabelecido no título III deste livro, para certos casamentos.</p>	<p>Art. 195. Do matrimônio, logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro de registro (art. 202). No assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial de registro, serão exarados: [...] VII – o regime do casamento, com a declaração data e do cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o de comunhão parcial, ou o legal estabelecido no Título III deste livro, para outros casamentos.</p>
<p>Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.</p>	<p>Art. 258 – Não havendo convenção, ou sendo nela, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.</p>

Fonte: Elaboração própria

O artigo 240 também representou um marco na mudança da constituição da família, pois o CC/16 determinava a obrigatoriedade de a mulher acrescentar ao seu nome o sobrenome do marido. Sobre o tema, já abordei uma reflexão em torno dos direitos da personalidade, visto que o nome compõe o rol que identifica uma pessoa. Assim, a mudança trazida pela lei do divórcio permitiu fosse facultado à mulher optar quanto ao acréscimo do sobrenome do marido. Caso não desejasse, mesmo casada, poderia manter seu nome de solteira. Para tanto, entendo interessante reproduzir aqui uma tabela evolutiva da mudança no texto da lei. (Figura 10).

Figura 10 – Quadro comparativo: direito da mulher no casamento no Código Civil de 1916 e na Lei nº 4.121 de 1962 e Lei nº 6.515 de 1977 – Art. 240

DIREITO DA MULHER NO CASAMENTO	
Código Civil de 1916	Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).
Lei nº 4.121 de 1962	Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.
Lei nº 6.515 de 1977	Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Parágrafo único – A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido.

Fonte: Elaboração própria

Em uma análise textual, é possível depreender, primeiramente, uma mudança da condição da mulher no contexto familiar, inicialmente inserida como “companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família” em relação ao seu marido e que, em seguida, teve acrescido ao seu papel o *status* de colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Tanto no CC/16 como na Lei nº 4.121 de 1962, Estatuto da Mulher casada, infere-se que a mulher atuava como coadjuvante e assumia tal papel com o casamento e mediante o acréscimo do apelido do marido. Não se tratava de uma opção, mas de imposição, obrigatoriedade, pois independia da manifestação de vontade das partes envolvidas. Entretanto, com a edição da Lei do Divórcio, o *caput* do artigo 240 retira a questão do nome enquanto imperativa para deliberar os papéis das mulheres no seio familiar e acresce um parágrafo único para facultar a possibilidade de as mulheres, caso desejassem, acrescentar ou não o sobrenome do marido.

Nota-se um cuidado do legislador, neste artigo, de resguardar o direito ao nome, enquanto direito da personalidade que é, para que aquelas que viriam a ter o seu direito substancialmente alterado, ou seja, as mulheres, pudessem optar se desejavam ou não esta alteração. O Estado, neste caso, se absteve de intervir na vida privada do indivíduo e demonstrou uma observância do princípio da intervenção mínima do Estado no campo dos direitos individuais e indisponíveis.

Outra disposição normativa que demonstra um reflexo do contexto social na norma está no artigo 248, que estabelecia as ações que as mulheres poderiam realizar independentemente da outorga do marido. Esta disposição já foi analisada minuciosamente no início deste tópico com as ponderações que entendi relevantes. Ocorre que a Lei nº 6.515/77 acrescentou ao artigo 248, o inciso VII, que traz a possibilidade de propor ação de separação judicial e de divórcio inserida no rol de ações que as mulheres poderiam praticar livremente.

Por mais simples que possa parecer em uma primeira análise, esse inciso permitiu às mulheres poderem ajuizar ações que ensejariam, respectivamente, a dissolução da sociedade conjugal ou o fim do vínculo matrimonial. Tratava-se da possibilidade de dar voz às mulheres para manifestarem sua vontade, caso desejassem pôr fim ao casamento. Os homens não perderam a sua posição de chefes da sociedade conjugal e, caso as mulheres fossem consideradas culpadas pelo fim do casamento, estas perdiam o direito ao sobrenome do marido bem como os alimentos eram restritos ao necessário para garantir apenas sua subsistência. Mas, ainda assim, é inegável que permitir que as ações de separação judicial e divórcio fossem também ajuizadas pelas mulheres representava um grande avanço nos direitos das mulheres e na sua posição na sociedade conjugal.

O artigo 267, que tratava das hipóteses de dissolução do casamento, substituiu o inciso III, que previa o desquite pela separação judicial, e acrescentou o divórcio, no inciso IV, uma conduta de adequação deste último instituto no ordenamento brasileiro. O Título IV do CC/16, que disciplinava a dissolução da sociedade conjugal e a proteção dos filhos, nos Capítulos I e II, divididos respectivamente com o título “Da dissolução da Sociedade Conjugal”, do artigo 315 ao 324, e “da Proteção da Pessoa dos Filhos”, do artigo 325 ao 327, foi totalmente revogado, passando a ser regulado pela Lei nº 6.515/77, que melhor se adequava às mudanças normativas inseridas pelo instituto do divórcio.

Contudo, merece destaque a manutenção do artigo 328, que assim dispunha: “A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trate convenientemente (art. 248, n. I, e 393)”. A manutenção deste artigo, ao meu ver, reflete não somente a reafirmação do instituto do divórcio, que permitiu a dissolução do vínculo matrimonial, mas, também, a possibilidade de as mulheres contraírem novas núpcias. Além disto, reflete a supressão do tratamento desigual previsto nas disposições originárias do CC/16 que estabelecia as hipóteses de as mulheres que casavam novamente perderem a guarda dos filhos e somente voltarem a reavê-los quando novamente estivesse viúva.

O Estatuto da Mulher Casada e o divórcio representaram dois grandes marcos no avanço dos direitos das mulheres, em especial, no que tange ao posicionamento destas no seio familiar. Não obstante o homem se mantivesse enquanto chefe da sociedade conjugal, a mulher, aos poucos, foi ganhando seu espaço e, de subalterna, passou a colaboradora do marido. Direitos foram garantidos, como a plena capacidade civil da mulher casada, o direito de escolher acrescer ou não o sobrenome do marido, a possibilidade de ajuizar ação de separação judicial e divórcio.

É claro que um longo caminho a percorrer ainda precisava ser trilhado, pois muitas das disposições que se apresentavam de modo avançado colidiam com outras que se mantinham sem razão de ser, como a manutenção do pátrio poder, a vontade paterna ainda reinante como soberana, assumindo o homem a administração do patrimônio da família. Apesar da manutenção de disposições que ainda representavam um retrocesso face aos avanços que, mesmo comedidamente, ganhavam espaço, nota-se que, aos poucos, uma nova posição das mulheres se afirmava no contexto social, econômico, político e familiar.

Em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal adentra o ordenamento jurídico brasileiro com uma forma normativa jamais presenciada. O texto constitucional apresentava uma nova roupagem e passou a ter por foco a proteção do indivíduo, a partir da defesa da dignidade da pessoa humana, como o cerne da proteção legal. É o que a partir de agora passarei a analisar.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UM ENFOQUE NO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito civil, em face dos novos valores trazidos pela Carta Magna, privilegiando a dignidade da pessoa humana, ensejou uma revolução em diversos campos que passaram a ser interpretados à luz da Constituição de 1988, em especial, no direito de família. No Brasil, o renascimento do direito constitucional se deu no ambiente de reconstitucionalização do país, com a convocação, elaboração e promulgação da CF/88, após o período do regime ditatorial (BARROSO, 2008, p. 53).

Ainda na perspectiva de Luís Roberto Barroso (2008), o primeiro momento de constitucionalização, no Brasil, se apresentou como a inserção de aspectos dos principais ramos do direito infraconstitucional na Constituição, gerando um panorama de subordinação entre os preceitos constitucionalmente veiculados e sua interação com as demais normas do subsistema infraconstitucional, ocasionando uma espécie de constitucionalização das fontes do direito nesta ou naquela matéria.

De acordo com Carlos Edison Monteiro Filho (2008, p. 26), após a promulgação da CF/88, verifica-se a constitucionalização das normas infraconstitucionais, buscando-se evitar antinomias no ordenamento jurídico pátrio, de forma que a nova Carta Constitucional ensejou tanto a revogação das disposições normativas incompatíveis com seu texto, quanto a modificação interpretativa das disposições remanescentes e passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, de modo que irradia seus preceitos para as disposições infraconstitucionais, que devem ser interpretadas à luz das suas disposições.

O CC/16 representou, durante muito tempo, a “constituição” do direito privado, o centro de sua regulação. Com o progresso social, industrial e o crescimento urbano, nasceu a necessidade de edição de legislação especial, além da codificação existente, para atender aos conflitos sociais que se instauravam. Com a evolução do conjunto de leis de direito privado que gravitavam em torno do Código Civil e a chegada da “era dos estatutos”⁸¹ à realidade brasileira, aos poucos, foi se esvaindo a ideia do Código Civil como marco central do direito civil, o que culminou com a unificação do sistema através da promulgação da Constituição Federal que avoca para si, como já mencionado anteriormente, o papel de referência do ordenamento antes ocupado pelo Código Civil.

⁸¹ Como o Estatuto da Mulher Casada – a já citada Lei nº 4.121/1962 –, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990 – e o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990.

Aos poucos, o direito civil foi dando lugar a sua constitucionalização, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando a realização da justiça social, do respeito à diversidade, procurando conferir incondicional efetividade às disposições constitucionais, tutelando, de forma elevada, a pessoa humana, valor soberano do ordenamento⁸².

A Constituição Federal promulgada em 1988 inseriu a necessidade de romper com as bases de cunho individualista e patrimonialista, passando a compreender uma nova ordem jurídica pautada em valores que dignificam o homem, a justiça social, a preservação dos direitos fundamentais e o solidarismo. Mas, o que se deve ter em mente é que a constitucionalização do direito civil não mitigou a autonomia privada dos indivíduos: as relações privadas continuam resguardadas; o que mudou foi o tratamento conferido aos sujeitos que compunham uma determinada relação jurídica privada, passando-se a enxergá-los enquanto pessoas humanas, protegidas pelo macroprincípio constitucional que é o da dignidade da pessoa humana.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor. (LÔBO, 1999, p. 3).

Conforme dispõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em seu título *Princípios Constitucionais de Direito de Família* (2008, p. 114), “atualmente, qualquer norma jurídica de Direito de Família requer a verificação do fundamento de validade constitucional [...]”. Neste sentido, é inevitável compreender as disposições do Direito de Família à luz dos preceitos que fundamentam a Carta Magna dos quais não se pode afastar na análise do caso concreto.

A família como realidade sociológica apresenta, em sua evolução histórica, profunda ligação com as transformações atinentes aos fenômenos sociais. E, neste sentido, se pauta o presente estudo, que tem por fundamento a teoria tridimensional do direito que

⁸² Com previsão normativa no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, a saber: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

considera como elementos fundamentais fato e valor para a consolidação das normas jurídicas.

No CC/16, prevalecia um modelo familiar visivelmente pautado na necessidade do matrimônio para a legitimação da família, nas concepções patriarcais, na hierarquia entre os componentes da unidade familiar e na defesa do patrimônio como foco principal da proteção legal. Naquela ambientação familiar, existia, essencialmente, a noção de produção. Vale dizer, as pessoas se uniam com o escopo de formação de patrimônio, com a preocupação de transmissão aos herdeiros, sem se importar com os laços afetivos. Com o avanço da sociedade, do desenvolvimento industrial econômico, social e científico surgem valores e preocupações até então não vistas, o que repercutiu – em especial, com a edição da Carta Magna de 1988 – em uma atenção à proteção da pessoa humana, sobrepujando a tutela do ter para a tutela do ser. A família começa a ser vista como um grupo unido por desejo e laços afetivos e, por conta disto, é exigida uma tutela mínima, na visão de Farias e Rosendal:

Desse modo, avulta afirma, como conclusão lógica e inarredável, que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. Do contrário, ainda viveremos como nossos pais (lembrando da canção, esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado). (2008, p. 11).

Partindo do pressuposto de que os ditames estabelecidos na vigência do Código de 1916, não mais atendiam aos anseios da família que, por sua vez, havia se transformado em uma instituição voltada para o desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros, a Constituição Federal de 1988 surge com o intuito precípua de prover as garantias essenciais do indivíduo. Assim, a arquitetura da sociedade familiar contemporânea estabelece ou, pelo menos, objetiva estabelecer um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado, fundado no afeto, na solidariedade, na dignidade, na ética, na moral. De fato, conforme assevera Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Observamos, então, que, em virtude do processo de constitucionalização por que passou o Direito Civil nos últimos anos, o papel a ser desempenhado pela família ficou mais nítido, podendo-se, inclusive, concluir pela ocorrência de uma inafastável repersonalização. Vale dizer, não mais a (hipócrita) tentativa de estabilização matrimonial a todo custo, mas sim a própria pessoa humana em sua dimensão existencial e familiar, passaria a ser a especial destinatária das normas de Direito de Família. (2011, p. 62).

Nessa transposição de valores e paradigmas, a Constituição de 1988 inseriu, em seu texto, disposições que pretendiam tutelar as relações privadas entre os indivíduos, com enfoque na dignidade da pessoa humana. Desta forma, é de se reconhecer que a família – instituição, tutelada em si mesma – foi substituída pela família-instrumento, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros⁸³. Neste diapasão, nota-se que a CF/88 foi a grande responsável pela nova leitura dispensada às entidades familiares, instaurando princípios norteadores, no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais merece destaque o princípio da afetividade.

O constituinte, com muita sapiência, alterou o conceito de família que, de limitado, passou a ser, inequivocamente, amplo, conforme interpretação cautelosa do artigo 226⁸⁴ do diploma legal em comento, e permitiu que a concepção de família fosse expressamente estendida para além do casamento, mediante a inserção da união estável e da família monoparental. Contudo, com a elevação do afeto ao patamar de princípio, a doutrina jurídica contemporânea passou a conceber a família para além deste rol exemplificativo apresentado pela Constituição Federal de 1988 e entendeu que aqueles indivíduos que reunidos satisfaçam os requisitos da afetividade, ostensibilidade e estabilidade se encontram amparados pelo conceito de família. Com isto, modelos familiares não identificados na Constituição passam a receber amparo legal, como a família homoafetiva.

O artigo 226 da nossa Constituição veio resolver profundamente os dispositivos do Código Civil brasileiro de 1916 referentes ao Direito de Família, não só em relação ao casamento, mas, também, em relação à filiação. Igualmente, a verdade jurídica da filiação não mais diz respeito apenas aos vínculos biológicos, ensejando a discussão acerca do valor

⁸³ Outrossim, com a Constituição de 1988, diz-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é instituto de maior representação das relações familiares. Diversos são os dispositivos constitucionais que tutelam a família e a pessoa humana, a saber: art. 226 e parágrafos, 227 e parágrafos, 229 e 230 e parágrafos.

⁸⁴ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §1º – O casamento é civil e gratuita a celebração. §2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. §3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. §5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. §6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). §7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. §8º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

sociológico e afetivo da filiação. Conforme aduz João Baptista Villela (1997, p. 85), “o aspecto biológico cede espaço ao comportamento, de modo que a paternidade passa a ser reconhecida pelo amor que se dedica ao bem da criança”.

