

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

SILVANA BELINE TAVARES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

JOSIANE PETRY FARIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Silvana Beline Tavares; Fabrício Veiga Costa; Josiane Petry Faria. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-745-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

Sob a coordenação da professora doutora Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás); professor doutor Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna –MG-); professora doutora Josiane Petry Faria (Universidade de Passo Fundo –RS), foi realizado no dia 15 de novembro de 2018 a apresentação dos resultados das pesquisas envolvendo a temática Gênero, Sexualidade e Direito. A criação do GRUPO DE PESQUISA GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO, no Conpedi de Curitiba no ano de 2016, foi um projeto inicialmente criado com o propósito de estimular o debate e a problematização científica de temas relacionados às minorias LGBTQI; violência de gênero contra mulheres; invisibilidade das mulheres e homens trans; criminalização das condutas sexuais consideradas desviantes, bem como estudos crítico-epistemológicos relacionados aos direitos humanos de gays, mulheres, trans e outras tantas manifestações livres e dignas da sexualidade, como um estar, não um ser.

Fabrício Veiga Costa, professor do programa de pós-graduação stricto sensu em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna e Flávio Marcos de Oliveira Vaz, mestrando em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, apresentaram artigo científico intitulado “Dano moral e homofobia: uma análise da natureza jurídica do dano e dos critérios de quantificação”. Na referida pesquisa discute-se a prática da homofobia como fundamento e referência para a responsabilidade civil objetiva, delimitando-se o objeto de análise no estudo do dano moral individual e coletivo, além de discutir os critérios jurídicos e objetivos para a quantificação do dano moral.

Natália de Jesus Silva Reis, da Universidade Federal do Maranhão, trouxe a pesquisa intitulada “Abertura cognitiva do sistema jurídico e a trajetória pela criminalização da homofobia e da transfobia”, momento em que problematizou, na perspectiva crítica, o debate da criminalização da homofobia e transfobia, como forma de reprodução da naturalização da violência simbólica contra a população de gays, lésbicas, transexuais e travestis, ressaltando-se que o direito continua sendo um espaço de exclusão e invisibilidade da população LGBTQI.

.Heloisa Helena Silva Pancotti, mestranda da Universidade de Marília, trouxe artigo científico intitulado “A construção da cidadania das pessoas trans: uma tentativa de

reinserção”, oportunidade em que debateu políticas públicas como medida hábil a viabilizar o exercício efetivo da cidadania e dos direitos fundamentais à população trans. Destacou-se, na respectiva pesquisa, a ineficiência das políticas públicas pouco existentes no Brasil, motivo esse que mantém a naturalização da condição de exclusão e marginalidade.

Letícia Nascimbem Colovati, mestrande da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, apresentou trabalho intitulado “A possibilidade de alteração de prenome e gênero sem mudança de sexo pelos transeñeros: uma análise constitucional da ADI 4.275/DF”. Na referida pesquisa problematizou-se o debate da inclusão jurídica e direito de igualdade dos transexuais quanto ao direito de alteração do registro civil de nascimento no que atine ao nome civil e gênero, como mecanismo hábil a legitimar a efetividade da dignidade humana da pessoa trans, reconhecendo e legitimando juridicamente sua condição humana sob a ótica da constitucionalidade democrática.

Marina Luz Martinez da Cunha, advogada trabalhista e especialista em Direito do Trabalho da PUC do Rio Grande do Sul, apresentou artigo científico intitulado “Questões de gênero: transexualidade e o processo transexualizador ofertado pelo sistema único de saúde no Brasil”. Na referida pesquisa científica problematizou-se a ineficiência da política pública de saúde coletiva a mulheres e homens trans, oferecida pelo sistema único de saúde no Brasil, demonstrando-se que se trata de sistema estatal que reproduz a violência, exclusão e invisibilidade das pessoas em razão da construção autônoma e digna da sua identidade de gênero.

Caroline Lovison Dori, mestrande em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, propõe artigo científico intitulado “O registro civil da criança intersex como garantia do direito à identidade”, momento em que problematizou o debate acerca do registro civil da criança intersex, debatendo de forma sistemático-interdisciplinar o nome e o gênero atribuído à criança intersex, delimitando o debate sob a perspectiva do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança.

Janaína Machado Sturza, mestrande em Direito pela UNIJUI, apresentou artigo científico intitulado “É como esperar algo além da morte: uma abordagem sobre as implicações do direito à saúde na vida dos transexuais”. Na referida pesquisa foi abordado o desafio individual e coletivo enfrentado por homens e mulheres trans no que atine ao direito fundamental à saúde, delimitando-se o objeto de análise na inexistência e ineficiência de políticas públicas voltadas à prevenção e cuidados com a saúde de pessoas trans.

Cecília Cabalero Lois, professora do programa de pós-graduação stricto sensu em direito pela UFRJ e Isadora de Oliveira Silva, mestranda em direito pela UFRJ, apresentaram pesquisa intitulada “Um teto todo seu: questionando a neutralidade do direito a partir da perspectiva da mulher enquanto sujeito sublaternizado”. Problematizou-se a utilização da ciência do direito como locus de exclusão, marginalidade e manutenção da desigualdade estrutural que marca sociologicamente homens e mulheres.

Aline Fernandes Marques, mestranda em direito pela Unesc, apresentou trabalho intitulado “A (in)visibilidade das mulheres presas: uma análise do encarceramento de mulheres a partir da categoria de gênero”. Problematizou-se o debate do encarceramento, suas razões e consequências, bem como o diálogo com as questões relacionadas à violência de gênero.

Camyla Galeão de Azevedo, mestranda em direito e políticas públicas da Unicesupa, trouxe artigo científico intitulado “A influência da mídia na instrumentalização e coisificação da mulher: uma violação de direitos humanos”. Delimitou-se o objeto da pesquisa no estudo da convenção de direitos humanos de Belém do Pará, como meio de demonstrar que a mídia é um instrumento utilizado como parâmetro para a coisificação, exclusão e marginalidade das mulheres, ditando um perfil de mulher para estampar as campanhas publicitárias: “mulher branca, magra e bem sucedida”, referencial esse que exclui as demais mulheres que não se enquadram no padrão e modelo reproduzido ideologicamente pelos meios de comunicação.