Desse modo, sob a égide do princípio da igualdade e da primazia do afeto, mola propulsora do Direito de Família moderno, caminha a doutrina a passos adiantados para o reconhecimento da filiação como realidade em que o aspecto biológico caminha lado a lado do socioafetivo. Neste sentido, sintetiza Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Se, no modelo codificado de família de 1916, os interesses protegidos eram fundamentalmente aqueles relacionados à pessoa do homem – na condição de marido e de pai – e ao patrimônio por ele construído – logicamente que contando com a colaboração e o trabalho dos demais, especialmente na época em que a população brasileira era majoritariamente rural – o perfil da nova família desconsidera tais interesses para reconhecer todos os seus integrantes como pessoas humanas e, como tais, titulares de direitos e de interesses especialmente de natureza existencial, como os direitos da personalidade. A grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais. (2008, p. 118).

Com a redefinição das categorias jurídicas do Direito Civil, a partir da Constituição de 1988, instaurando a igualdade entre homem e mulher, o reconhecimento das entidades familiares, como a união estável e a família monoparental (formada por qualquer dos pais e seus descendentes), a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, o novo Código Civil, que só entrou em vigor em 2003, malgrado seu projeto original date de 1975, precisou sofrer profundas modificações para se adequar às diretrizes da Carta Magna.

Inúmeros ajustes foram realizados, mas outras disposições que não contemplavam a realidade social foram mantidas. As disposições do livro de família serão aqui analisadas nos próximos itens, a fim de identificar se objetivos como a igualdade de gênero foram efetivamente contemplados através do discurso do texto legal. Sobre isso, Gustavo Tepedino se posiciona da seguinte forma:

[...] altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimo baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. (2001, p. 29).

Há, ainda, uma preocupação com a pessoa da criança no seio familiar o que se encontra disciplinado no art. 227 da Carta Magna que estabelece ser dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, com a atenção de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Com essa abordagem, nota-se uma consciência do valor da instituição da família, que constitui o alicerce dos valores da sociedade.

4.1 A ABERTURA PRINCIPOLÓGICA: UM CAMINHO PARA NOVAS MUDANÇAS

Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil, foram rompidos paradigmas patrimonialistas, concepções patriarcais expressas, individualistas, haja vista a necessidade de conceber os institutos que compõem o Direito Civil à luz das noções principiológicas que sustentavam a Constituição Federal.

O conjunto de princípios e regras que se enquadram no Direito Privado apresentam certas fontes formais. Longe, a base positivada fundamental, até 1988, era o Código Civil brasileiro. Hoje, a constituição Federal, seus princípios vinculantes como regras básicas de Direito de Família. Perto, a legislação infraconstitucional. Acima das fontes formais em sentido estrito, há princípios: o da igualdade, da não discriminação e da neutralidade. Princípios que não são meros enunciados programáticos. Princípio constitucional é norma vinculante. (FACHIN, 1999, p. 47).

Diante disso, verifica-se que o Direito de Família contemporâneo recebeu forte influência da Constituição Federal, passando a colocar no centro de sua tutela a pessoa humana ao invés do patrimônio, como outrora vigorava. Valoriza-se o “ser” em detrimento do “ter”. Assim, as relações entre os indivíduos no seio familiar passam a ser vislumbradas a partir da dignidade de cada integrante, como já salientado. Sendo assim, torna-se inevitável tecer sucintas considerações acerca de alguns princípios norteadores das relações familiares, eis que se apresentam como de grande relevância para uma melhor compreensão da temática a que se propõe o presente estudo.

O art. 1º, III, da Constituição Federal prevê a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, princípio que é reforçado por inúmeros outros diplomas da Carta Magna, como o art. 170 que inclui, dentre as finalidades

da ordem econômica, assegurar a todos uma existência digna, e o art. 226, §7º, que proclama que o planejamento familiar deve se pautar nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Por fim, meramente a título exemplificativo, visto que existem inúmeras outras disposições desta natureza na Constituição Federal, é válido ressaltar o art. 227 que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a amplitude da concepção deste princípio e a grande dificuldade que a doutrina apresenta na tentativa de conceituá-lo, até mesmo pela dimensão relacional que apresenta, cumpre discorrer acerca da perspectiva do princípio com a finalidade de melhor alcançar a discussão apresentada no trabalho. Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 16), inclusive, corrobora este entendimento ao aduzir que “[...] uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida”.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 74) assumem arriscar uma definição ao enunciar que “a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”.

Nesse novo paradigma passou-se a buscar a máxima efetividade das disposições constitucionais, ou seja, o que se objetiva é a realização da função social do direito em eterna observância à dignidade da pessoa humana, com a proteção dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, a fim de construir uma sociedade livre, mais justa e solidária.

O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, que se baseia na realização dos direitos fundamentais, em especial, nas dimensões individual, política e social, passou a ser discutido a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando tal preceito passou a constar em documentos internacionais e constituições democráticas. No Brasil, a partir de 1988, tais preceitos passaram a constar como valores normativos em nosso ordenamento, por ser, inclusive, um dos fundamentos da República, consoante art. 1º, III, da Carta Magna, como já restou asseverado.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando feitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. (SARMENTO, 2000, p. 59-60).

O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu parágrafo inicial, estabelecia que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”, logo, contemplar o princípio da dignidade da pessoa humana é garantir o alcance dos direitos fundamentais a todos os cidadãos.

Considerando a análise a que se propõe o presente estudo, é interessante reproduzir o recorte epistemológico apresentado por Daniel Sarmiento que, perfeitamente, se harmoniza com o enfoque desta abordagem:

Sem embargo, o que mais nos interessa neste momento é a penetração do princípio da dignidade da pessoa humana na seara do Direito Privado. O reconhecimento de que tal princípio situa-se no vértice axiológico da ordem jurídica vai acarretar a consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os patrimoniais no Direito Privado. Como advertiu Gustavo Tepedino, com o acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República pretendeu o constituinte ‘[...] definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos’ (2004, p. 115).

Assim, ao partir da análise civil-constitucional do direito de família abordado em tópico anterior e da amplitude que o conceito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana apresenta, resta evidente seu entrelaçamento com as perspectivas civis que concentram as relações privadas, elevando o indivíduo a centro das relações jurídicas, respeitando, assim, a verdadeira essência do que representa a dignidade da pessoa humana.

O art. 5º, I, da Constituição Federal estabeleceu enquanto direito fundamental a igualdade entre os homens e a mulheres em direitos e obrigações.

Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro. (LÔBO, 2011, p. 66).

De modo similar ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, também chamado de isonomia, não apresenta uma definição clara de seu conteúdo, isto porque também possui dimensão relacional e, para que se consagre como tal, deve perpassar pelos mais diversos ramos do direito.

(O direito à igualdade é afirmado, inicialmente, na expressão todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza igualdade formal), e no decorrer dos próprios incisos do art. 5º a Constituição Federal prevê regras de igualdade material, exigindo que o Estado estabeleça ações afirmativas que possibilitem a igualdade, de fato e de direito, por exemplo: entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I); o direito da presidiária de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, inc L) e de toda população carcerária ter a integridade física e moral respeitada (art. 5º, inc. XLIX), considerando a vulnerabilidade destes segmentos às violações de direitos fundamentais, e as desigualdades de fato existentes para o exercício dos mesmos. (VENTURA, 2009, p. 57).

Não se pode olvidar de apresentar, em sucintas linhas, o clássico debate entre igualdade formal e material. O primeiro traz à tona a noção literal de que todos são iguais perante a lei, proibindo qualquer forma de discriminação, impondo um tratamento uníssono entre todos os indivíduos, vedando qualquer tratamento desigual entre os que se apresentam e são considerados como iguais. A igualdade material, em contrapartida, considera a desigualdade como meio de garantir o tratamento igualitário entre os cidadãos.

A título exemplificativo, é possível citar algumas disposições constitucionais que reproduzem a observância do princípio da isonomia, como no art. 3º, IV, que veda a discriminação em razão de origem, raça, sexo, cor, idade, credo e quaisquer outras formas de discriminação, o art. 5º, I, como já abordado, que veda a discriminação de gênero, e o art. 226, §§ 2º e 5º, e art. 227, §6º, que estabelece a igualdade nas relações familiares.

Em sede de direito de família, a igualdade entre homens e mulheres, representou um grande avanço na mudança da concepção de família, visto que ultrapassou ou, pelo menos, vem buscando ultrapassar os resquícios de uma sociedade hierarquizada em que o poder nas relações familiares se concentrava nas mãos do homem considerado, à época, chefe da entidade familiar.

Na medida em que as relações começaram a se modificar e a emancipação das mulheres ganhou contornos políticos, sociais e jurídicos, juntamente com sua inserção no mercado de trabalho, que permitiu maior exercício da liberdade, ficou evidente que as relações familiares foram se remodelando e, portanto, o direito precisou rever os pilares que outrora eram legitimadores destas entidades familiares.

É claro que a abordagem deste princípio não se limita à discussão da igualdade entre homens e mulheres ou, ainda, à vedação à discriminação entre filhos e as consequências nas relações familiares, porém, cabe destacar este grande marco no alcance da igualdade entre os indivíduos para o fim que objetiva este trabalho.

Como já apresentado no tópico destinado à discussão acerca da constitucionalização do direito civil, o Direito de Família passou a conceber e legitimar outras formas de família, além da matrimonializada que, outrora, era a modalidade unicamente admitida. Neste sentido, o art. 226 da Carta Magna consagrou como entidades familiares, além daquela oriunda do casamento, a união estável e a família monoparental, sendo esta última constituída por quaisquer dos ascendentes com seus descendentes. Não obstante já tenha sido suplantada a discussão de que este rol apresentado pela Carta Magna tenha uma natureza exemplificativa e não taxativa, é válido ressaltar a possibilidade de reconhecimento de outras formas de família socialmente constituídas e admitidas no ordenamento pátrio.

Há que ressaltar, todavia, que, para o reconhecimento de outras entidades familiares, para além do rol apresentado pelo art. 226 da Constituição Federal – que abarca o casamento, a união estável e a família monoparental –, o ordenamento jurídico pátrio estabelece algumas diretrizes, características e valores, a fim de que seja a unidade familiar constituída passível de proteção pelo Direito.

Nesse contexto, insere-se o denominado princípio da pluralidade das entidades familiares, ao apontar que vários são os modelos de entidades familiares os quais são produtores de efeitos jurídicos, não mais se impondo a unicidade da forma matrimonial posto não se coadunar com a realidade das práticas afetivas da sociedade nos dias atuais, de tal maneira a ser considerada discriminação injustificada um tratamento inferior a qualquer uma das possibilidades viáveis de formação familiar segundo os valores do atual sistema jurídico. (MATOS, 2011, p. 946).

O afeto se apresenta como o elemento preponderante para o reconhecimento desta unidade familiar. A Constituição Federal abarca outros princípios, alguns, inclusive, com uma natureza relacional, como o da dignidade da pessoa humana e isonomia os quais, como informadores do direito de família, obstam qualquer tratamento diferenciado entre as unidades familiares que venham a se constituir, independente da pré-existência de um matrimônio.

A família se apresenta como célula máter da sociedade e com a transformação da sociedade ao longo do tempo, é inevitável que o Direito permita a amplitude da admissão de diversas formas de família, merecedoras de tutela legal.

É nestes princípios e nas disposições dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal que se baseia a proteção da família pelo Estado, de modo que o mesmo deve promover a tutela integral da unidade familiar e de seus membros, garantindo a harmonia familiar e a estabilidade das relações. Com isto, admite-se a intervenção estatal na proteção da família, não apenas para proteger a criança e o adolescente, na forma como restou

estabelecido nos artigos 227 e 229 da Carta Magna, mas, para garantir a proteção dos direitos fundamentais inerentes a todos os membros da entidade familiar.

Destarte, é dever do Estado, baseado no princípio da proteção integral, apresentar mecanismo eficiente para coordenar e ordenar esses efeitos, possibilitando a convivência pacífica entre todos os membros da família, garantindo o máximo respeito aos direitos fundamentais previstos para a família e promovendo um afinamento entre a evolução científica e as relações sociais.

O princípio da proteção integral da família decorre da previsão constitucional do *caput* do art. 226 que ressalta a importância de a família ser o lugar de realização existencial do indivíduo, respaldado na dignidade enquanto preceito fundamental garantido no art. 1º, III, do mesmo diploma constitucional. Tal proteção não abrange apenas a família, mas a dignidade de todos os seus membros, cabendo ao Estado observar e conter possíveis tratamentos violadores das garantias constitucionais.

Na família do século passado, que se apresentava de modo eminentemente patriarcal, as relações patrimoniais se sobrepujavam à realização pessoal de seus membros. A finalidade era econômica e de produção, voltada para a intenção de amealhar patrimônio. No entanto, como já demonstrado em tópicos anteriores, atualmente, a família visa resguardar a dignidade de todos os seus membros, de modo que se deixa de ter como centro do verbo de ordem destas relações o “ter”, passando a prevalecer o “ser”. O Direito Civil passa a viver um momento de repersonalização das relações familiares, alijando a antiga valorização do patrimônio vivenciada pelo Direito de Família.

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive, o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou na cogitação dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. (LÔBO, 2000).

Assim, os elos afetivos ganham destaque em detrimento da finalidade patrimonialista que outrora vigorava como preponderante nas relações familiares.

A consideração da tutela da pessoa humana no Direito de Família - com o reconhecimento da maior hierarquia da dimensão existencial – se relaciona à busca da realização e da concretização da afetividade, hipótese em que o

Direito se aproxima bastante da realidade da vida. Cuida-se de reconhecer a concretude do êxito do projeto de comunhão de vida que se iniciou no momento do estabelecimento do vínculo familiar. (GAMA, 2008, p. 129-130).

O afeto foi elevado à categoria de princípio e como tal possui força normativa capaz de solucionar muitos litígios que alcançam o Poder Judiciário. No entanto, para que se admita o afeto como princípio é preciso que ele se apresente como aquele que insere no Direito de Família a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de ostensiva comunhão de vida, sobrepondo-os aos aspectos de ordem patrimonial ou biológica.

Um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam. (BARROS, 2002, p. 9).

O fundamento constitucional do princípio da afetividade se pauta no princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I, e, como não poderia deixar de ser, na dignidade da pessoa humana, art. 1º, III da Carta Magna. Neste diapasão, pode-se concluir que o afeto é elemento preponderante em toda e qualquer unidade familiar. No entanto, não se está aqui tratando de qualquer afeto, mas daquele que carregue alguns elementos caracterizadores, como define Paulo Lôbo, quais sejam, a ostensibilidade e a estabilidade. Segundo o referido autor: “[...] a estabilidade implica em comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromissos, já a ostensibilidade, pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresenta publicamente” (2002, p. 91).

Desta feita, para que se compreenda a existência de uma entidade familiar, o afeto deve estar presente de modo que as relações entre seus membros demonstrem que partilham de comunhão plena de vida e que se apresentem socialmente como uma família para que seja merecedora da tutela deferida pela lei.

4.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONDIÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL: UMA CRÍTICA FEMINISTA

Considerando a análise de algumas disposições que demonstram a evolução do ordenamento jurídico quanto à atual condição jurídica da mulher, especialmente no âmbito do

direito de família seria possível constatar efetiva mudança de paradigmas? Afinal, de fato, as mulheres deixaram a subjugação e alcançaram a igualdade no tratamento normativo?

Os influxos do Código Civil de 1916 traçavam os contornos de uma família de “cunho individualista e patrimonialista, captado na própria estrutura social que impregnava aquele momento histórico” (FARIAS, 2005, p. 33). No entanto, considerando as grandes mudanças sociais e políticas porque passou a história da mulher⁸⁵, inevitável que a lei lhe conferisse um tratamento diferenciado.

[...] esses acontecimentos tanto indicaram a compreensão de que se delinearão para enfraquecimento da família, quanto sugeriram a análise do surgimento de novos modelos familiares, caracterizados, por sua vez, pelas mudanças nas relações entre os sexos e as gerações, tais como: controle mais intenso da natalidade, autonomia relativa da sexualidade referente à esfera conjugal (posto que o exercício da atividade sexual deixe de estar circunscrito à esfera do matrimônio), inserção massiva da mulher no mercado de trabalho, questionamento da autoridade paternal, atenção ao desenvolvimento das necessidades infantis e dos idosos, entre outras. (SOUZA, 2008, p. 623).

Potencializando esses fatores, o reconhecimento da independência da mulher, as transformações científicas, o avanço da tecnologia, a formação de uma sociedade de massa estruturada na rapidez, que reflete diretamente nas relações pessoais, contribuíram fortemente para a remodelagem da família brasileira e esta mudança de paradigma no Direito de Família brasileiro, ocorrida a partir da promulgação da Carta Maior de 1988, está intimamente relacionada com a busca de realização pessoal pelos indivíduos.

A igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges foi consagrada no texto constitucional de 88. Os princípios estabelecidos pela Carta Magna provocaram profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Este modelo foi alterado, de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, passando a ser lastreado, principalmente, pela afetividade, pela igualdade de direitos dos cônjuges e dos filhos, pela liberdade e garantia da dignidade das pessoas que a compõem.

Ao se remeter à igualdade, a CF/88 estabeleceu o fim do tratamento diferenciado entre homens e mulheres, em todos os aspectos, com maior atenção ao objeto do estudo, na relação familiar, de modo que ambos são merecedores de proteções isonômicas, rompendo, assim, com as relações de dominação que outrora imperavam no sistema legal brasileiro. A igualdade está prevista no inciso I do artigo 5º da Carta Magna ao estabelecer que “homens e

⁸⁵ Entenda-se, aqui, a existência de uma efetiva história da mulher, ainda que esta não tenha sido registrada ou recebida por alguns teóricos com a relevância merecida.

mulheres são iguais em direitos e obrigações”, bem como no §5º, do art. 226 que estabelece a igualdade no exercício de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal. Rompe-se, então, com a subjugação pautada na inferioridade feminina e no enaltecimento masculino e alcança-se a isonomia formal no tratamento e previsão normativa que tutele em igualdade de condições os direitos do homem e da mulher.

Em perspectiva constitucional, a igualdade representa fonte primacial do ordenamento jurídico brasileiro, antenada na dignidade da pessoa humana. Disto resulta, com clarividência, que a fórmula ideal tendente à síntese perfeita da igualdade substancial é que todas as pessoas humanas são iguais perante a lei, na medida de sua própria dignidade – o que, por certo, poderá justificar limitações ao exercício dos direitos por cada titular, promovendo tratamentos diferenciados para compensar a diferença de dignidades. (FARIAS, ROSENVALD, 2008, p. 45-46).

Desta feita, ao tratar do alcance da igualdade, a lei resguarda, quando assim for necessário, a observância de um tratamento desigual, desmistificando a ideia de um modelo isonômico estático, afinal, não há como conceber igualdade pontual entre homens e mulheres, daí porque admitir um tratamento, por vezes, destoante não representa ofensa à própria igualdade que se pretende tutelar.

O avanço do capitalismo, com o conseqüente aumento do mercado, demandou a integração dos demais membros em novas estruturas sociais e produtivas, fora dos limites domésticos. Com a expansão da força de trabalho dos membros da família, profundas transformações se verificaram: o poder patriarcal⁸⁶ é superado pela noção de deveres recíprocos dos membros da família e, assim, a redução da autoridade absoluta e da hierarquia abre espaço para o prestígio das relações de afetividade baseadas nos princípios da igualdade e da proteção ao ser humano. Tais são os preceitos que fundamentam a Carta Magna de 1988.

No entanto, há que se ponderar se, de fato, houve uma superação dos ditos valores patriarcais para o alcance de uma sociedade isonômica. O que houve então foi uma completa mudança, em alguns aspectos do Direito que, até hoje, é motivo de discussões e estudos. Ao trazer como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana baseada na igualdade e na liberdade, resgatou-se o ser humano como sujeito de direito, sendo-lhe atribuído um papel

⁸⁶ Neste caso, entenda-se poder patriarcal enquanto relação de poder expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, que foi derogado pela Constituição Federal de 1988, com base no preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, garantido no art. 5º, I, nos seguintes termos: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

decisivo na construção da sua própria história. No direito de família, houve uma reformulação tão grande que o conceito de unidade familiar, que somente admitia como tal aquela constituída a partir das concepções matrimoniais e tradicionalistas, foi ampliado.

Nas palavras de Giselda Hironaka, a família:

[...] é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos [...] a história da família se confunde com a história da própria humanidade. (1999, p. 7).

Em comentário ao texto constitucional, Farias e Rosenvald aduzem:

[é] inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior. (2008, p. 37).

No entanto, apesar do esforço do legislador do novo diploma civil de 2002, ainda se verifica a presença de inúmeros dispositivos impregnados de preconceitos e que denotam uma discrepância no tratamento entre mulheres e homens no ordenamento. É neste sentido que se pauta a análise do próximo tópico.

4.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA

Este tópico, a fim de atingir a análise comparativa em que se pauta este estudo, trabalha, de modo similar ao item 3.1, ou seja, em uma abordagem segmentada do tratamento das mulheres no direito de família. Sendo assim, tive o cuidado de seguir uma linha de raciocínio, correspondendo cada um dos subitens aqui ao analisado no item 3.1.⁸⁷

Neste sentido, será desenvolvido o trabalho quanto aos itens que seguem, numa mesma perspectiva comparativa e relacional que terá por enfoque a análise do tratamento das mulheres nas disposições acerca do regime de bens, do divórcio e seus efeitos, quanto à

⁸⁷ Deste modo, a análise do item 3.1.1, que tratava do casamento enquanto única modalidade de família admitida no ordenamento jurídico brasileiro do Código Civil de 1916 estará relacionada ao item 4.4.1, que refletirá se as disposições normativas do Código Civil de 2002 representam, ou não, um avanço em analogia às normas de 1916.

proteção à pessoa dos filhos, à relação de filiação e à substituição do pátrio poder pelo poder familiar. Esta abordagem terá por finalidade sopesar se as mudanças legislativas efetivamente representaram um avanço no que se refere aos direitos das mulheres do âmbito familiar.

Vale, ainda, registrar que, ao disciplinar o livro de Direito de Família, o Código Civil de 1916 o organizou através de títulos, por sua vez, divididos em subtítulos. O Título I se dedica ao estudo do direito pessoal e fragmenta seus artigos no Subtítulo I, que trata do casamento o qual, por sua vez, se desdobra em onze capítulos⁸⁸, e no Subtítulo II, que discorre sobre as relações de parentesco e que se subdivide em cinco capítulos⁸⁹. O Título II se dedica ao estudo do direito patrimonial e disciplina, no Subtítulo I, os regimes de bens entre os cônjuges⁹⁰, enquanto, no Subtítulo II, é tratado o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores, o subtítulo III dispõe acerca dos alimentos e o IV, acerca do bem de família. O Título III trata da união estável, sem qualquer subtítulo, e o livro de direito de família finaliza com o Título IV, que trata do instituto da tutela e curatela⁹¹.

4.3.1 Casamento e União Estável: uma perspectiva plural e limitada na constituição da família e seus desdobramentos

A família é a base precípua das relações sociais, afinal, é a partir dela que os principais núcleos de interação social dos indivíduos são formados e definidos. Diante das mudanças sociais, inevitavelmente, novos modelos familiares foram ganhando espaço no celeiro sociocultural e se afirmaram pela necessidade de proteção jurídica. Assim, o modelo de família se modificou e implicou em uma necessidade de o direito responder às novas estruturas sociais que passaram a compor a sociedade.

Esse intenso movimento legislativo é essencial para acompanhar a realidade sociojurídica que se instaurou e para consagrar e efetivar os valores recepcionados pela

⁸⁸ Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Da capacidade para o casamento; Capítulo III – Dos impedimentos; Capítulo IV – Das causas suspensivas; Capítulo V – Do processo de habilitação para o casamento; Capítulo VI – Da celebração do casamento; Capítulo VII – Das provas do casamento; Capítulo VIII – Da invalidade do casamento; Capítulo IX – Da eficácia do casamento; Capítulo X – Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal e Capítulo XI – Da proteção da pessoa dos filhos.

⁸⁹ Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Da filiação; Capítulo III – Do reconhecimento dos filhos; Capítulo IV – Da adoção; Capítulo V – Do poder familiar.

⁹⁰ Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Do pacto antenupcial; Capítulo III – Do regime de comunhão parcial; Capítulo IV – Do regime de comunhão universal; Capítulo V – Do regime de participação final nos aquestos; Capítulo VI – Do regime de separação de bens.

⁹¹ Embora não disponha de subtítulos, este tópico se divide nos seguinte capítulos: I – Da tutela; II – Da curatela.

Constituição Federal em vigor, especialmente o respeito à dignidade da pessoa humana. A sociedade ganhou novos contornos, notadamente com a chegada da sociedade contemporânea em que a dignidade da pessoa humana se transformou na palavra de ordem, permitindo, então, a pluralidade de famílias para além daquela oriunda do casamento.

A família havia se transformado em uma instituição voltada para o desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros e, neste cenário, a CF/88 surge com o intuito precípuo de prover as garantias essenciais do indivíduo, de colocá-lo no centro da proteção legal através do amparo do princípio da dignidade da pessoa humana que se respalda na igualdade e liberdade. Neste sentido, foram ultrapassadas as designações outrora convencionais, atualmente discriminatórias, como a separação entre o que era considerado família legítima e ilegítima e as consequências advindas deste tratamento, que protegia o indivíduo que vivesse em consonância com os padrões legais e morais estabelecidos socialmente. Maria Berenice Dias, em seu texto “Novos tempos, novos termos”, muito bem sintetiza e esclarece as relevantes mudanças trazidas pela Carta Magna de 1988, a saber:

A constitucionalização das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – também acabou ocasionando mudanças na própria estrutura da sociedade. Mudou significativamente o conceito de família, afastando injustificáveis diferenciações e discriminações, que não mais se justificavam em uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre. O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deixando reflexos na própria conformação da família, palavra que não mais pode ser utilizada no singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões, como ‘ilegítima’, ‘espúria’, ‘adulterina’, ‘informal’, ‘impura’, estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas na esfera da juridicidade, tanto com referência às relações afetivas, como no tocante aos vínculos de parentesco. Quer o conceito de família, quer o reconhecimento dos filhos, não mais admitem qualquer adjetivação. (DIAS, 2004b).

A Carta Magna de 1988, em seu art. 226, reconheceu, além da família oriunda do casamento, a união estável e a monoparental, sendo esta última constituída por quaisquer dos ascendentes e seus descendentes. Contudo, a codificação de 2002 apenas disciplinou o casamento e a união estável sem sequer disponibilizar um único dispositivo para tratar da família oriunda da relação entre quaisquer dos ascendentes e seus descendentes a que se denomina de família monoparental.

No Código Civil de 2002, apesar de este ter admitido, em observância às disposições constitucionais, além do casamento, a união estável, percebe-se a forma díspar

com que cada um destes institutos é tratado. O casamento recepciona uma disciplina legal desde o artigo 1.511 até o 1.590, o que soma um total de setenta e nove artigos, ao passo que a união estável tem previsão em ínfimos cinco artigos, do 1.723 ao 1.727.

O cuidado dispensado pelo legislador, inegavelmente, se concentrou na proteção ao casamento. Contudo, os efeitos inerentes a uma relação que é estabelecida entre pessoas, seja o casamento ou a união estável, são os mesmos, vez que, em ambos os casos, é necessário regular as relações patrimoniais, a proteção aos filhos, entre outras questões, cujo tratamento é realizado exclusivamente na seção que trata do casamento. Não se tem dúvida de que o casamento exige uma série de requisitos formais, o que requer um tratamento cauteloso; em outro passo, a união estável não recepciona nenhuma disposição que trate das possibilidades de sua formalização, mas apenas recebe uma conceituação subjetiva, no *caput* do artigo 1.723, com a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Desta feita, ousou afirmar que o tratamento dispensado ao casamento demonstra, ainda, a relevância que representa este instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Além disto, a própria Constituição Federal de 1988, ao tratar da união estável, no §3º do art. 226, estabelece que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento, o que demonstra mais uma vez uma clara tendência a resguardar as relações familiares a partir do amparo deste instituto. A referida disposição constitucional é ratificada pela redação do artigo 1.726 do CC/02 que assim estabelece: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Em razão da parca normatização acerca da união estável, as regras que se referem ao casamento, cujos efeitos se adéquam à união estável são a ela aplicados pela jurisprudência pátria, de forma subsidiária. Deste modo, ao tratar da comparação das disposições acerca das formas de família⁹² validadas pelo Código Civil brasileiro vigente e os artigos da codificação de 1916, não há outra alternativa senão realizar esta análise a partir das normas disciplinadas no subtítulo que trata do casamento e sinalizar quando estas, excepcionalmente, não se adequarem ao instituto da união estável.

Assim como no CC/16, o CC/02 destina alguns artigos à disciplina do processo de habilitação para o casamento⁹³, que se refere ao procedimento prévio, realizado de modo

⁹² Considerando fato de que no que tange às formas de família, o CC/02 normatizou apenas o casamento e a união estável.

⁹³ Artigos 1.525 ao 1.532.

formal pelos nubentes que desejam convolar núpcias, a fim de verificar o cumprimento de alguns requisitos de existência e validade para o matrimônio. Este capítulo não se debruçará sobre este assunto, visto que terá como foco apenas regras de natureza procedimental as quais, em nenhum momento, diferem no tratamento entre homens e mulheres. Porém, merece relevância o artigo 1.517 do CC/02 que, ao disciplinar a capacidade dos nubentes para o casamento, estabelece a paridade entre os gêneros.

Figura 11 – Quadro comparativo: direito dos cônjuges no casamento no Código Civil de 1916 (Art. 183) e Código Civil de 2002– Art. 1.517

CÓDIGO CIVIL DE 1916	CÓDIGO CIVIL DE 2002
Art. 183. Não podem casar: XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.	Art. 1517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Fonte: Elaboração própria

A codificação de 1916 se caracteriza por um tratamento desigual em detrimento das mulheres, em especial no que tange à capacidade estabelecida para casar, de cada sexo. Os homens somente poderiam casar a partir dos dezoito anos, já as mulheres estavam autorizadas a partir dos dezesseis. Segundo doutrina que vigorava à época, esta justificativa estava amparada por questões de ordem biológica, ou seja, com base em um amadurecimento fisiológico na mulher mais precoce que nos homens. Contudo, esta suposta maturidade física estava lastreada pelo preparo da mulher à procriação a partir de seu primeiro ciclo menstrual, como traduz a doutrina produzida no contexto histórico do CC/16, a saber:

Esta diversidade de tratamento legislativo, ao fixar diferentemente o tempo núbil no homem e na mulher, provém de duas ordens de causas: de um lado, o desenvolvimento fisiológico, que na mulher precede ao do homem, tornando-a antes dele apta à procriação; de outro lado, a gravidade do ato matrimonial e das que o varão deve assumi-las, pois normalmente a direção do lar a ele compete, exigindo-lhe maior amadurecimento. (DINIZ, 1989, v. 5, p. 80).