Paula Pinhal de Carlos, professora universitária da Unilassale, expôs o artigo científico intitulado “A mulher e sua representação constitucional”. Na respectiva pesquisa discutiu-se a participação feminina na Assembleia Nacional Constituinte, por meio do “lobby do batom”, composto por 26 deputadas federais e movimentos feministas, que apresentaram propostas contempladas pelo texto constitucional, tendo sido 80% das reivindicações acolhidas pelo legislador constituinte, assegurando-se, assim, a legitimidade democrática na construção do texto constitucional.

Michele Ivair Cavalcanti de Oliveira, mestranda em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, apresentou artigo científico intitulado “Breves notas sobre a evolução do papel social da mulher na legislação civil brasileira”. Demonstrou-se que a legislação brasileira reproduziu matrizes patriarcais, ressaltando-se a condição da mulher casada como relativamente incapazes no Código Civil brasileiro de 1916; a condição do homem, que era visto como o chefe de família; o crime de adultério somente poderia ser imputado a mulher. Essa diferenciação jurídica colocou a mulher numa condição de

desigualdade, ressaltando o Estatuto da Mulher Casada e o advento do princípio da isonomia (igualdade), trazido pelo texto da constituição brasileira de 1988 e a lei do divórcio como importantes exemplos que ilustram a igualdade de gênero no direito brasileiro vigente.

Sandra Santos Rosa Scerch, pós-graduada em direito pela IDCC – Londrina -PR-, apresentou artigo científico intitulado “Considerações sobre a família como direito fundamental contemporâneo”. Na referida pesquisa, apresentou-se um conceito aberto, plural, democrático, sistemático e inclusivo sobre o que é entidade familiar, criticando-se terminologias como “família tradicional”, recortando-se o objeto apresentado sob a perspectiva do debate de gênero.

Jéssica Cristianetti e Amanda Netto Brum, doutorandas em direito pela Unisinos, trouxeram à reflexão do tema “Democracia deliberativa e o movimento feminista: contrapúblicos subalternos”. Utilizaram a obra de Nancy Fraser como referencial teórico para criticar o conceito de democracia proposto por Habermas, destacando-se a importância do movimento feminista na democratização dos provimentos estatais, que dialogam direta ou indiretamente com os direitos das mulheres. Os desafios da participação da mulher na política evidenciam o déficit de participação direta das mulheres na democracia deliberativa no Brasil. A composição do parlamento brasileiro, na atualidade, demonstra a exclusão e marginalidade feminina, mesmo sabendo-se que as mulheres sejam maioria em termos quantitativos no país.

Tamires de Oliveira Garcia, mestranda em direito e sociedade da Universidade Lassale, apresentou o tema “Ecofeminismo e os direitos da pachamama na Constituição Equatoriana (2008)”. A constituição do Equador reconhece o direito do bem viver, referencial esse utilizado na abordagem do ecofeminismo como um dos desdobramentos interpretativos do texto constitucional supramencionado. Destacou-se a participação direta do movimento feminista no Equador na proteção do meio ambiente, já que o movimento ecofeminista equatoriano foi utilizado como referencial para o rompimento com a concepção antropocêntrica na forma de ver, compreender e ler o meio ambiente.

Priscila Kavamura Guimarães de Moura Truran, mestranda em direito agrário da Universidade Federal de Goiás, trouxe a discussão da “FAO, Mulheres Rurais e a Fome”. Demonstrou-se que a população rural na América Latina é de 129 milhões de pessoas, sendo 50% mulheres, motivo esse que justifica a escolha do tema. A mulher rural é importante no cuidado da família, na redução da fome no campo, problematizando a referida pesquisa a violência de gênero como um meio de universalizar a exclusão, a desigualdade feminina e a

naturalização da dominação masculina sobre a mulher no campo. Evidenciou-se que o discurso da FAO é claramente colonizador, pois homogeneiza as mulheres rurais, tornando-as invisíveis e excluídas, fortalecendo a opressão e o distanciamento entre homens e mulheres.

Bianca Strücker, mestre em direitos humanos pela Unijui e doutoranda pela URI Santo Angelo, destacou o tema “Nem tão doce lar: família patriarcal contemporânea e influências no feminicídio”. Critica conceitos como “família tradicional brasileira” e “família patriarcal colonizadora”, pois essas formas de famílias reproduzem a dominação masculina, causando reflexos diretos na violência praticada por homens contra mulheres, além de retroalimentar o sistema de naturalização da opressão vivenciada pelas mulheres. O recorte do tema se deu a partir do estudo do feminicídio, visto como reflexo desse sistema que não acolhe, mas, sim, exclui pessoas do sexo feminino. A pesquisa traz dados quantitativos que demonstram claramente que a cada duas horas no Brasil uma mulher é morta vítima do feminicídio.

Elinay Almeida Ferreira de Melo, mestranda em direitos e políticas públicas do Cesupa –PA- e juíza do trabalho no Estado do Pará, propôs o estudo do “Caso de Lilly Maxwell e o pensamento jurídico contemporâneo de Ronald Dworkin”. O debate e a conquista do direito ao voto feminino ilustra a luta do movimento feminismo no mundo, destacando-se o caso de Lilly Maxwell, mulher que nasceu em 1800, de origem pobre, tendo adquirido em 1867, na Grã Bretanha, o direito ao voto. Na leitura construída pela ótica liberal, o voto de Lilly Maxwell foi considerado pelo judiciário da época como nulo, fato esse que levou a pesquisadora a construir uma releitura jurídica do respectivo fato histórico na perspectiva de Ronald Dworkin, enaltecendo o direito à igualdade e dignidade das mulheres.

Ana Claudia Loiola de Moraes Mendes, juíza criminal em Brasília e pesquisadora e Adriano Mendes Shulc, trouxeram à baila o debate do “Crime de estupro e as decisões judiciais: valores morais e comportamento da vítima como critérios orientadores na valoração da prova e formação da convicção do intérprete”. Problematiza o debate de casos de estupro julgados pelo judiciário do Distrito Federal sob a perspectiva da violência de gênero, propondo um estudo transdisciplinar que enriquece o estudo do tema proposto, além de ultrapassar o debate ideológico e dogmático. Criticam o discurso de criminalização da mulher vítima de estupro, desconstruindo clássicas concepção voltadas a construir a culpa da mulher pela prática do estupro.