Outros juristas como Stolze e Pamplona fazem uma crítica sobre o tema e justificam o tratamento diferenciado pelo privilégio que era dispensado aos homens, nas seguintes palavras:

[...] A idade núbil diferenciada pode, porém, ser explicada pelo prestígio maior (e, conseqüentemente, proteção mais que efetiva) que se dava ao homem e seu patrimônio, em uma sociedade visivelmente machista e patrimonialista, em que a mulher, muitas vezes, sequer adquiria capacidade plena em toda sua vida. (STOLZE; PAMPLONA, 2011, p. 164).

O CC/02, por sua vez, suplantou esse tratamento diferenciado e consignou a idade núbil, de modo equiparado entre homens e mulheres, aos dezesseis anos. Contudo, na hipótese de que ambos ou um dos noivos tivesse entre dezesseis e dezoito anos, seria necessária a autorização dos pais, conforme consta do parágrafo único do artigo 1.517. Este dispositivo faz remissão ao artigo 1.631 que estabelece que, no caso de divergência na manifestação de vontade dos pais, é assegurado a quaisquer deles recorrer judicialmente. Deste modo, afastou o legislador a possibilidade de que a vontade paterna prevalecesse, como ocorria com a disposição correspondente prevista no CC/16.

Figura 12 – Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916 (Art. 380) e Código Civil de 2002 (Art. 1.631)

CÓDIGO CIVIL DE 1916	CÓDIGO CIVIL DE 2002
Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.	Art. 1.631 Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Fonte: Elaboração própria

A análise acerca da evolução de pátrio poder para poder familiar, do CC/16 para o CC/02, será realizada com mais detalhes no item 4.3.5, contudo, em razão da alusão que o artigo 1.517, parágrafo único do CC/02 realiza, tornou-se indispensável trazer à baila a referida disposição, a fim de que a reflexão não ficasse lacunosa. Outra disposição que demonstra um tratamento diferenciado entre homens e mulheres está no artigo 1.520 da codificação de 2002, que apresenta uma exceção nos casos de capacidade núbil⁹⁴. Dispõe o referido artigo que: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal⁹⁵

⁹⁴ Diz respeito à capacidade para casar.

⁹⁵ Ao tratar da exceção para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, o legislador tratava das hipóteses em que o casamento de uma vítima de crimes sexuais com o acusado poderia extinguir a punibilidade deste. Contudo, há que sinalizar que esta parte do artigo presume-se revogada em razão da lei 11.106 de 2005 que afastou essa possibilidade, mediante revogação expressa dos incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal. Também foi revogado pela lei

ou em caso de gravidez”. Reservo minha atenção à disposição que excepciona o casamento de menor de dezesseis anos em caso de gravidez. É notório que o intento do legislador está respaldado por uma proteção à prole vindoura, permitindo o casamento, neste caso, para garantir o nascimento da criança no seio da família conjugal. Stolze e Pamplona (2001, p. 165) justificam a proteção legal ao aduzirem que: “[...] estando a noiva grávida, e sendo menor de 16 anos, o juiz poderá, à vista da prova documental ou pericial, autorizar o casamento, uma vez que a maternidade próxima justificaria o projeto matrimonial”.

Esse entendimento corrobora a interpretação que faço da norma, ao atrelar o exercício da maternidade/paternidade ao casamento, demonstrando, assim, um vínculo com as disposições pretéritas que protegiam o casamento como legitimador das relações entre os indivíduos que almejavam uma família, num claro retrocesso às concepções patriarcais, enquanto tradução das relações de poder exercidas, neste caso, por intermédio da norma. Ressalte-se, ainda, que esta proteção facultada pelo legislador depende de uma manifestação do Estado, através do Poder Judiciário, a quem incumbe deferir a autorização para que esta menor possa casar antes de completar a idade núbil, qual seja dezesseis anos. Clara está a proteção do Estado ao instituto do casamento, de tal modo que chega a amparar a exceção do artigo 1.520 pela própria intervenção estatal. Com isto, mais do que legitimada está esta relação, já que amparada não só pelo Estado, na forma da lei, mas na garantia de intervenção do Poder Judiciário na esfera privada que a família representa. Justamente por isto, o artigo 1.551 impede a arguição de anulação do casamento por motivo de idade, nos casos em que o matrimônio tenha ocorrido por motivo de gravidez.

Ainda sobre o tema, Stolze e Pamplona (2011, p. 166) ressaltam que essa disposição também abrangeria o noivo menor que tivesse engravidado uma moça, independentemente de esta ser maior ou não, pois, do contrário violaria o princípio da igualdade, demonstrando um apego indevido a uma concepção cultural ideologicamente masculinizada, em que o homem será o “predador” e a mulher a eterna “subjugada”.

Essa disposição, sob meu olhar feminista, representa uma ofensa à igualdade jurídica, na medida em que mantém uma disposição que atrela a formação da unidade matrimonial pela submissão do corpo da mulher à procriação, limitando, inclusive, a possibilidade de arguição de anulabilidade, por motivo de idade, do casamento de que resultou gravidez. Com isto, em circunstância formal que poderia macular o casamento este se mantém sob a alegação de que este texto normativo teria por finalidade proteger a família,

12.015 de 2009 o tipo penal que tratava da violência presumida, sendo este substituído pelo estupro de vulnerável, nova modalidade de crime, prevista no artigo 217-A do Código Penal.

através da admissão do casamento daqueles que ainda não estariam legitimados pela idade, disposição esta que desconsidera os efeitos da formação de uma entidade familiar por uma mulher ou, por que não dizer, menina, com menos de 16 anos cuja proteção foi renegada com base na suposta proteção do casamento constituído a partir do evento reprodutivo. Novamente, nota-se relações de poder sendo perpetradas por meio da norma, na medida em que ainda subsiste a concepção do corpo da mulher atrelado à função reprodutiva.

Contudo, partindo de uma análise literal do texto, entendo que o fato de o legislador ter se referido ao menor como “quem ainda não alcançou a idade núbil” e não expressamente às mulheres, nesta mesma hipótese, se deu em razão do artigo, além do caso de gravidez, também ter se referido à imposição de pena criminal. Atualmente, acredito que em uma reedição deste texto, seria expresso, em razão da revogação da hipótese em que o casamento extinguiu a punibilidade, restando assim somente a hipótese de gravidez.

O artigo 1.511 do CC/02 inaugura as disposições que tratam do casamento e, expressamente, ressalta a igualdade de gênero entre os cônjuges com a seguinte redação: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Com isto, o legislador demonstrou seu objetivo de consignar uma relação de isonomia entre as partes integrantes da relação matrimonial, deixando de constar que o homem era o chefe da sociedade conjugal, como estabelecia a codificação de 1916, através do artigo 233. Nesta direção, também foram suplantadas as disposições que determinavam os direitos e obrigações do marido e da esposa, separadamente, e destacava um poder marital em favor do homem e uma relação de subordinação e de zelo do âmbito doméstico para a mulher.

Sob o amparo da Carta Magna de 1988, que estabelece a dignidade da pessoa humana como pilar do Estado Democrático de Direito e, considerando o fato de que a realização desta dignidade está no exercício de uma igualdade, em especial, de gênero, destaca-se, também, o artigo 1.565, que afasta a condição da mulher enquanto coadjuvante, colocando ambos os cônjuges em um mesmo patamar enquanto colaboradores recíprocos, o que demonstra uma clara evolução do texto normativo. A partir desta evolução normativa, é possível concluir que a igualdade jurídica, em seu sentido formal, foi conquistada ao longo de quase um século de luta. O artigo 1.565 sequer atribui papéis diferenciados para o homem e a mulher na sociedade conjugal, sendo ambos tratados igualmente enquanto “consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. (Figura 13).

Figura 13 – Quadro comparativo: direito da mulher no casamento no Código Civil de 1916, nas Leis nº 4.121/1962 e nº 6.515/1977 (Art. 240) e no Código Civil de 2002 (Art. 1.565)

DIREITO DA MULHER NO CASAMENTO	
Código Civil de 1916	Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).
Lei 4.121 de 1962	Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.
Lei 6.515 de 1977	Art. 240 – A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Parágrafo único – A mulher poderá acrescentar ao seus os apelidos do marido.
Código Civil de 2002	Art.1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Fonte: Elaboração própria

Outra disposição que evoluiu foi a que passou a conceder a quaisquer dos cônjuges o direito de acrescentar o sobrenome do outro, previsto no §1º, artigo 1.565, CC/02 (Figura 13). O que, em 1916, traduzia uma obrigação imposta à mulher, que não poderia manifestar sua vontade em relação a acrescentar ou não o sobrenome do marido, foi repetido em 1962; em 1977, esta questão foi tratada enquanto uma faculdade até que, em 2002, este direito, que antes refletia uma obrigação, se tornou uma alternativa para qualquer dos consortes. O CC/16 destacava uma seção para o tratamento dos direitos e obrigações do marido e da esposa em artigos distintos. Contudo, com a edição do CC/02, tais disposições foram revogadas e, ao tratar de direitos e deveres no casamento, o legislador inseriu dois dispositivos elencando tais situações em favor de ambos os consortes através dos artigos 1.566 e 1.567, a saber:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I – fidelidade recíproca;
- II – vida em comum, no domicílio conjugal;
- III – mútua assistência;
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
- V – respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

Os impedimentos matrimoniais são tratados pela Lei de 2002 de modo diferente de como ocorreu no CC/16. Relembrando o que já foi tratado no item 3.1.1, os impedimentos

matrimoniais consistem em proibições expressas na lei em face de determinadas pessoas. Contudo, a codificação de 1916 estabelecia um rol de impedimentos que se dividiam: do inciso I ao VIII, como impedimentos absolutamente dirimentes; do inciso IX ao XII, os impedimentos relativamente dirimentes; e do inciso XIII do XVI, os impedimentos proibitivos ou meramente impedientes⁹⁶. O CC/02 não realiza a mesma classificação e elege as hipóteses de impedimentos descritos no artigo 1.521, enquanto proibições legais que, na hipótese de celebração de casamento realizado com violação a quaisquer deles, o feito implicaria na decretação da nulidade do casamento.

Figura 14 – Quadro comparativo: impedimentos matrimoniais no Código Civil de 1916 (Art. 183) e Código Civil de 2002 (Art. 1.521)

CÓDIGO CIVIL DE 1916	CÓDIGO CIVIL DE 2002
<p>Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):</p> <p>I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil.</p> <p>II. Os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo.</p> <p>III. O adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376).</p> <p>IV. Os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive.</p> <p>V. O adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376).</p> <p>VI. As pessoas casadas (art. 203).</p> <p>VII. O cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.</p> <p>VIII. O cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte.</p> <p>IX. As pessoas por qualquer motivo coactas e incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.</p> <p>X. O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro.</p> <p>XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211).</p> <p>XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.</p> <p>XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226).</p> <p>XIV. A mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho.</p> <p>XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento.</p> <p>XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.</p>	<p>Art. 1.521. Não podem casar:</p> <p>I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;</p> <p>II – os afins em linha reta;</p> <p>III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;</p> <p>IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;</p> <p>V – o adotado com o filho do adotante;</p> <p>VI – as pessoas casadas;</p> <p>VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.</p>

Fonte: Elaboração própria

⁹⁶ A explicação da classificação dos impedimentos na codificação de 1916 encontra-se no item 4.1.1.

As hipóteses apresentadas pelo CC/02 são taxativas, vez que se tratam de proibições expressas, o que não permite interpretação extensiva, e abrangem hipóteses que resultam de uma relação de parentesco, como é o caso dos incisos I e IV, em razão de uma relação consanguínea, o que poderia comprometer a prole vindoura, além dos valores éticos em que se pauta a sociedade, que não admite relação conjugal entre pai e filha, mãe e filho, irmãos, entre outros. Nos dizeres de Farias e Rosenvald:

No primeiro inciso estão presentes razões de natureza sanitária (saúde pública) e moral, obstando-se o casamento entre parentes em linha reta, ascendente ou descendente (esta relação é chamada, comumente, de incesto). [...] Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de relacionamento entre parentes. Depois por força da densidade moral social (coletiva), também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco. (2012, p. 213).

O inciso II elenca como impedimento os parentes afins em linha reta porque a afinidade é o vínculo que liga os parentes de um cônjuge a outro. Contudo, o parentesco em linha reta, mesmo com o divórcio, não se dissolve, conforme disposto no artigo 1.595 do CC/02, o que permite concluir que a relação entre sogro, genro, nora, madrasta e padrasto se perpetuam. Com isto, fica notório que o referido dispositivo tem por finalidade proteger questões morais, já que se trata de uma relação próxima entre parentes de cônjuges que não deveriam cobiçar o marido/esposa de seu parente em linha reta. Neste sentido, também se justificam os impedimentos descritos nos incisos III e V, pois decorrem de parentesco civil, aquele resultante de adoção, que tem assegurada a igualdade constitucional aos filhos pela própria CF/88. Deste modo, tornam-se desnecessárias as disposições expressas nos incisos III e V, já que, no primeiro caso, trata-se de hipótese que abrange uma relação entre afins em linha reta, abordada no inciso II, e o V disciplina uma relação entre irmãos e colaterais até terceiro grau, o que também já fora objeto do inciso IV. Daí porque entendo que, já que a Carta Magna consagra a igualdade entre filhos, não teria porque o legislador prever estas disposições dos incisos III e V de modo apartado, pois representa verdadeira redundância.

O inciso V, que trata da proibição de pessoas já casadas casarem novamente, representa uma clara proibição à bigamia, além de configurar crime previsto no artigo 235 do Código Penal, com previsão de pena de reclusão de dois a seis anos. Excepcionalmente, este impedimento não se aplica às uniões estáveis, que recebem todas as demais hipóteses como proibições para o reconhecimento desta entidade familiar. O artigo 1.723, em seu §1º declara: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não

se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. A pessoa que não tiver dissolvido o vínculo matrimonial válido – através do estado de viuvez ou divórcio – não se encontra apta para casar novamente. Porém, é permitido o reconhecimento da união estável de pessoa que ainda detenha o estado civil de casada ou de separada judicialmente, desde que tenha ocorrido a separação de fato. Como já asseverado, a união estável detém uma natureza informal, diferente do casamento cuja prova se dá a partir da certidão de casamento expedida pelo cartório competente. Diante disto, na hipótese de um companheiro casado não mais conviver com sua esposa e vice-versa, poderá ter reconhecida uma nova entidade familiar formada pela união estável.

Por fim, o inciso VI resulta da proibição de casamento pelo condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Revestido de cunho moral, o legislador previu esta disposição normativa tendo como base a ideia de que o(a) viúvo(a) não nutriria amor por alguém que matou ou tentou matar sua/seu cônjuge. Trata-se aqui, novamente, de disposição editada a partir de valores éticos que penetram o contexto social vigente.

Destaco, ainda, que as disposições constantes do artigo 1.521, CC/02, se afastaram por completo da adjetivação a que se afeiçoava o CC/16, em especial no que tange ao uso de atributos como legítimo e ilegítimo, o que merece reverência, dada a violação à dignidade da pessoa humana que representaria, na legislação vigente, dispositivos desta natureza.

A codificação de 2002 ainda estabelece as causas suspensivas do casamento que, diferentemente dos impedimentos matrimoniais, não ensejam a decretação da nulidade do casamento, mas, por resguardarem interesse de terceiros, impõem como sanção a imposição do regime de separação obrigatória de bens, enquanto perdurem as hipóteses descritas no artigo 1.523 do CC/02, que possui a seguinte redação:

Art. 1.523. Não devem casar:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Considerando o objetivo deste trabalho, reservo-me à análise do inciso III do artigo 1.523, que possui disposição correspondente no CC/16 através do inciso XIV do artigo 183, embora, neste caso, o tratamento estivesse amparado pela disposição que tratava dos impedimentos matrimoniais.

Como já asseverado no item 3.1.1, não assiste razão, na atualidade, a manutenção de texto de lei com redação que não se coaduna à realidade fática, ou melhor, tecnológica, à disposição do mundo moderno. O prazo de dez meses representa o período relacionado ao tempo gestacional. Observe-se, ainda, acerca do tema, que similar redação se encontra no artigo 1.597, inciso II que assim dispõe:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

A turbação de sangue – *turbatio sanguinis* – tem por finalidade resguardar a presunção de paternidade prevista no artigo 1.597, inciso II e, por isto, aconselha-se à mulher não realizar um novo casamento neste período, a fim de evitar o comprometimento na determinação parental. Ocorre que o exame de DNA, com inquestionável precisão em seus resultados, permite dirimir qualquer dúvida acerca da paternidade de uma criança. Deste modo, embora subsistam as disposições do artigo 1.523, inciso II, bem como o artigo 1.597, inciso II, ambos do diploma civil em vigor, estes se reduzem a conteúdo desprovido de aplicabilidade. Ademais, é inquestionável a restrição imposta apenas às mulheres, vez que é possível inferir, nas entrelinhas, que seus corpos são atrelados à finalidade reprodutiva, de maneira a ensejar até mesmo a castração de sua liberdade.

Por fim, não poderia aqui deixar de ressaltar que a hipótese de anulação do casamento pelo *error virginitatis*, abordado no item 4.1.1, foi revogado já que inexistente na codificação de 2002 dispositivo similar.

4.3.2 Regime de Bens e a paridade entre os cônjuges

O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, estabeleceu quatro modalidades de regime de bens, sendo eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação de bens e participação final nos aquestos. As três primeiras modalidades já eram previstas no CC/16, porém, a participação final nos aquestos é modalidade nova que substituiu o regime dotal cuja inaplicabilidade já era identificada por doutrinadores deste contexto histórico, como já asseverado.

Desde a mudança trazida pela Lei n° 6.515/77, o regime da comunhão parcial passou a ser consagrado como regime legal, ou seja, mantendo-se os nubentes silentes quanto ao regime que desejam adotar, supria-se a lacuna com este regime supletivo. O casamento gera efeitos de natureza patrimonial, daí a necessidade de que seja regulada, durante o casamento, normatização que estabeleça o destino do patrimônio comum e individual dos cônjuges. Destaque-se que, na codificação de 2002, foi introduzida disciplina que permite que os cônjuges alterem o regime de bens durante o casamento, através do §2º do art. 1.639⁹⁷, o que era proibido no CC/16.

As disposições gerais acerca do regime de comunhão parcial, universal e de separação de bens continuam com disposições similares, quanto às regras gerais que regulam cada um dos regimes⁹⁸. A novidade está no regime da participação final nos aquestos, que recepciona um caráter híbrido, pois mescla características da separação e da comunhão parcial de bens. Segundo este regime, cada cônjuge administra seus bens individuais durante o casamento, porém, na hipótese de dissolução do casamento, cabe a cada cônjuge o direito a sua meação⁹⁹, em relação aos bens adquiridos onerosamente pelo casal durante o casamento.

Desse modo, revogou-se, expressamente, o regime dotal que atribuía ao marido a administração, a percepção de frutos e a propositura de ações judiciais cabíveis em razão do dote levado pela esposa para o casamento. Com a supressão do regime dotal e a inserção do tratamento paritário entre os cônjuges na administração da sociedade conjugal e na responsabilidade pelos encargos familiares, afasta-se a concepção patriarcal, no tocante ao patrimônio. As relações de poder presentes na codificação de 2002 foram constatadas em

⁹⁷ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. §1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. §2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

⁹⁸ O que foi devidamente tratado no item 4.1.2.

⁹⁹ Parte dos bens devidos a cada cônjuge em razão do regime de bens estabelecido.

outros dispositivos que, nas entrelinhas, ainda reproduziam a submissão da mulher ao marido, porém, no tocante ao patrimônio, ousou afirmar que a igualdade de gênero foi devidamente contemplada.

4.3.3 Divórcio e a reciprocidade de consequências

O divórcio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da edição da Lei nº 6.515, em 1977, que passou a admitir a dissolução do vínculo matrimonial entre os cônjuges os quais passariam a poder contrair novas núpcias após a sua decretação. Entretanto, era necessário observar algumas regras que a lei impunha: o texto original exigia o lapso temporal de três anos de separação judicial para a sua conversão em divórcio, a contar da data da decisão ou da medida cautelar que tivesse concedido a separação de corpos, conforme consta do artigo 25¹⁰⁰.

A CF/88, por sua vez, também disciplinou a matéria e estabeleceu, além do divórcio-conversão¹⁰¹, que teve seu prazo reduzido para um ano, o divórcio direto, que não requeria uma prévia separação judicial, bastando que os cônjuges comprovassem que já estavam separados, de fato, há mais de dois anos, hipótese em que poderiam pleiteá-lo diretamente. A Lei nº 8.408 de 1992 modificou as disposições da Lei nº 6.515 de 1977 e, considerando a mudança implementada pela Carta Magna, regulamentou a alteração de três para um ano da separação judicial para admitir a conversão desta em divórcio.

O divórcio, portanto, materializa o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma comunidade de vida (de projeto afetivo comum que naufragou por motivos que não interessam a terceiros ou mesmo ao Estado – aliás, não sabemos mesmo se interessam a eles próprios). Por isso, toda e qualquer restrição à obtenção da ruptura da vida conjugal não fará mais do que convalidar estruturas familiares enfermas, casamentos malogrados, convivências conjugais em crise, corrosivas e atentatórias às garantias de cada uma das partes envolvidas. (FARIAS, 2007, p. XXVI).

Contemplar o instituto do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro representa verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana, visto que, impedir tal instituto implica em desgaste, sofrimento e infelicidade das pessoas envolvidas em um enlace infrutífero.

¹⁰⁰ “Art. 25 – A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou”.

¹⁰¹ Oriundo da conversão da separação judicial em divórcio, desde que respeitasse o lapso temporal imposto.

Desse modo, é inegável que a Emenda Constitucional nº 66, de 2010, que alterou o §6º do artigo 226 da CF/88 representou grande efeito nas relações familiares, pois suprimiu qualquer prazo, como obstáculo que era, para o pleito do divórcio. Vale a pena, aqui, rever o avanço na normatização do divórcio e seus requisitos desde 1977 até 2010. (Figura 15).

Figura 15 – Quadro comparativo: divórcio na Lei nº 6.515/77, na Constituição Federal de 1988, na Lei nº 8408/92, Código Civil de 2002 e na Emenda Constitucional nº 66/2010

DIVÓRCIO	
Lei nº 6.515/77	Art. 25 – A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.
CF/1988	Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.
Lei nº 8408/92	Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se alteração prevista neste artigo acarretar.
Código Civil/2002	Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. §1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. §2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.
EC nº 66/2010	Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Fonte: Elaboração própria

4.3.4 Da proteção dos filhos e da filiação: a ausência de adjetivação e a legitimidade da norma

Ao adentrar a esfera do direito de filiação e seus desdobramentos, é necessário ter em mente que se trata da mais relevante das relações de parentesco estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, isto porque diz respeito à relação jurídica que é estabelecida entre o pai ou mãe e seus filhos, independentemente da forma como a família fora constituída.

Apenas no intuito de aclarar: as relações de parentesco são vínculos jurídicos constituídos a partir de uma relação de consanguinidade ou por outra origem, na forma estabelecida no artigo 1.593 do CC/2002. A partir deste critério, é determinado o parentesco

consanguíneo – quando dois ou mais indivíduos se originam de um mesmo ancestral comum – ou o civil – quando o vínculo estabelecido entre as partes envolvidas ocorre por ato jurídico voluntário seja através da adoção ou nos casos de reprodução humana heteróloga – e em ambas as hipóteses não haverá vínculo consanguíneo.

Nesse sentido, como já asseverado no início deste capítulo, considerando as possíveis relações de parentesco admitidas em nosso ordenamento, a que se apresenta com vínculo mais próximo é aquela estabelecida entre pais e filhos, denominada de filiação, com previsão no diploma civil, nos artigos 1.596 a 1.606 do CC/02, que será o foco da presente discussão.

Nesta perspectiva, inúmeros são os conceitos de filiação elaborados pela doutrina, dentre os quais merece destaque a dogmática de Farias e Rosenvald, a saber:

Assim, sob o ponto de vista técnico jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados. (2008, p. 476).

Paulo Luiz Netto Lôbo, ainda neste sentido, ensina:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede pro latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace. (2011, p. 216).

Depreende-se deste conceito que, da relação de filiação, denota-se a relação de maternidade, paternidade e, é claro, de filho, que é a filiação propriamente dita.

Há ainda que ressaltar que a Constituição Federal, em seu art. 227, §6º estabeleceu uma isonomia no tratamento de todos os filhos, rechaçando toda e qualquer forma de discriminação com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O dispositivo 1.596 do Código Civil em vigor reitera a determinação constitucional, embora não declare expressamente a extensão destes efeitos à filiação decorrente de laços socioafetivos, ao estabelecer: “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ao considerar a vedação legal a qualquer forma de discriminação, há que se ressaltar que a relação de filiação não está necessariamente atrelada à pré-existência de uma relação conjugal, como ocorria na codificação de 1916, haja vista tudo quanto fora abordado acerca da concepção de família na contemporaneidade. Ademais, há ainda que se ter em mente as várias possibilidades de formação da relação que originará, decerto, o vínculo de filiação.

Nesse diapasão, verifica-se uma liberdade que recai sobre o indivíduo que poderá incitar vínculos de filiação a partir de mecanismos biológicos, como é o caso da reprodução natural, independentemente de as pessoas envolvidas se estarem em um casamento, união estável ou no vínculo que se origina da adoção, a partir de um ato jurídico voluntário, que deverá obedecer a determinados requisitos legais e dependerá de decisão judicial, ou, ainda, através da utilização de técnicas de reprodução assistida. Além disto, permitem a doutrina e a jurisprudência o estabelecimento do vínculo socioafetivo, que poderá coincidir ou não com o vínculo biológico ou civil. Daí porque, na atualidade, admite-se, o que se chama de pluralidade filiatória¹⁰². Diante disto, resta claro que deve ser afastada qualquer limitação ao reconhecimento da filiação tão-somente embasada em vínculos consanguíneos considerando-se, a partir daí, as relações paterno-filiais que sejam criadas por outros mecanismos diferentes dos biológicos.

A perspectiva civil-constitucional que defende a sobrelevação da dignidade da pessoa humana como o cerne da proteção legal, admite, portanto, a abertura de novos horizontes para o Direito Civil, em especial no que tange à possibilidade de interpretar as relações de filiação a partir dos preceitos axiológicos constitucionais.

¹⁰² Que consiste na possibilidade de consignar mais de um pai ou mãe, enquanto filiação, na certidão de nascimento de determinada pessoa.

Antes de adentrar as discussões acerca das presunções das relações de filiação estabelecidas pelo texto legal, é preciso considerar que, em face do sentido plural que a filiação apresenta no ordenamento pátrio, há que se conhecer os critérios determinantes da filiação. Assim, estabelece-se como formas de filiação admitidas no ordenamento jurídico aquela decorrente do critério legal ou jurídico, quando a presunção está embasada em determinação legal; do critério biológico, que tem como fator determinante o vínculo genético, que pode ser estabelecido por exame de DNA, por exemplo; e, ainda, do critério socioafetivo, que representa uma inovação, tendo em vista as novas bases em que se assenta o reconhecimento das unidades familiares quais sejam a dignidade da pessoa humana e a afetividade, determinando, assim, laços de amor e solidariedade que vinculam determinadas pessoas¹⁰³. Para tanto, o art. 1.597 do CC/02 se apresenta enquanto referência, no tocante à presunção de paternidade, por critério legal ou jurídico, embora não esgote todas as modalidades de filiação admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O critério biológico, por sua vez, consiste na determinação da filiação a partir da busca de uma certeza científica através do exame de DNA. Sendo assim, a determinação da paternidade será definida com base na cadeia genética das partes envolvidas. Tão grande é sua relevância que foi editada a Súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que estabeleceu: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum*¹⁰⁴ de paternidade”. Deste modo, nas hipóteses de recusa do

¹⁰³ O critério dos laços socioafetivos poderá coincidir ou não com o critério biológico ou jurídico, não necessitando deste últimos para admitir seus efeitos jurídicos. Como também há que se ressaltar que inexistente hierarquia de um critério em detrimento de outro, devendo ser analisado a melhor aplicação no caso concreto.

¹⁰⁴ Trata-se de uma presunção relativa, pois admite prova em contrário. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 301** – 18/10/2004 – DJ 22.11.2004. Ação Investigatória – Recusa do Suposto Pai – Exame de DNA – Presunção Juris Tantum de Paternidade. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0301a0330.htm>).

suposto pai à realização do exame de DNA, presume-se, de modo relativo, sua paternidade, o que não vincula a decisão do juiz, que poderá se valer do caso concreto para aplicar o entendimento sumulado ou afastá-lo¹⁰⁵.

No entanto, cumpre ressaltar que tais disposições são relativizadas, haja vista o grande avanço das técnicas de reconhecimento de paternidade através dos exames de DNA. Ressalta, no entanto, Paulo Lôbo (2011, p. 219) que: “Todavia, a origem genética apenas pode prevalecer quando não se tenha constituído alguma das modalidades de filiação socioafetiva (adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga)”¹⁰⁶.

A prova produzida por meio do exame de DNA não possui força para desconstituir a filiação, quando nem sequer há prova inequívoca de qualquer vício de consentimento do pai no momento da lavratura do assento de nascimento¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Tal critério, porém não deve ser vislumbrado de modo simplista e absoluto, vez que outros critérios e circunstâncias devem ser considerados para determinação do estado de filiação.

¹⁰⁶ No entanto, tais temas serão melhor aprofundados em capítulos apartados.

¹⁰⁷ Nesse sentido, é farta a jurisprudência, a saber: AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. EXAME DE DNA QUE CONCLUIU PELA EXCLUSÃO DA PATERNIDADE. PROVA SEM UTILIDADE ANTE A IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DE DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO. REGISTRO DE NASCIMENTO EFETIVADO PELO APELANTE DE FORMA VOLUNTÁRIA E CONSCIENTE. ATO JURÍDICO IRREVOGÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI 8.560/92. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALQUER VÍCIO DE VONTADE A MACULAR O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. ART. 1.604 DO CC. RECURSO DESPROVIDO. TJSC, Ap. Cív. n. 2009.000322-3, de Caçador, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. Em 19-1-2010.