Os debates realizados foram suficientes para o despertar da curiosidade epistemológica, além de demonstrar a existência de aporias e da insuficiência da ciência do Direito para responder a todas as indagações que permeiam o debate da violência de gênero.

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – UIT

Profa. Dra. Josiane Petry Faria

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DO PAPEL SOCIAL DA MULHER NA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

BRIEF NOTES ON THE SOCIAL ROLE OF WOMAN IN THE BRAZIL CIVIL LEGISLATION

Michelle Ivair Cavalcanti de Oliveira ¹

Resumo

A sociedade do início do século XX passou por profundas mudanças de paradigmas, verdadeiros dogmas os quais refletiam na legislação civil vigente à época. Desta forma, o Código Civil de 1916 tinha um caráter extremamente patrimonialista, patriarcal e hierarquizado. Com o passar dos anos e diante de fortes transformações, foi preciso alterar a legislação, de modo a realizar a igualdade entre os gêneros e conceder maior liberdade à mulher. O presente trabalho tem como escopo trazer à baila a discussão sobre o atual papel social da mulher nas

Palavras-chave: Mulher, Legislação civil, Família, Papel social, Direitos

Abstract/Resumen/Résumé

The early twentieth century society underwent thorough profound changes of paradigms, those dogmas were also reflected in the civil legislation in force at the time. In this way, the Civil Code of 1916 had an extremely patrimonialistic, patriarchal and hierarchical character. Over the years and in the face of major transformations, legislation has had to be altered in order to achieve gender equality and give women greater freedom. The present work aims to bring to light the discussion about the current social role of women in today's families, as well as to identify the reciprocity between their rights and duties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Woman, Civil legislation, Family, Social role, Rights

¹ Mestranda em Direito Processual na UFES. Especialista em Direito Civil e em Direito de Família e Sucessões pela UNIDERP. Assessora de Juiz no TJES.

1. INTRODUÇÃO

A família é o núcleo básico e essencial de toda e qualquer sociedade. Sendo, portanto, a família composta por indivíduos – ou até mesmo indivíduo - que interagem, são modificados e modificam a sociedade, a forma como ela se reveste, bem como as funções que desempenha são extremamente variáveis no tempo e, mesmo em uma mesma época, de uma sociedade para outra. Isso se explica por ser a família uma instituição fundamentalmente cultural. Ademais, embora as suas estruturas sejam bastante volúveis – modelo de família nuclear, modelo de família reconstituída, modelo de família monoparental, uniões consensuais, casais que preferem morar em casas separadas, modelo de família unipessoal -, a sua essência continua sendo a mesma, qual seja, ser núcleo estruturante e estruturador dos sujeitos, dos seres sociais.

O Código Civil Brasileiro de 1916 tinha um caráter alicerçado em uma sociedade patriarcal, paternalista e moralista, segunda a qual a mulher representava um papel social coadjuvante, sendo valorizadas características como a obediência (à Igreja, ao pai e ao marido), a discricção, a pureza (virgindade e fidelidade ao marido), a servidão e a cordialidade. Ainda que a sociedade da primeira metade do século XX determinasse como padrão a ser seguido o da mulher submissa ao homem, já havia aquelas que não se conformavam em representar tal papel na sociedade e nas famílias. Acresça-se, entre outros fatores, o desenvolvimento tecnológico e social, de modo que o padrão foi aos poucos se modificando. Foram os primeiros passos para o entendimento de que as diferenças entre homens e mulheres não devem se relacionar à ideia de hierarquia entre ambos.

As mulheres ao longo dos anos lutaram e conquistaram diversos direitos, alterando as regras básicas que as desfavoreciam. Inegável que muitas foram as conquistas femininas no último século. No entanto, essas conquistas vieram acompanhadas de deveres com os quais as mulheres do início do século XX não tinham sequer a possibilidade de se preocupar. Pode-se afirmar, com base nisso, que, com o avanço feminino, houve uma reformulação dos direitos e dos deveres das mulheres.

Com esta orientação, trataremos, neste brevíssimo estudo, a respeito das inovações na legislação civil brasileira do papel social desempenhado pelas mulheres, com especial destaque às alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 a partir da iluminação que recebeu da Constituição Federal de 1988, com a concretização de seus princípios e complementação jurisprudencial e doutrinária.

2. DO PATRIARCALISMO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À NOVA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O Código Civil de 1916 acompanhava a tendência das normas de tantos outros países, como a França, contendo uma forte influência do modelo de família patriarcal, hierarquizado e transpessoal. A diferenciação entre homem e mulher se dava, principalmente, com o casamento, de modo que o artigo 6º deste superado Código Civil Brasileiro¹ considerava as mulheres casadas incapazes de praticar determinados atos na esfera civil.

Outro exemplo em que se destaca a diferença de tratamento e, portanto, de direitos e deveres, entre homens e mulheres é o número de artigos que regulamentam as ações dos homens e das mulheres casadas. Ao homem são elencados sete artigos regulamentadores (CCB/1916, artigos 233 – 239). Em contrapartida, a mulher recebeu nove artigos além daqueles assegurados aos homens, ou seja, enquanto ao homem foram direcionados apenas sete artigos, às mulheres casadas dezesseis artigos foram apontados (CCB/1916, artigos 240 – 255). O que justifica esse número tão superior de regras é que as condutas femininas precisavam ser muito mais controladas do que as de seus maridos.