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO NUTRIDO DURANTE APROXIMADAMENTE VINTE E DOIS ANOS DE CONVIVÊNCIA QUE CULMINOU COM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PATERNIDADE – VERDADE BIOLÓGICA QUE SE MOSTROU DESINFLUENTE PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE ALIADA AO ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO – PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO SOB O ARGUMENTO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – ERRO SUBSTANCIAL AFASTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – PERFILHAÇÃO – IRREVOGABILIDADE – RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O Tribunal de origem, ao contrário do que sustenta o ora recorrente, não conferiu à hipótese dos autos o tratamento atinente à adoção à moda brasileira, pois em momento algum adotou a premissa de que o recorrente, ao proceder ao reconhecimento jurídico da paternidade, tinha conhecimento da inexistência de vínculo biológico; O ora recorrente, a despeito de assentar que tinha dúvidas quanto à paternidade que lhe fora imputada, ao argumento de que tivera tão-somente uma relação íntima com a genitora de recorrido e que esta, à época, convivia com outro homem, portou-se como se pai da criança fosse, estabelecendo com ela vínculo de afetividade, e, após aproximadamente vinte e dois anos, tempo suficiente para perscrutar a verdade biológica, reconheceu juridicamente a paternidade daquela; A alegada dúvida sobre a verdade biológica, ainda que não absolutamente dissipada, mostrou-se irrelevante, desinfluyente para que o ora recorrente, incentivado, segundo relata, pela própria família, procedesse ao reconhecimento do recorrido como sendo seu filho, oportunidade, repisa-se, em que o vínculo afetivo há muito encontrava-se estabelecido; A tese encampada pelo ora recorrente no sentido de que somente

Por fim, porém, não menos importante e como inovação na admissão desse critério no ordenamento jurídico brasileiro, há que se considerar a filiação socioafetiva, que não se baseia na relação biológica (embora, em regra, a coincidência destes critérios prevaleça na maioria dos casos). O critério da filiação socioafetiva se baseia em um ato de vontade, pois os laços que unem os indivíduos se respaldam no afeto, que se apresenta em um tratamento estável de comunhão de vida e ostensivo, na medida em que pai e filho se apresentam socialmente como tal. Tal critério implica no que muitos doutrinadores costumam designar de desbiologização da filiação e sua abordagem é merecedora de um tópico apartado, que será tratado a seguir.

Ao longo da evolução legislativa no tratamento do estado de filiação, verifica-se um grande avanço face à necessidade de adaptação às realidades sociais emergentes. Inicialmente, verifica-se que, ao conceituar filiação, grande parte dos doutrinadores, dentre os quais é possível citar Clóvis Beviláqua e Lafayette Rodrigues Pereira, apresentavam uma conceituação voltada para o vínculo consanguíneo que unia os filhos aos seus pais, nos seguintes dizeres, respectivamente: “É a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai e a mãe). É o vínculo que a geração cria entre os filhos e os progenitores” (BEVILÁQUA, 1956, p. 233).

Partindo-se de tais conceituações, é fácil concluir que a paternidade e a maternidade eram reconhecidas a partir de laços biológicos constituídos em uma família formada a partir do casamento. No entanto, estas conceituações se tornaram insuficientes para abarcar novos fatos que surgiam e que, por sua vez, consideravam as relações que nasciam a partir da admissão da adoção e da isonomia contemplada entre os filhos, independentemente de sua origem, a partir da promulgação da CF/88, como também o reconhecimento do afeto como vínculo entre indivíduos que gera efeitos jurídicos e o avanço da medicina através das técnicas de reprodução assistida.

Antes da admissão da atual Carta Magna, o casamento era o baluarte para o reconhecimento da entidade familiar, isto porque, além do resguardo da instituição em si,

procedeu ao registro por incorrer em erro substancial, este proveniente da pressão psicológica exercida pela genitora, bem como do fato de que a idade do recorrido corresponderia, retroativamente, à data em que teve o único relacionamento íntimo com aquela, diante do contexto fático constante dos autos, imutável na presente via, não comporta guarida; Admitir, no caso dos autos, a prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo, quando aquele afigurou-se desinfluyente para o reconhecimento voluntário da paternidade, seria, por via transversa, permitir a revogação, ao alvedrio do pai-registral, do estado de filiação, o que contraria, inequivocamente, a determinação legal constante do art. 1.610, Código Civil. STJ, REsp 1078285/MS, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 13-10-2009.

objetivava-se o resguardo do patrimônio, daí porque toda e qualquer união diferente do casamento, bem como os filhos havidos fora do matrimônio, eram considerados ilegítimos.

A nova família brasileira passa a priorizar os laços afetivos. A troca de afeto, de cuidado e a solidariedade entre os membros como meio de se realizarem como pessoa humana adquire mais relevância do que o tipo de entidade familiar (matrimonial, monoparental, homoafetiva, etc.) no qual tal realização se concretizará. Portanto, seja qual for a espécie de entidade familiar, o indivíduo é o centro em torno do qual gravitam todos os direitos, a fim de que toda a pessoa se realize sentimentalmente no grupo familiar em que está inserida. (MACHADO, 2011, p. 96).

No entanto, eivada de preceitos principiológicos, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma nova percepção da unidade familiar, passando a ser admitida além do casamento, a união estável e a família monoparental, entendidas como familiares reconhecidas expressamente pelo ordenamento, não obstante outras formas possam ser validadas, desde que o afeto seja o elemento preponderante de união entre seus membros. Sendo assim, a filiação adquiriu uma maior amplitude, na medida em que passou a compreender, além da filiação decorrente do vínculo biológico, também aquela oriunda da relação socioafetiva. Neste sentido, esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo:

[...] o estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica. (2004, p. 48).

Não há, no ordenamento jurídico positivado, previsão acerca da filiação socioafetiva, no entanto, seu reconhecimento pela melhor doutrina e jurisprudência é pacificado, de modo que é válido ressaltar que este vem se apresentando como relevante fonte normativa.

A filiação sócio-afetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Sócio-afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 517).

Obtemperem-se que, apesar de grande parte da doutrina se harmonizar com o entendimento acima esposado, é necessário registrar que tal entendimento não é unânime, vez que há, ainda, quem se manifeste contrariamente à admissão do afeto enquanto critério capaz de determinar a filiação, sobrepondo a estas questões de natureza biológica que seriam inafastáveis. Aqueles que adotam tal posicionamento entendem que o exame de DNA representou grande avanço, na medida em que possibilitou dirimir conflitos acerca da determinação da origem genética e, por consequência, da filiação.

Vale ressaltar, no entanto, que o reconhecimento da filiação socioafetiva não impõe desprezo à filiação biológica. Ambas convivem no direito de família, sem que haja qualquer hierarquia entre elas, posto que, apenas no caso concreto, é possível determinar qual critério a ser utilizado, o biológico ou o socioafetivo, no estabelecimento da relação de filiação. (MACHADO, 2011, p. 98).

A partir do demonstrado, resta claro que é possível admitir a filiação a partir do critério da socioafetividade, tendo em vista que este em nada suprime o critério biológico, daí a ausência de hierarquia entre eles. A possibilidade de ambos os critérios convergirem talvez seja mais comum de se verificar na sociedade; no entanto, diante de tal impossibilidade, há que se ponderar qual dentre eles seria o mais adequado para tutelar o preceito fundamental inerente a qualquer indivíduo que é o da dignidade da pessoa humana.

Considerando o enfoque deste trabalho, que se encontra na análise do tratamento da mulher à luz da codificação civil, retomarei a disposição do artigo 1.597, por trazer um dispositivo que merece reflexão, pois, ao tratar da presunção de paternidade, inseriu a hipótese da utilização de reprodução heteróloga – modalidade de reprodução assistida que utiliza material genético de terceiro – condicionada à necessidade de um prévio casamento e da outorga marital, como um claro retrocesso aos inúmeros avanços normativos que já foram objeto de análise deste estudo.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

As técnicas de reprodução humana assistida permitem a reprodução artificial, suprimindo a relação sexual como meio de procriação dita natural. Sendo assim, resta inevitável questionar os vínculos de parentesco que seriam constituídos a partir do uso das técnicas de reprodução humana assistida.

O casamento ainda continua sendo referência na presunção da paternidade, a despeito da admissão da pluralidade de formas de família concebidas pela Constituição Federal de 1988. Assim, para a renomada doutrina, a extensão do *caput* do art. 1.597 do Código Civil Brasileiro para as uniões estáveis em face da proteção constitucionalmente deferida pela Carta Maior, é inevitável, afinal, entendimento contrário representaria uma clara discriminação aos filhos nascidos em entidade familiar diferente do matrimônio.

As presunções de paternidade, como critério para filiação, estabelecidas pelo Código Civil de 1916, foram igualmente prestigiadas pelo Código Civil em vigor, o qual acrescentou as hipóteses de reprodução humana assistida, acima citadas, ignorando-se a realidade atual, que não mais torna plausíveis as mesmas, em face dos avanços científicos e dos erros e injustiças que podem acarretar. (MACHADO, 2011, p. 100).

Desse modo, conclui Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2011) que tais presunções devem ser consideradas *juris tantum*, portanto, passíveis de serem contestadas mediante prova em contrário.

Em contrapartida, o art. 1597, em seus incisos II, IV e V, trata da reprodução assistida, no capítulo destinado ao estudo da filiação, ao elucidar que se presume filhos a prole concebida durante o matrimônio, mesmo após a morte do marido, nos casos de reprodução homóloga, bem como na heteróloga, desde que tenha havido o devido consentimento do cônjuge. Sobre isto, Sílvio de Salvo Venosa acrescenta:

[...] advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema. (2003, p. 256).

Ao tratar de reprodução artificial, a lei brasileira a atrela à necessidade de um prévio casamento, demonstrando a tendência do legislador a vincular a filiação ao matrimônio, o que se buscou desconstruir ao longo do Capítulo 2. Se, antes, admitia-se a presunção de paternidade apenas a partir de ter a concepção ocorrido amparada pela pré-existência de um casamento, o que denotava uma relação de filiação biológica, hoje, há a

formação de novas relações familiares e de parentesco, independentemente da coincidência genética entre pais e filhos.

Tal entendimento se encontra em consonância com os fundamentos da opressão patriarcal sustentada por Palmero (2004, p. 50) que defende que, na visão liberal, as mulheres estão sujeitas aos desígnios masculinos, que esta só deverá ser respeitada quando propriedade de um homem e sua integridade corporal não é reconhecida. Assim, o consentimento da mulher à sujeição se dá através do matrimônio. O motivo liberal de proibir a violência entre os homens e de defender sua integridade não opera para as mulheres, por não haverem estas firmado o contrato social. Neste sentido, defende que a luta pelo controle da reprodução é a chave da razão do patriarcado, pois, sem os controles sociais, a legitimidade da descendência e, por óbvio, a propriedade, estaria comprometida, ou em melhores palavras da referida teórica:

[...] la lucha por el control e la reproducción parece ser la clave de la razón de ser del patriarcado. Sin rígidos controles sociales sobre las mujeres la legitimidad de la descendencia está entredicho. Éste es el factor al que habría que referirse como una de las [[causas]] del patriarcado: la apropiación por parte de los varones de la potencialidad reproductiva de las mujeres para asegurar la legitimidad de la transmisión de la propiedad y la autoridad. (PALMERO, 2004, p. 42).

A ideia do corpo, em sua representação natural do que se entende por mulher, considerando a reprodução enquanto destino natural, colaborou para que a construção social do feminino perpassasse pela significação do materno e, é claro, pelo resguardo da legitimidade da prole vindoura. Ao considerar tal posicionamento, que aqui se objetiva suplantiar, justifica-se, então, a normatização das relações de submissão e de controle do corpo feminino, em especial, no tocante ao exercício da liberdade sexual da mulher.

Segundo Pateman (1993), o contrato sexual deve ser entendido como pacto de sujeição e este é prévio e opera como fundamento do contrato social. O homem é o “cabeça” da família e a mulher o “corpo”, um modelo de dominação ancestral que se reproduz ao longo da história. Nesta perspectiva, as mulheres se convertem em propriedade, ficando sujeitas ao uso e regulação dos homens, que definem as regras e os papéis sociais. É o que se pode depreender da análise acerca do controle da sexualidade da mulher através das normas que criminalizam o aborto.

Com isso, fica demonstrado que a intenção do legislador – impregnado por reminiscências patriarcais pelas quais o controle da família, da vida pública era exercido pelo

homem, modelo, infelizmente, ainda reproduzido e acrescido das características de ser individualista e autoritário – foi a de suprimir a liberdade sexual da mulher.

As mudanças, como fruto das inúmeras transformações sociais, destituíram a família biológica da posição de única capaz de representar uma entidade familiar válida, passando a ser admitidos novos modelos familiares. Inevitavelmente, é preciso recorrer às discussões sobre as relações de poder para justificar a inserção dessas novas famílias no atual contexto social. O afeto tem, hoje, um papel “iluminador” e fundamental no reconhecimento das entidades familiares. Não obstante inexistia disposição expressa de lei que admita a filiação socioafetiva, atualmente, a doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento no sentido de compreender a família como formada a partir de vínculos pautados na relação afetiva. O afeto é, portanto, o principal elemento de definição da paternidade ou maternidade, devendo-se compreendê-lo a partir de dois principais elementos, a estabilidade e a ostensividade.

Independentemente do embate entre velhas e novas concepções, assim caminha a família. Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isso porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada que valorizava a linhagem masculina, como já dissemos aqui várias vezes. (PEREIRA, 2006, p. 190).

Não mais se vislumbra uma superioridade do vínculo biológico, ao contrário, em inúmeras situações, verifica-se não só a colocação, em par de igualdade, com os vínculos socioafetivos, mas, em muitas situações, a sobreposição deste em desfavor daquele.

Na concepção homóloga, o material genético utilizado para fins de fecundação é do marido ou da mulher que compõe determinada unidade familiar, portanto, não há conflitos quanto à filiação biológica e a jurídica, vez que ambas recaem sobre as mesmas pessoas que efetuam a doação de gametas e os previstos no ordenamento pátrio.

Quanto à filiação socioafetiva, esta se constituiria nas mesmas bases anteriormente citadas para o desenvolvimento do afeto. Diante disto, verifica-se a ausência ou, pelo menos, a minimização de conflitos capazes de ensejar dúvidas acerca dos critérios a serem utilizados para determinar a filiação da criança nascida a partir da utilização da técnica de reprodução homóloga.

No que concerne ao método de reprodução artificial heteróloga, a situação se inverte, pois inevitáveis são as celeumas que emergem em razão do conflito de critérios

passíveis de determinar a filiação, de modo que tal discussão é merecedora de análise em estudo em apartado.

4.3.5 Do Pátrio Poder ao Poder Familiar: a equiparação da mulher

O CC/16 previa o pátrio poder e estabeleceu uma série de dispositivos que conferia ao marido e pai, enquanto chefe da sociedade conjugal, o controle da família e dos bens de seus filhos, enquanto menores.