A subordinação da mulher neste tipo de relação evidenciava a formação da masculinidade e da feminilidade que era construída no processo histórico do contrato sexual, que é social por excelência. Portanto, a mulher tornava-se, em certo sentido, um ser que abdicava de sua vontade e liberdade, para realizar as vontades do homem (...). (PUGA, 2010, p.20)

O Código Civil de 1916 foi fruto de uma sociedade em que a ideia de hierarquização se dava pelo gênero, assim como, a ideia de controle já se deu – e, infelizmente, ainda se dá – por questões raciais, étnicas e religiosas. Neste contexto do início do século passado, o sexo feminino foi escolhido para ser subordinado, inicialmente, ao pai e, após o casamento, ao marido, ou seja, por pessoas do sexo masculino.²

No Código Civil de 1916, o Livro I tratava do direito de família. O Título I tratava basicamente das formalidades, da celebração e dos impedimentos do casamento. O Título II é

¹ Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156). II - *As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal*. III - os pródigos. IV - os silvícolas. (destaque nosso)

² Neste mesmo sentido, Saffioti (1995) aborda o conceito de gênero: “O gênero, assim como a classe social e a raça/etnia, condiciona a percepção do mundo circundante e o pensamento. Funciona, assim, como um crivo através do qual o mundo é apreendido pelo sujeito. Logo, a atuação desse sujeito sobre o mundo deriva de sua maneira específica de compreendê-lo. A postura aqui exposta não consiste em reduzir tudo a gênero, mas em afirmar que ele, como também a raça/etnia e a classe social são fundantes das relações sócias, pois regulam as relações homem-mulher, as relações homem-homem e as relações mulher-mulher. Socialmente construído, o gênero corporifica a sexualidade (não o inverso), que é exercida como uma forma de poder. Logo, as relações de gênero são atravessadas pelo poder. Homens e mulheres são classificados pelo gênero e separados em duas categorias: uma dominante, outra dominada, obedecendo aos requisitos impostos pela heterossexualidade. A sexualidade, portanto, é o ponto de apoio da desigualdade de gênero.”

mais revelador e interessante ao nosso estudo, pois trata dos efeitos jurídicos do casamento. O artigo 233³, já no Capítulo II deste segundo Título, nos aponta a orientação do Código de 1916. Neste artigo, fica claro a hierarquia que deveria existir entre o homem e a mulher na vigência do casamento, afinal afirmava que o chefe da sociedade conjugal era o marido, sendo a mulher uma mera colaboradora.

À vista disso, podemos afirmar que o dispositivo traz uma carga de preconceitos presentes na sociedade da época: a esposa deveria se subordinar ao marido, pois não tinha capacidade para desempenhar funções de chefia. Cabia ao marido até mesmo administrar os bens pertencentes à mulher e determinar o local de domicílio da família.

Outro ponto interessante é que o crime de adultério somente poderia ser imputado à mulher, uma vez que se entendia que o homem é infiel por sua natureza, sendo uma atitude normal e aceitável.⁴

A ideia estruturante do Código Civil de 1916 era justamente de entender a mulher casada não como um ser dotado de inteligência, capacidade e independência, mas sim vê-la como uma extensão ou complemento do homem. Na verdade, o marido é quem iria desempenhar as funções que exigissem as qualidades de autonomia e alteridade, não sendo necessário ao homem justificar suas decisões. (ALBANO; MONTERO, 1982, p.115)

A Revolução Industrial do século XIX trouxe ideias inovadoras neste aspecto. Assim, já se falava na mulher trabalhar fora do âmbito de sua residência. Ainda assim, à época do Código de 1916, no Brasil, essa ideia era entendida como motivo de vergonha para o marido. Os movimentos feministas tiveram elevada importância no novo pensamento a respeito do papel da mulher na sociedade e dentro das famílias.

Com a onda desenvolvimentista da segunda metade do século XX há um afrouxamento na política repressora sobre a mulher, que passa a circular por espaços anteriormente restritos aos homens. Isso exigiu novas formas de comportamento tanto feminino quanto masculino, espelhado nos perfis hegemônicos de cada sexo. (PUGA, 2010, p. 23)

³ Artigo 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. Compete-lhe: 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 adotado, 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 - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277. (destaques nossos)

⁴ “O adultério é, efetivamente, um crime que perverte e degenera a família e tende, por isso mesmo, a perverter e a degradar a natureza, o Estado, o corpo social. A criminosa é a mulher. Existe, de alguma forma, uma natureza adúltera na mulher, um excesso sexual a que não pode dar vazão no casamento. Isto não significa que mereça ser desculpada. Mostra apenas que ela não soube canalizar as suas pulsões de forma a elevá-las moralmente no casamento.” (ADLER, 1983, p. 158)

Inspirada nestes novos ares que surgiram, os quais permitiram a independência em relação ao pai e ao marido, a Constituição Federal de 1988 impõe o respeito à dignidade humana como o valor supremo que deve ser observado⁵. Para tanto, a nova Constituição se baseia nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade, vedando qualquer espécie de discriminação.

Da mesma forma, portanto, a nossa atual Constituição tratou de minimizar as desigualdades e a marginalização com que se tratavam, inclusive com amparo legal, as esposas, os filhos havidos fora do matrimônio, os casais em união estável, entre outros.

É evidente que ainda há muito a evoluir. São ainda muitos os desafios que circundam o direito das famílias. Mesmo diante de tantos percalços ainda a superar, não podemos negar e deixar de valorizar as conquistas que resultaram da Constituição de 1988. Assim, no próximo tópico, abordaremos os avanços alcançados com a nossa atual Constituição.

3. OS NOVOS PARADIGMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO ÂMBITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Liberdade, para Axel Honneth (2015, p. 223), é “a possibilidade de, em longo prazo, retirar-se de práticas de interação harmonizadas do mundo da vida ou questioná-las moralmente”. No âmbito das relações pessoais, nas quais as famílias estão inseridas, um relacionamento entre duas pessoas devidamente familiarizadas consome uma forma especial de liberdade, de modo que é possível o aperfeiçoamento recíproco possibilitado do próprio “eu”. A partir disso, as pessoas desempenham papéis sociais que nada mais são que as expectativas de comportamento nas instituições relacionais.

Ressalte-se que a família é o primeiro meio de contato social com o qual os indivíduos interagem. Assim, é no seio da família que as pessoas tem o primeiro desenvolvimento de sua personalidade.

A parte do direito civil de que trata dos direitos das famílias⁶, não pode estar desassociada do que apregoa a Constituição Federal. Isto ocorre porque é necessário que se

⁵ Importante ressaltar que, assim como na sociedade em geral, no âmbito legislativo, as mudanças e avanços não ocorreram repentinamente ou de uma legislação para outra. Alterações gradativas foram sendo editadas ao longo das décadas, como melhor será abordado neste mesmo trabalho. A título de exemplo, citamos o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977).

⁶ Faremos, no presente estudo, uso do termo inaugurado por Maria Berenice Dias. O termo se mostra bem mais adequado, afinal as famílias apresentam modelos plurais. Deste modo, o sistema jurídico não visa tutelar apenas um modelo familiar, como assim o fez o Código Civil de 1916. Com o advento da Constituição Federal de 1988, à família foi assegurada especial proteção do Estado. Considerando, assim, a nova ótica constitucional, não há mais que se falar em apenas direito da família. Se o direito deve tratar todos com igualdade, aos modelos

reconheça a superioridade hierárquica da Constituição, de modo que se entenda cada regra jurídica e diploma normativo a partir de uma filtragem constitucional. Portanto, as regras e os institutos de direito das famílias devem receber a influência constitucional para bem serem compreendidos e aplicados.

Ademais, não basta compreender o direito das famílias a partir somente das regras instituídas. Trata-se de ramo do direito extremamente ligado à sociedade, de modo que não há como excluir os fatores exógenos que cercam o tema das famílias.

O Código Civil de 1916 apenas reconhecia aquela estrutura familiar nuclear e fundada no casamento. Do mesmo modo, se enaltecia a figura do homem, sendo este o *chefe da família*. Contudo, podemos destacar como alguns fatores de mudança desse modelo:

(...) a longevidade, a emancipação feminina, a perda de força do cristianismo, a liberação sexual, o impacto dos meios de comunicação de massa, o desenvolvimento científico com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, a diminuição das famílias com o aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos, tudo isso atingiu fortemente a configuração familiar. Ademais, a urbanização e a industrialização, mudando a base produtiva da sociedade, também afetariam o Direito de Família, já que o poder empresarial, ao contrário da propriedade fundiária, não é ligado à organização familiar. (PEREIRA, 2001, p.171)

No campo legislativo, deve ser acentuado o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), o qual conferiu à mulher a plena capacidade, passando à condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal. Assim, a mulher não mais dependia da autorização do marido para exercer atividade remunerada fora do âmbito do seu lar. Contudo, ainda que passasse a mulher a exercer a chefia ao lado do seu marido, no Código Civil vigente à época, ainda constava o rol separado dos direitos e deveres do marido e da mulher.

Há que destacar sobremaneira a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), a qual inaugurou a possibilidade do rompimento do vínculo conjugal, o que arrebatou o dogma da indissolubilidade do matrimônio. No plano internacional, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

familiares também deve ser aplicado esse princípio. Portanto, estando os mais diversos modelos familiares protegidos pelo direito, melhor termo, certamente, será Direito das Famílias. Vale registrar, então, o entendimento de Maria Berenice Dias: “Como a linguagem condiciona o pensamento, é chegada a hora de subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo Alves, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações. Assim, a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos.” (DIAS, 2013, p. 28.)

No Brasil, como já indicado, o marco é a Constituição de 1988⁷, por inaugurar o direito das famílias ancorado na reciprocidade e afetividade entre os seus membros, em contraposição ao caráter de subordinação e patrimonialista de outrora.

Assim, a Constituição de 1988 superou o ideal de família que era enaltecido no Código Civil de 1916, segundo o qual a família tinha funções produtiva e reprodutiva, passando a valorizar o afeto, sendo este o ponto norteador da nova ótica do direito das famílias.

Ao tratar da relação triádica da família, Axel Honneth (2015, p. 282-323) também faz um paralelo quanto à posição e tratamento conferidos dos membros familiares. Na família tradicional (antiga), havia uma estrita divisão de trabalho, na qual a mulher (mãe) tinha a responsabilidade de cuidado emocional dos filhos e pelos afazeres domésticos, enquanto a responsabilidade do homem (pai) era o rendimento familiar em atividades extradomiciliares.

O filósofo e sociólogo alemão destaca que, após a renovada transformação da estrutura da família moderna, ocorrida no início dos anos de 1960, houve maior delegação de tarefas relativas a educação e cuidado a dispositivos sociais, com a inserção das mulheres (mães) no mercado de trabalho, que lhes conferia visibilidade social de maneira autônoma. Na transição do patriarcado para a cooperação, a partir do final da década de 1960, o casal (e não só a mãe) se ocupa do desenvolvimento da autonomia dos filhos, mesmo após a dissolução do casamento. Ademais, frente a essas mudanças nos papéis sociais nas famílias, o Direito responde convertendo o princípio da culpabilidade pelo princípio da dissolução conjugal.

Por fim, Honneth identifica que, na família multilocal multigeracional, os vínculos familiares não são perdidos quando os filhos deixam a casa, justamente porque os membros familiares estão unidos por uma aprovação real e não coercitiva. Assim, nas famílias pós-modernas, há uma flexibilização das tarefas e responsabilidade circular entre os membros familiares (comunidade de vida).⁸

⁷ “O ponto culminante de todas essas transformações, no caso brasileiro, foi a Constituição de 1988, cujos valores solidaristas e igualitários sedimentaram a nova face do Direito de Família. O art. 226, caput, do texto constitucional, ao estabelecer que ‘a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’, reconhece a importância do organismo familiar para a formação e a manutenção da sociedade, sendo que o modelo unitário da família matrimonial (art. 175 da Constituição de 1967, na redação da Emenda nº 01/69) foi ampliado para vários (plurais) modelos de família que não se esgotam no rol previsto constitucionalmente. Sem família não há sociedade, daí a especial proteção que o Estado deve dar às famílias, não mais consideradas como instituições independentes, mas em razão da tutela das pessoas humanas que as integram, independentemente do modelo escolhido ou existente.” (GAMA; GUERRA, 2007, p. 118-120)

⁸ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 83), neste mesmo sentido, destacam que: “(...) a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da

No Brasil, com a Constituição de 1988, novos rumos foram tomados no direito das famílias: igualdade entre filhos, igualdade entre homem e mulher e pluralidade do conceito de família.

Toda interpretação deve partir da Constituição, sendo assim, o Código Civil de 2002 deve receber entendimento de acordo com a iluminação constitucional. Isso ocorre, também, porque a Constituição de 1988 abarcou temas antes submetidos exclusivamente à esfera do direito privado.

Ao contrário do atual Código Civil, o seu antecessor tinha pretensão de completude. Contudo, atualmente é um equívoco estudar o direito das famílias a partir apenas dos dispositivos insertos no Código Civil. Deve-se, em verdade, estudá-lo à luz da Constituição de 1988, e os dispositivos da legislação infraconstitucional devem ser interpretados de forma extensiva.