Contudo, a partir da edição da codificação de 2002, percebe-se a observância da igualdade de gêneros, no que tange ao exercício do poder familiar por ambos os pais, sem privilégio consagrado para nenhum deles. Além disto, o exercício do poder familiar, na codificação de 1916, conhecido como pátrio poder, é exercido, independentemente de qualquer adjetivação consagrada aos filhos havidos ou não sob o manto do matrimônio¹⁰⁸. Suplantada está, portanto, a perspectiva hierarquizada consagrada no diploma civil do século passado, pautada em uma prerrogativa que imbuía o pai de poderes exacerbados em relação à pessoa dos filhos e da esposa.

Figura 16 – Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916, na Lei nº 4.121/1962 (Art. 380), e no Código Civil de 2002 (Art. 1.631)

PÁTRIO PODER	
Código Civil/1916	Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.
Lei nº 4.121/62	Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.
Código Civil/2002	Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Fonte: Elaboração própria

O CC/16 sequer se reportava à mulher, no tocante ao exercício dos poderes dos pais em relação aos seus filhos, salvo em caso de substituição, na hipótese de o pai não poder exercê-lo, o que só foi modificado pela Lei nº 4.121 de 1962 – Estatuto da Mulher Casada – que conferiu às mulheres o *status* de colaboradoras no exercício do pátrio poder; porém, em

¹⁰⁸ Até porque a própria Constituição Federal de 1988 vedou qualquer tratamento discriminatório entre filhos.

caso de divergência, ainda se observava a prevalência da vontade paterna em detrimento da materna.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, é possível conceber uma mudança substancial na codificação civil de 2002 que igualou os homens e as mulheres no exercício do “poder familiar”, expressão utilizada em substituição a “pátrio poder”, determinando, ainda, que, em caso de divergência entre eles, é facultado a ambos recorrer ao Poder Judiciário para solucionar o impasse. Com isto, suplantou-se disposição que concebia preferência à vontade paterna.

O artigo 1.630, de igual sorte, merece ser aqui destacado, pois afastou qualquer tratamento adjetivado entre os filhos submetidos ao poder familiar, como ocorria na codificação de 1916.

Figura 17 – Quadro comparativo: pátrio poder no Código Civil de 1916 (Art. 379), e no Código Civil de 2002 (Art. 1.630)

PÁTRIO PODER	
CÓDIGO CIVIL DE 1916	CÓDIGO CIVIL DE 2002
Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.	Art. 1630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores.

Fonte: Elaboração própria

Os avanços no tocante à igualdade de tratamento entre mulheres e homens demonstram um cuidado da legislação de 2002 em resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade que, no âmbito do direito de família, instrumentalizam a tutela e a mútua assistência entre os indivíduos envolvidos em uma mesma entidade familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção deste trabalho de pesquisa esteve voltada para a análise do tratamento conferido às mulheres, no Código Civil de 1916 e no de 2002. Para alcançar os objetivos propostos, foi imprescindível realizar uma reflexão acerca dos movimentos feministas e de sua colaboração social e política para um novo posicionamento das mulheres na sociedade. É interessante, também, compreender o Direito enquanto construção humana que reflete, em suas normas positivadas, a realidade fático-axiológica de um dado momento histórico, sendo analisado neste estudo a partir de um determinado olhar “situado”. Sendo assim, não poderia ser outra a epistemologia aplicada senão a *Standpoint theory* – Teoria do Ponto de Vista – com destaque para a produção de Sandra Harding.

Considerando que este trabalho teve por objetivo realizar uma análise do tratamento conferido às mulheres no livro de Direito de Família, em especial, no alcance da igualdade de gênero, restou inevitável que eu me posicionasse enquanto advogada e professora de direito de família feminista, para estabelecer as bases em que se assenta o meu posicionamento teórico. A adoção da epistemologia feminista perspectivista permitiu a reflexão posicionada, sem comprometimento da produção consciente e científica do conhecimento.

Não poderia deixar de registrar, ainda, que este estudo resultou de uma análise subjetiva, logo, com uma visão parcial e que, por isto, as reflexões conclusivas não podem ser consideradas esgotadas. Parafraseando Donna Haraway, admito que o único modo de encontrar uma visão o mais ampla possível da realidade é estar em algum lugar em particular, reconhecendo que a questão da ciência para o feminismo diz respeito à objetividade como “racionalidade posicionada”.

Passarei a apresentar, em poucas linhas, as conclusões que este estudo proporcionou, salientando a necessidade de incluir novas categorias para uma análise ainda mais acurada em um estudo posterior.

Antes de adentrar a análise propriamente dita das categorias – modalidades de famílias positivadas, regime de bens, desquite e divórcio, filiação, pátrio poder e poder familiar –, que estratifiquei e comparei ao longo da análise das codificações, saliento que a base dogmática deste estudo esteve pautada na compreensão do Direito como resultado da convergência do fato, valor e norma enquanto elementos integrantes de seu conceito. Por isto, a compreensão da realidade histórica em que a norma foi produzida é imperiosa para o entendimento dos valores vigentes em certo contexto.

A norma positivada representa, portanto, um rico objeto de estudo que permite concluir por uma adequação de suas disposições à realidade social ou, ainda, a desarmonia de sua redação ao contexto em que está inserida. Nesta última hipótese, é possível inferir circunstâncias sociais, econômicas, políticas e propriamente jurídicas que demonstram a inadequação da norma aos fatos e valores vigentes. Neste diapasão, nota-se a relevância que teve a Carta Magna, com a inserção de novos valores como diretrizes da sociedade, cumprindo, assim, o seu papel de se harmonizar com a realidade vigente. Contudo, como já asseverado, a codificação civil custou a se adequar ao novo contexto que imperava, o que ensejou fortes movimentos de mulheres em busca de um novo posicionamento na sociedade. Apesar de ricas vitórias já vivenciadas em décadas anteriores, novas lutas incitavam as mulheres que buscavam, sobretudo, adequar a igualdade formal prevista na Carta Magna de 1988 às legislações civis vigentes. Com isto, o Direito passa a vivenciar o fenômeno da constitucionalização do direito civil, que buscou, através de um processo hermenêutico, adequar a interpretação das normas às diretrizes principiológicas trazidas pela Constituição Federal, com destaque para a dignidade da pessoa humana. Assim, o Direito recepcionou um momento de abertura de fontes normativas para além das leis que estavam positivadas.

Ao longo deste trabalho foram apresentadas algumas normatizações relevantes que foram se modificando e demonstrando um novo tratamento deferido às mulheres, como fruto de um contexto social, econômico, político, tecnológico, entre outros âmbitos, que avançaram e procuraram, na ciência jurídica, um novo olhar.

As concepções de gênero são de crucial relevância para compreender as mudanças ocorridas na norma. Início minhas conclusões pela supressão do casamento enquanto única forma de família validada pela lei. A codificação de 1916, cuja essência de proteção legal tinha por enfoque o patrimônio, idealizou o casamento e sua indissolubilidade como única forma de família legítima. Todo e qualquer arranjo familiar que estivesse pautado em bases que não fosse o casamento não era reconhecido por lei. Para tanto, incumbiu-se a referida norma em adjetivar enquanto legítimas aquelas famílias oriundas do casamento e as relações que daí nascessem, como o parentesco. As demais relações não amparadas pelo casamento eram nominadas de ilegítimas, com expressa ausência de proteção normativa, como foi demonstrado nos Capítulos 4 e 5 deste trabalho. Contudo, com a promulgação da Carta Magna, que passou a reconhecer outras entidades familiares como a união estável e a família monoparental, nota-se uma aceitação maior de outros modelos de família para além do casamento, repercutindo, inclusive na edição da Lei nº 9.278/96, que regulamentou a união estável. Um passo adiante no direito de família passou a ser contemplado, com o

reconhecimento pela doutrina de outras formas de famílias, além daquelas já descritas na Carta Magna, desde que pautadas por uma relação socioafetiva, o que significava dizer que o rol da Constituição Federal de 1988 poderia ser ampliado. Essa nova concepção legitimou o STF a se manifestar pelo reconhecimento de uniões homoafetivas enquanto uniões estáveis e, posteriormente o STJ a admitir o casamento entre casais homossexuais, apesar da discrepância legal, na medida em que o texto legal ainda não se adequou ao contexto social e jurídico vigente.

O que pretendo nessas breves palavras é apenas chamar a atenção do quanto o Direito avançou, dadas as necessidades e lutas de grupos minoritários, que fizeram valer a necessidade de respeitar as diferenças e conceber a relevância da dignidade da pessoa humana enquanto preceito fundamental do Estado Democrático de Direito.

Notei, ainda, ao longo deste estudo, uma evolução do tratamento deferido à mulher, no que pertine à tutela dos bens. Na codificação do século passado, a administração dos bens do casal, quase em todas as modalidades de regime de bens, era atividade exclusiva do marido, em uma clara demonstração de que este representava a unidade produtiva e administrativa da família. Contudo, os contextos sociais e econômicos mudaram, as mulheres adentraram o mercado de trabalho e alcançaram sua autonomia financeira ou, como gosto de dizer, tornaram-se “senhoras de seu caminho”, figurando, muitas vezes, como arrimos de família. Deste modo, o tratamento na codificação atual, especialmente com a supressão do regime dotal, coloca a mulher e o homem enquanto pares na administração dos bens particulares e comuns, afastando, assim, o tratamento desigual antes realizado.

Neste sentido também caminhou a admissão da dissolução do vínculo conjugal através do divórcio, com a Lei nº 6.515/77, embora com regras que ainda mantinham o instituto do desquite, posteriormente chamado de separação judicial, que admitiam a condenação de um dos cônjuges como culpado, com a implicação da limitação dos alimentos e a retirada do sobrenome do cônjuge do nome. Pelo que restou analisado, dada a situação de sujeição econômica da mulher ainda existente e a legislação, que apenas admitia o acréscimo do sobrenome do marido ao delas, permite-se concluir que tais consequências legais, quase que na sua totalidade atingiam as mulheres, em uma clara intenção de castrar o exercício de sua liberdade. A Carta Magna, seguida do Código Civil de 2002, criou novas regras passando a admitir o divórcio direto, sem o reconhecimento prévio da separação judicial. Contudo, o grande marco foi a Emenda Constitucional nº 66/2010, que suplantou os prazos para o pedido de divórcio, o que repercutiu em muitos embates doutrinários com o posicionamento

majoritário que esta disposição descambou com o instituto da separação judicial e, com isto, não há mais que se discutir culpa, quicá suas consequências jurídicas.

A tutela da lei constitucional e civil em torno das relações de parentesco também representa um avanço na medida em que se suprimiu o tratamento discriminatório entre filhos havidos a partir do vínculo consanguíneo ou da adoção, bem como aqueles que nascessem sob o amparo do casamento ou não, determinando-se desde a isonomia entre eles. No entanto, as técnicas de reprodução assistida compõem o cenário atual, permitindo tanto a reprodução artificial, a partir do material genético do casal envolvido – chamada de homóloga – quanto o uso de material genético de terceiros – denominada enquanto reprodução artificial heteróloga. Com isto, uma nova realidade de parentesco passa a ser concebida cabendo ao direito amparar as consequências advindas do manejo das técnicas de reprodução assistida, já que inexistente, na atualidade, disposição legal específica que tutele tais situações.

Merece atenção, entretanto, disposição que, na contramão dos avanços aqui aduzidos, representa um claro retrocesso e a mitigação da liberdade sexual e reprodutiva da mulher. Trata-se do artigo 1.597, mais especificamente do inciso V, que somente reconhece como filhos aqueles concebidos na constância do casamento através da reprodução heteróloga, mediante prévia autorização do marido, o que denota absoluta inadequação normativa ao contexto fático, visto que submete o corpo da mulher à prévia outorga marital para fins de reprodução, limitando, ainda, a concepção de família ao âmbito do casamento. Neste sentido, nota-se que a referida disposição normativa se preocupa em proteger a figura paterna, que somente será vinculada caso outorgue sua deferência para o manejo das técnicas de reprodução heteróloga. É inegável que esta disposição confronta com os avanços normativos já vislumbrados ao longo do texto da codificação de 2002.

Outra questão importante diz respeito ao tratamento da norma vigente quanto ao exercício do poder familiar dos pais em relação aos filhos menores. A codificação de 1916 não colocava os pais em igualdade, na medida em que estabelecia o marido enquanto chefe da sociedade conjugal, cabendo a este solucionar conflitos quanto às questões dos filhos. Percebi, neste particular, que, embora o âmbito do doméstico fosse o contexto de atuação da mulher, as relações de poder na família, estavam asseguradas pelo exercício da figura masculina, enquanto marido e pai. Muitas leis especiais que foram editadas posteriormente e modificaram as disposições de soberania familiar masculina, ainda mantinham outras que, de certo modo, reafirmavam o poder do pai e marido no seio familiar, haja vista análise no Capítulo 4 sobre a temática. Entretanto, tanto a Carta Magna como a codificação de 2002, se

preocuparam em substituir a terminologia de pátrio poder para poder familiar e estabelecer a condução da família por ambos os pais enquanto responsáveis pelos seus filhos menores.

Restringi-me a arrematar algumas questões que considerei relevantes ao longo deste estudo, o que me permitiu concluir que muitos foram os avanços na norma, no que pertine ao tratamento conferido às mulheres no âmbito do Direito de Família. Contudo, ainda é possível notar que, por trás da norma, ainda se identificam relações de poder que visam tolher a liberdade da mulher, colocando-a em um patamar de sujeição, de maneira camuflada. Além disto, é notório que as normas em vigor na atualidade não satisfazem as demandas da contemporaneidade, criando, para o campo do Direito, uma grande responsabilidade, já que deve solucionar conflitos sociais com base em outras fontes normativas, como os princípios, os preceitos gerais do Direito, a jurisprudência, entre outros. O que se deve atentar é que tal amplitude das fontes normativas propicia o alcance da tutela, porém, causa uma insegurança da ordem visto que os mais diversos posicionamentos sobre as mais diversas matérias permeiam o judiciário, afastando-o de um posicionamento uníssono e positivamente previsto.

Desse modo, creio que entender o Direito enquanto fruto da convergência do fato, valor e norma permite que se extraia concepções axiológicas de determinado contexto histórico, contudo, não sei se esta percepção será possível daqui a alguns anos, quando a sociedade se deparar com posicionamentos plurais, que podem denotar múltiplas acepções acerca da tutela dos fatos e dos valores presentes na sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, José. **O divórcio no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992.

ADRIÃO, Karla Galvão; BECKER, Simone. Algumas reflexões sobre a categoria do gênero em contextos como o movimento feminista e o poder judiciário. **Physis** [online], Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 273-292, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v16n2/v16n2a08.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

ALVES, Branca Moreira. **Ideologia & feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1980.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

BARROS, Sergio Rezende. A tutela constitucional do afeto. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, VI. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2006.