Além da comunicação com a Constituição Federal, há também a comunicação do Código Civil com as leis especiais. Novamente, verifica-se uma contraposição entre o Código de 1916 e o atual, afinal aquele tinha a pretensão de regular todas as relações sociais no âmbito privado, enquanto este não tem um caráter tão casuístico, mas sim dá abertura suficiente, de modo a permitir a coexistência dos microssistemas.⁹

Produzidas a partir de direitos constitucionais, as leis especiais surgem com o intuito de concretizar aquilo que a Constituição textualmente garante.¹⁰ Verificou-se, assim, que o Código Civil não seria capaz de alcançar todas as garantias constitucionais, de modo que se reconheceu a importância da criação de microssistemas para suprir tal necessidade.

Embora não seja objeto específico do tema proposto neste estudo, podemos citar, a título de exemplos, como de elevado prestígio para o direito das famílias e com ele relacionado: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Estatuto do idoso (Lei n. 10.741/03), a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) e Lei de Alienação Parental (Lei n. 12.138/10).

personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.”

⁹ Salienta Rodrigo Reis Mazzei (2011, p. 263-264): “(...) os ditames constitucionais retiraram do Código Civil o status de diploma básico das relações privadas. Muito pelo contrário, propiciaram ao Código Civil de 2002 não só a possibilidade de recodificar o Direito Privado de acordo com a ordem constitucional, mas também permitiram a fixação de elementos de orientação para os microssistemas e, por fim, o mais interessante, o uso da codificação para dar efetividade às diretrizes estampadas na Carta Magna.” (destaques do autor)

¹⁰ Assim, podemos citar a denominada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), a qual surgiu para concretizar o que o artigo 226 da Constituição Federal referenciava: “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.”

4. DOS DEVERES RECÍPROCOS ENTRE OS CÔNJUGES

O Código Civil de 2002 reservou o capítulo IX, o qual abarca os artigos 1.565 ao 1.570, para tratar a respeito das questões pertinentes ao casal na vigência do casamento. Assim, o capítulo foi denominado, pelo legislador “Da eficácia do Casamento”. No texto constitucional é destacado que a família é a base da sociedade e, assim, merece que o Estado lhe assegure especial proteção (CRFB, artigo 226, *caput*). Em razão dessa importância dada às famílias, foram previstos alguns deveres que os cônjuges devem cumprir para a manutenção e permanência do casamento.¹¹

O artigo 1.566 do Código Civil apresenta um rol – não taxativo – dos deveres que ambos os cônjuges devem se atentar para que o casamento perdure. Trata-se de avanço legislativo, em relação ao Código Civil de 1916, afinal enquanto aquele elencava separadamente os deveres dos maridos e os deveres das esposas, no atual Código os deveres são tratados no mesmo capítulo e para ambos os cônjuges. Não há qualquer distinção entre os deveres dos maridos e das mulheres, de modo que os dois devem assumir mutuamente a responsabilidade pelos encargos da família (CCB/2002, art. 1.565).

Rompe-se, aqui, a ideia de hierarquia adotada no Código Civil anterior, de modo que não há mais chefia familiar. Os cônjuges assumem a condição de consortes. Tanto o marido como a mulher são igualmente responsáveis. Ora, diante disso, como dizer que os deveres impostos às mulheres pelo novo Código Civil não se tratam de verdadeiras conquistas?

Embora à mulher tenham sido imputadas determinadas responsabilidades que recaíam sobremaneira aos homens, como, por exemplo, o sustento da família, foi atribuído a elas uma série de direitos que antes também só eram concedidos aos homens. Ao analisarmos os direitos e deveres dos cônjuges do anterior e do atual Código Civil, resta evidente que o legislador do Código vigente instituiu deveres recíprocos, de modo que as mulheres não mais estão sujeitas aos desmandos do marido até para o local da moradia do casal. Inclusive, o artigo 1.569¹² estabelece que a decisão de escolha do local de domicílio do casal será tomada em conjunto, por ambos os cônjuges.

¹¹ Em análise crítica, Maria Berenice Dias (2013, p. 269) assevera: “A necessidade de demarcar os núcleos familiares como elementos estruturantes da sociedade leva o Estado a regular, à exaustão, o casamento como forma de constituição da família. Não se restringe a cancelar o casamento e regulamentar a sua dissolução. Assumindo o encargo de proteger a família, sente-se autorizado a atribuir responsabilidades ao casal e impor regras a seres respeitadas pelo cônjuges.”

¹² Art. 1.569. O domicílio do casal será *escolhido por ambos* os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes. (destaque nosso)

Assim como os encargos e responsabilidades recaem sobre o casal, do mesmo modo as decisões devem ser tomadas em conjunto.¹³

Contudo, embora o legislador imponha o cumprimento desses deveres no artigo 1.566¹⁴, o casal pode deliberar a respeito da vigência do seu casamento. Assim, por meio do pacto antenupcial, podem incluir cláusulas que indiquem o modo que desejam levar sua vida conjugal. Essas cláusulas só não podem afrontar disposição absoluta de lei, assim não podem dispor sobre direito sucessório e sobre alimentos. É a aplicação da autonomia da vontade ao direito das famílias!

A seguir trataremos das hipóteses previstas pelo legislador e elencadas nos incisos do artigo 1.566 do Código Civil.

4.1 FIDELIDADE RECÍPROCA

O seu inciso I traz como dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca. O sistema jurídico brasileiro adotou a monogamia como valor que os cônjuges devem respeitar. Destarte, a imposição legislativa da fidelidade como dever imposto aos cônjuges é uma expressão da adoção da monogamia.

O Estado tem intenção de que as pessoas se mantenham dentro da estrutura familiar, de modo que para isso determina que os cônjuges sejam fiéis um ao outro. O estabelecimento da fidelidade como dever jurídico a ser cumprido pelos cônjuges gera a presunção de legitimidade dos filhos, isto é, com a gravidez – e não só o nascimento da criança – na constância do casamento se presume que o pai seja o marido – ou ex-marido, caso o casamento tenha terminado após a gravidez.