BARROS, Sergio Rezende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo [Org.]. **Direito civil contemporâneo; novos problemas à luz da legalidade constitucional**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 238-261.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo** (Livro I). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. São Paulo: Freitas Bastos, 1943.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BORCHORST, Anette. Las mujeres y el Estado del bienestar avanzado: una nueva forma de poder patriarcal? In: SASSOON, Anne (Org.). **Las mujeres y el Estado**. Madrid: Vindicación Feminista, 1987. p. 151-162.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/127689218/O-poder-simbolico-Pierre-Bourdieu-pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, 1 jan. 1916. DOU, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BRASIL. **Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código Eleitoral**. Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. DOU, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). DOU 10.11.1937, republicada em 11.11.1937, 18.11.1937 e 19.11.1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. DOU, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 21.076**. Decreta o Código Eleitoral. Diário Oficial da União - Seção 1 - 26/2/1932, Página 3385. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-norma-pe.html>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9**, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. DOU, 29 jun. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66**, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. DOU, 14 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada**. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. DOU, 3 set. 1962. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 883**, de 21 de Outubro de 1949 - Investigação de Paternidade dos Filhos Havidos Fora do Casamento. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. DOU, 26 out. 1949 Revogada pela L-012.004-2009. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1949-000883-rfi/0883-49.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. DOU, 27 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.441**, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. DOU, 5 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.698**, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. DOU, 16 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.010**, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. DOU, 4 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo”*. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 1999. p. 151-172.

BUTLER, Judith. *Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do “pós-modernismo”*. **Cadernos Pagu**, n. 11, p. 11-42, 1998.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. **Filiação e biotecnologia: questões novas na tutela jurídica da família**. Salvador: Romanegra, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O direito hoje e com que sentido?** o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**, v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. Coordenação Antonio Junqueira de Azevedo.

CHOERI, Raul Cléber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COMBES, Danièle; HAICAULT, Monique. *Produção e reprodução: relações sociais de sexos e de classes*. In: KARTCHEVSKY-BULPORT, A. (Org.). **O sexo do trabalho**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 23-44.

CORRÊA, Mariza. *Do feminismo aos estudos de gênero no Brasil: um exemplo pessoal*. **Cadernos Pagu**, n. 16, p. 13-30, 2001.

CORREA, S.; ÁVILA, M. B. *Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros*. In: BERQUÓ, E. (Org.). **Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil**. Campinas, SP: Unicamp, 2003. p. 17-78.

CORTÊS, Iáris Ramalho. *A trilha legislativa da mulher*. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). **Nova história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. p. 260-285.

COSTA, Ana Alice Alcantara. **As donas no poder: mulher e política na Bahia**. Salvador: NEIM/ALBa, 1998.

COSTA, Ana Alice Alcantara. O movimento feminista no Brasil: dinâmica de uma intervenção política. **Revista Gênero**, v. 5, n. 2, 2005.

COSTA, Ana Alice Alcantara; SARDENBERG, Cecilia M. B. Feminismos, feministas e movimentos sociais. In: BRANDÃO, Maria Luiza; BINGEMER, Maria Clara (Org.). **Mulher e relações de gênero**. São Paulo: Loyola, 1994a.

COSTA, Ana Alice Alcantara; SARDENBERG, Cecilia M. B. A institucionalização dos estudos feministas dentro das Universidades. Teoria e práxis feminista na acadêmica: os núcleos de estudos sobre a mulher nas universidades brasileiras. **Revista Estudos Feministas**, Rio de Janeiro, p. 387-400, 1994b. Volume especial.

COSTA, Claudia Lima. O tráfico do gênero. **Cadernos Pagu**, v. 11, p. 127-140, 1998.

DAHLERUP, Drude. Conceptos confusos. Realidad confusa: una discusión teórica sobre el Estado patriarcal. In: SASSOON, Anne (Org.). **Las mujeres y el Estado**. Madrid: Vindicación Feminista. 1987. p. 111-150.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Novos tempos, novos termos. **Direito Positivo.com.br. Artigos jurídicos 2004**. 2004b. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/mariaberenicedias/novostempos.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**: definição e conceitos básicos, norma jurídica, interpretação e ramos do direito, sujeito de direito e fatos jurídicos, relações entre direito, justiça, moral e política, direito e linguagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2010a.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5 – Direito de Família.

DONIZETTE, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DUARTE, Luis Fernando Dias. A sexualidade nas Ciências Sociais: leitura crítica das convenções. In: GREGORI, Maria Filomena; PISCITELLI, Adriana; CARRARA, Sérgio (Org). **Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 39-80.

ENGELS, Frederick. **Origem da família, da propriedade privada e do estado**. 3. ed. São Paulo: Escala, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

FARHAT, Alfredo. **A mulher perante o direito: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário**, 1971.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito (concessão imediata do divórcio e continuidade do procedimento para os demais pedidos cumulados). **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 27, abr./maio 2012. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/189575040/A-Nova-Acao-de-Divorcio-e-a-Resolucao-Parcial-e-Imediata-de-Merito>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2005. Disponível em: <http://tede.ucesal.br/tde_arquivos/1/TDE-2008-08-21T131835Z-78/Retido/CRISTIANO%20CHAVES%20DE%20FARIAS.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral atualizada pela lei n. 11.382/06, que alterou o código de processo civil e o regime da impenhorabilidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 6.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2011.

FINE, Cordelia. **Delusions of gender**: how our minds, society, and neurosexism create difference. New York: W.W. Norton, 2010.

FIRESTONE, Shulamith. **A dialética do sexo**. Coleção Bolso (Publicado originalmente em New York, por Bantam, 1970).

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 11. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. I. Parte Geral.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. São Paulo: Atlas, 1994.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GOMES, Orlando. **A agonia do Código Civil**: conferência pronunciada no Encontro Nacional de Mestres de Direito Civil, realizado em homenagem ao Professor Orlando Gomes: Sans Adieu – 50 Anos de Cátedra. Salvador: Ciência Jurídica, s.d.

GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Quando os avanços parecem retrocessos**: um estudo comparativo do Código Civil de 2002 e do Código Penal brasileiro com os grandes códigos da história. São Paulo: Barueri, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VI – Direito de Família.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu**, Unicamp, Campinas, v. 5, p. 7-41, 1995. Disponível em:
<<http://www.ifch.unicamp.br/pagu/sites/www.ifch.unicamp.br/pagu/files/pagu05.02.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

HARAWAY, Donna. Situated knowledges: the science question in feminism and the privilege of partial perspective. **Feminist Studies**, v. 14, n. 3, p. 575-599, aut. 1988. Disponível em:
<<http://www.staff.amu.edu.pl/~ewa/Haraway,%20Situated%20Knowledges.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

HARDING, Sandra. **Ciencia y feminismo**. Madrid: Morata, 1996.

HARDING, Sandra. **The feminist standpoint theory reader: intelectual and political controversies**. New York: Routledge, 2004.

HERKENHOFF, João Baptista. **Mulheres no banco dos réus: o universo feminino sob o olhar de um juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 1, Porto Alegre: Síntese, 1999.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: RT, 1995.

LERNER, Gerda. **El origen del patriarcado: la creación del patriarcado**. Barcelona: Critica, 1990.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 30 maio 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em: 30 maio 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em: 30 maio 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/86859/entidades-familiares-nao-sao-numerus-clausus>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da Afetividade. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). **Dicionários de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 48-52.

LUCHI, Cíntia Sebenello Barden. **Bioética, direito e sexualidade**. São Paulo: Lawbook, 2007.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?** Brasília: UNB, 2000. Série Antropologia.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011.

MACKINNON, Catharine. **Toward a feminist theory of the state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Princípio da pluralidade familiar. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). **Dicionários de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180664452008000100004&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 nov. 2011.

McCANN, Carole R.; KIM, Seung-Kyung. **Feminist theory reader: local and global perspectives**. New York: Routledge, 2003.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MILLET, Kate. Teoria de la política sexual. In: _____. **Política sexual**. México, DF, 1975. (Publicado originalmente em New York por Avon, em 1971).

MINAYO, Maria Cecília. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 1992.

MITCHEL, Juliet. A mais longa revolução. **Revista Civilização Brasileira**, ano III, n. 14, p. 5-41, jul. 1967.

- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 263-281.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de Outubro de 1988**. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. **Revista Forense**, v. 386, p. 183-201, jul./ago. 2006.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 32. ed., rev. e atual., de acordo com o Código civil, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro : Forense, 2010.
- NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. **Psicol. Soc.** [online], v.18, n. 1, p. 49-55, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. **Revista Estudos Feministas**, v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000.
- OFFEN, Karen. Historia de las mujeres. **La Aljaba – Revista de Estudios de la Mujer**, v. 13, n. 13, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-57042009000100001&lng=pt&nrm=iso&tlng=es#notas>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.
- OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Susane Rodrigues. As representações do passado incaico e a problemática em torno dos conceitos de patriarcado e matriarcado na historiografia. In: **Labrys – Estudos Feministas**, jan./jun. 2006.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus. **Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e unidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 7. ed. Campinas: Pontes, 2010.

PALMERO, Maria José. **Teoria feminista contemporânea**: una aproximación desde la etica Madrid: Complutense, 2004. Cap. 1 – Analítica de la opresión patriarcal, p. 33-67.

PARKER, Richard. Cultura, economia, política e construção social da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 1999. p. 125-150.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3198>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas**: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. V – Direito de Família.

PEREIRA, Rodrigo C. **Direito de Família**: uma abordagem Psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo C. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo C. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Tendências modernas do direito de família**. Revista dos Tribunais nº 626, fev. 1988.

PERROT, Michelle. Escrever a história das mulheres. In: _____. **Minha história das mulheres**. São Paulo: Contexto, 2007.

PERROT, Michelle. Escrever uma história das mulheres: relato de uma experiência. **Cadernos Pagu**, n. 4, p. 9-28, 1995.

PINTO, Celi Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. Ed.. São Paulo: Max Limonad, 2009.

- PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, Leila (Org.). **A prática feminista e o conceito de gênero**. Campinas: IFCH-Unicamp, 2002. (Textos Didáticos, n. 48).
- PRADO, Maria Ligia; FRANCO, Stella Scatena. Participação feminina no debate público brasileiro. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). **Nova história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. p. 194-217.
- QUIVY, Raymond; CAMPENHOUT, Luc Van. **Manual de investigações em ciências sociais**. 5. ed. Lisboa: Gradiva, 2008.
- RAGO, M. Epistemologia feminista, gênero e história. In: PEDRO, J. M.; GROSSI, M. P. (Org.). **Masculino, feminino, plural**. Florianópolis: Mulheres, 1998.
- RAGO, M. Os feminismos no Brasil: dos “anos de chumbo” à era global. **Labrys, estudos feministas**, n. 3, jan./jul. 2003.
- RAMOS, Maria Dolores. **Mujeres e história**: reflexiones sobre las experiencias vividas en los espacios públicos y privados. Málaga: Atenea, 1993. (Estudios sobre la Mujer).
- RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984/2012.
- REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 6, Direito de Família.
- ROSALDO, Michelle. A mulher, a cultura e a sociedade: uma revisão teórica. In: ROSALDO, Michelle; LAMPHERE, Louise (Orgs.). **A mulher, a cultura e a sociedade**, 1979.
- RUBIN, Gayle. The traffic in women: notes on the ‘political economy’ of sex. In: REITER, R. (Ed.). **Toward an anthropology of women**. New York: Monthly Review Press, 1975. p. 157-210. [Traduzido para o português e publicado por SOS Corpo e Cidadania].
- RUBIN, Gayle. Thinking sex: notes for a radical theory of the Politics of sexuality. In: VANCE, Carole. **Pleasure and danger**: exploring female sexuality. Pandora Press, 1984.

RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1986.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos, incluindo estudo da lei n. 9.343/97, com as alterações introduzidas pela lei n. 10.211/01. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e tecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Rearticulando gênero e classe social. In: BRUSCHINI, Cristina; COSTA, Albertina de Oliveira (Org.). **Uma questão de gênero**. São Paulo: Rosa dos Tempos/Fundação Carlos Chagas, 1992.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Ontogênese e filogênese do gênero**: ordem patriarcal de gênero e a violência masculina contra mulheres. Série Estudos e Ensaios – Ciências Sociais/ Flacso Brasil, junho 2009.

SARDA, Amparo Moreno. **En torno al androcentrismo en la história. Cuadernos inacabados**. El arquétipo viril protagonista de la história. Exercícios de lecturas no andocentricas. Barcelona: La Sal. 1987. p. 17-52.

SARDENBERG, Cecília M. B. A mulher e a cultura da eterna juventude: reflexões teóricas e pessoais de uma feminista cinquentona. In: ROSENDO, Enilda; FERREIRA, Silvia L. (Org.). **Imagens da mulher na cultura contemporânea**. Salvador: NEIM-UFBA, 2002.

SARDENBERG, Cecília M. B. Back to women? translations, re-significations, and myths of gender in development planning and policy in Brazil. In: CORNWALL, A.; WHITEHEAD, A.; HARRISON, E. (Ed.). **Feminisms in development**: contradictions, contestations & challenges. London: ZED Books, 2007. p. 48-64.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITZ, Vanessa Regianini; RENON, Maria Cristina. O reconhecimento da família monoparental a partir das técnicas de reprodução artificial. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 113-128, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1923/991>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAVONE, Lucila. **Dar a vida e cuidar da vida: feminismo e Ciências Sociais**. São Paulo: UNESP, 2004.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Avila. Recife: S.O.S Corpo, 1991.

SCOTT, Joan. História das mulheres. In: BURKE, Peter (Org.). **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Unesp, 1992. p. 63-95.

SCOTT, Joan. Prefácio a "Gender and Politics of history". **Cadernos Pagu**, Campinas/SP, n. 3, p. 11-27, 1994.

SCOTT, Ana Silvia. O caleidoscópio dos arranjos familiares. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). **Nova história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. p. 15-42.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SINGLY, François de. **A reinvenção da família**. Disponível em: <<http://ambafrance.org.br/abr/label/label39/dossier/07reinvention.html.2007>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOIHET, Rachel. A conquista do espaço público. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). **Nova história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. p. 218-237.

SOUTO-MAIOR, Heraldo Pessoa. Durkheim e a família: da Introdução à Sociologia da Família à Família Conjugal. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPOCS, 22, 1998. Grupo de Trabalho Família e Sociedade, 1998. Disponível em: <<http://www.scholar.google.com/scholar?q=A+Familia+Conjugal+Durkheim&hl=pt-BR&um=1&ie=UTF-8&oi=scholar>>. Acesso em: 1 ago. 2010.

SOUZA, Carolina M. B. de. **Família na contemporaneidade: mudanças e permanências**. **Caderno CRH**, Salvador, v. 21, n. 54, p. 623-625, set./dez. 2008.

SWAIN, Tânia Navarro. A invenção do corpo feminino. In: SWAIN, Tânia Navarro (Org.). **Textos de História: Dossiê: Feminismo, teorias e perspectivas**. Brasília: UnB, v. 8½, 2000, p. 69.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>. Acesso em: nov. 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THERBORN, Goran. **Sexo e poder**: a família no mundo 1900-2000. Tradução Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

TILLY, Louise A. Gênero, história das mulheres e história social. **Cadernos Pagu**, Campinas/SP, n. 3, p. 29-62, 1994.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em Ciências Sociais**. São Paulo: Atlas, 1987. 174p.

VANCE, Carole. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. **Physis** – Revista de Saúde Coletiva, v. 5, n. 1, p. 7-31, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. Brasília: UNFPA, 2009.

VIDAL, Marciano. **Bioética estudos de bioética racional**. Madrid: Técnos, 1994.

VILLELA, João Baptista. Família Hoje. **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WAMBIER, Tereza Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família: reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In: TEIXEIRA Sílvio de Figueiredo (Coord.). **Direito de família e do menor**. 3 ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.