Embora a fidelidade seja prevista como dever, a falta dela não gera o imediato rompimento do casamento. Alguns autores, como Maria Berenice Dias (2013, p 272 – 273), bem como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 304 - 305) inclusive, defendem que a fidelidade não deve ser encarada como um dever jurídico, mas como opção pessoal. Acreditamos, contudo, que embora a fidelidade não possa ser exigida em juízo, a

¹³ “Os efeitos pessoais do matrimônio são os que alcançam os cônjuges individualmente, entrelaçando-os reciprocamente, com um mínimo de conteúdo ético, não suscetível de apreciação pecuniária. Consistem, pois, em direitos recíprocos e necessários para que a relação seja plena, em todos os sentidos.” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 302)

¹⁴ 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.

inserção da mesma no rol dos deveres recíprocos entre os cônjuges é um avanço se analisarmos o Código Civil anterior.

Ademais, entendemos que o inciso I é desdobramento do inciso V do mesmo artigo 1.566, portanto, a fidelidade relaciona-se ao respeito e consideração pelo outro cônjuge e pela família. Por essa razão, entendemos que faz muito mais sentido o dever, ainda mais amplo, de lealdade, previsto no artigo 1.724 do Código Civil, imposto aos companheiros.

4.2 VIDA EM COMUM NO DOMICÍLIO CONJUGAL

O dever de que os cônjuges tenham uma vida em comum no domicílio conjugal não se limita à coabitação e muito menos deve se referir à sujeição de contatos sexuais. O que se quis prestigiar, com o inciso II do artigo 1.566 do Código Civil, se relaciona, em verdade, com a comunhão de vida, de modo a existir uma convivência harmônica e esforços conjuntos.

Não se pode concordar com o que alguns defendem¹⁵, no sentido de que o dever inserto neste inciso II consiste na necessária relação sexual entre os cônjuges. A doutrina apelidou – ao nosso ver, erroneamente – o dever dos cônjuges da vida em comum no domicílio conjugal de dever de coabitação.

Contudo, parece-nos inadmissível que, em pleno século XXI, após a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, se possa defender que as relações sexuais sejam um dever dos cônjuges e seu descumprimento gera a ruína do casamento.

A Constituição de 1988 garantiu a proteção de todas as famílias, isto é, tutelou o direito na pluralidade familiar. Não seria correto, então, que o Código Civil excluísse as famílias em que um ou os dois cônjuges fosse (m) impotente (s) ou estéril (eis). Ademais, um pensamento como este seria um retrocesso ao século anterior, em que se tinha uma visão da família como meio de procriação. Ora, os parâmetros atuais são bem distintos. As famílias modernas, qualquer que seja a sua estrutura, devem se embasar no afeto, no respeito, na solidariedade etc.

Reduzir o escopo familiar à reprodução e instalar como dever jurídico dos cônjuges a manutenção de relações sexuais entre ambos é uma regressão perigosa, afinal pode dar ensejo ao estupro entre os cônjuges, o que é tão combatido pela Constituição que determinou, inclusive, a criação de mecanismos para combater a violência do âmbito familiar (CRFB, artigo 226, §8º). É, inclusive, reduzir a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06)!

¹⁵ “[...] um cônjuge o direito sobre o corpo do outro e vice-versa, daí os correspondentes deveres de ambos, de cederem seu corpo ao normal atendimento dessas relações íntimas, não podendo, portanto, inexistir o exercício sexual, sob pena de restar inatendida essa necessidade fisiológica primária, comprometendo seriamente a estabilidade da família.” (DINIZ, 2008, p. 132).

Recebendo com repúdio a ideia de que a vida em comum no domicílio do casal tem a conotação sexual, também discordamos que seja a mera coabitação, isto é, a vivência dos cônjuges sob o mesmo teto.

Na atualidade, vemos que a necessidade da manutenção material da família faz com que cônjuges procurem empregos em estados distintos ao do local de domicílio do casal, vivendo em uma verdadeira ponte aérea entre o emprego e o lar. Deste modo, é cada vez mais comum que um dos cônjuges permaneça durante a semana em uma cidade ou, até mesmo, em outro estado, e, aos finais de semana, retorne ao convívio familiar. Assim, o cônjuge passaria muito mais tempo fora do domicílio conjugal do que neste. Não faria sentido que o casamento se embasasse em um dever que contrariasse a situação de muitas famílias, diante da necessidade de buscar o sustento familiar.

Portanto, como já mencionamos, entendemos que o inciso II do artigo 1.566 se relaciona à ideia de vida em comum, de modo que esta signifique a comunhão de desejos e expectativas comuns entre os casais, mesmo que os cônjuges morem em casas distintas.

4.3 MÚTUA ASSISTÊNCIA

A mútua assistência é um dever do casamento que se relaciona com os princípios da solidariedade e da igualdade entre os cônjuges, mas também, ao princípio da afetividade. Além disto, a mútua assistência se justifica a partir da ideia de comunhão de vidas. Assim, o artigo 1.566, inciso III não se relaciona apenas à assistência material, mas sobretudo ao afeto e ao respeito.

O dispositivo em questão relaciona-se ao artigo 1.511¹⁶, pois este assevera que o casamento estabelece comunhão plena de vida. O dever da mútua assistência, por conseguinte, se relaciona à consideração e ao respeito, constituindo-se no cerne do casamento.

4.4 O SUSTENTO, GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS

O dever de sustento, guarda e educação dos filhos tem muito mais compatibilidade com a posição de pais do que a de cônjuges. Este dever encontra amparo não só no artigo 1.566, IV do Código Civil, mas também na Constituição Federal em seu artigo 227, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD, artigo 4º).

¹⁶ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

O descumprimento de tal dever pode acarretar a imputação de culpa, sem prejuízo de sanção penal a ser analisada (Código Penal, artigos 244 e 246), como também perda ou suspensão do poder familiar (Código Civil, artigos 1.637 e 1.638).

4.5 RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS

O dever constante no inciso V do artigo 1.566 do Código Civil foi inserido pela Lei n. 9.278/96, a qual regulamentou a União Estável. Este dever de respeito e consideração mútuos é a síntese motivacional dos deveres insertos nos três primeiros incisos do artigo 1.566. A existência de respeito e consideração entre os cônjuges faz com que na vigência do casamento, isto é, na vida em comum, não se excluam a individualidade de cada cônjuge. Deste modo, a observância deste dever exige que cada cônjuge não invada a personalidade do outro, permitindo que cada um se realize individualmente, mesmo com a vida em comum.

Outrossim, os cônjuges devem zelar pela integridade física e moral de ambos. Portanto, obedecendo o dever de respeito e consideração mútuos, um cônjuge não deve caluniar, difamar ou agredir o outro cônjuge¹⁷.

5. DOS DEVERES DAS MULHERES NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À RECIPROCIDADE ENTRE SUAS OBRIGAÇÕES E GARANTIAS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A sociedade do início do século XX era patriarcal e patrimonialista. A mulher devia prestar obediência ao seu pai quando solteira e, ao se casar, submetia-se ao marido. Desta forma, o papel da mulher na sociedade da época era o de subserviência a um homem: ao pai (ou irmão) e ao marido.

A legislação civil de 1916 retratava a sociedade da época, na qual a mulher exercia papel coadjuvante. Assim como a sociedade, o Código Civil privilegiava os homens, o patrimônio e possuía forte influência religiosa, de modo a preservar a sacralidade do casamento. Foi dada tanta autoridade ao homem que foi necessário arrancar da mulher a sua plena capacidade, tornando-a relativamente incapaz com o casamento. Diante disso, para trabalhar, a mulher precisaria pedir autorização ao seu cônjuge.

O casamento era indissolúvel e mesmo o desquite não era capaz de romper a sociedade conjugal. Dessa forma, “[...] o casamento não se dissolvia, nem mesmo com o

¹⁷ Podemos citar como exemplo a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual concretizou o dispositivo constitucional do artigo 226, § 8º, assim como também o dever jurídico do casamento do inciso V do artigo 1.566 do Código Civil.

desquite, que surge em seguida, mas apenas para as hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias, injúria grave e abandono voluntário e injusto do lar por prazo não inferior a dois anos.” (VASSAL, 2013, p.128)

Ademais a família era identificada pelo sobrenome do marido e apenas era considerada como família aquela oriunda do casamento – não se reconhecia a união estável (concubinato), tampouco os filhos havidos fora do casamento (bastardos).

Pode-se afirmar que a evolução das mulheres, as suas conquistas e direitos se confundem com a história da sociedade moderna e as mudanças no âmbito do direito das famílias. O paradigma familiar patriarcal e patrimonial desenvolveu-se para se buscar a igualdade (ao menos legislativa) de gêneros e a valorização do afeto.

Essa evolução, no entanto, não ocorreu repentinamente. Certamente, dogmas tão fortes e enraizados na sociedade foram difíceis de serem superados. Todavia, é possível identificar alguns marcos legislativos dos avanços conquistados pelas mulheres no âmbito familiar e social.

A primeira referência legislativa a esta evolução é o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62). Embora o Código Civil de 1916 ainda contivesse previsão de direitos e deveres diferenciados dos cônjuges no casamento, a Lei 4.121/62 elevou a mulher à categoria de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal. Isso significou o reconhecimento da plena capacidade da mulher casada, inclusive porque não mais dependia da autorização de seu marido para exercer atividade fora do seu âmbito doméstico. Além disso, caso ambos os cônjuges fossem culpados pelo fim do casamento, a guarda dos filhos caberia à mãe.

Maria Berenice Dias (2013, p. 104) ainda destaca os bens reservados, os quais não respondiam pelas dívidas do marido:

Foi instituído o que se chamou de bens reservados, assim denominado o patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.

Outro avanço legislativo de destaque no âmbito da evolução do papel da mulher foi a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77). A possibilidade de dissolução do casamento sempre foi alvo de resistência por parte da Igreja. Malgrado a pressão da Igreja para impedir o instituto, o divórcio era permitido após cinco anos de separação de fato ou três anos da separação

judicial. Encontrava, além da limitação temporal, a restrição de que era permitido divorciar-se uma única vez.¹⁸

Mais ainda, a adoção do nome do cônjuge passou a ser opcional e, no silêncio dos nubentes, o regime legal de bens adotado passou a ser o regime da comunhão parcial de bens. Diante de tantos avanços, coube à mulher dever: o marido também seria legítimo para pleitear alimentos.

Foi a Constituição Federal de 1988 que ampliou o conceito de família e consolidou a igualdade entre os cônjuges, independente do gênero. Inaugurou-se o reconhecimento da pluralidade dos modelos familiares, bem como da igualdade entre os filhos oriundos do casamento ou de relacionamentos extra/não conjugais.

A igualdade entre pessoas é prevista no preâmbulo e no corpo constitucional se esclarece que deve ser considerada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, independente de origem, raça, *sexo*, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CRFB, artigo 3º, IV).

A igualdade e a reciprocidade entre direitos e obrigações entre homens e mulheres é previsto no artigo 5º, inciso I da Constituição. A Carta de 1988 possui um capítulo¹⁹ próprio, ainda, para tratar da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Quanto ao papel exercido pelos cônjuges, o artigo 226 traz em seu parágrafo 5º reforço da ideia de que os direitos e deveres são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher no âmbito conjugal. Além disso, a criação da Lei Maria da Penha é fruto do artigo 226, § 8º, o qual prevê que “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”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) tem como o escopo proteger o melhor interesse do menor, de modo que não podem ser objeto de disputa entre os pais. A guarda e a visitação não devem ter relação com a culpa pelo fim da relacionamento afetivo, mas com os melhores benefícios para os filhos.

Na evolução legislativa, destaca-se, ainda, a lei que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560/92). Assim, consolida-se a

¹⁸ “Surge o direito de ser ou de estar casado e de assim permanecer, se for esse o desejo do indivíduo. Ninguém mais é obrigado a permanecer casado, se assim não desejar. A família, pois, ganha maior liberdade e oxigenação. O indivíduo deixa de estar unido por forças jurídicas ou legais e passa a fazê-lo em razão de sua vontade. Ninguém é mais obrigado a permanecer casado. O divórcio não significa o fim da família, mas sim a sua reestruturação e sua reconstrução.” (VASSAL, 2013, p.129)

¹⁹ Trata-se do Capítulo VII do Título VIII (Da Ordem Social) e abrange os artigos 226 a 230 da Constituição Federal.

previsão constitucional de igualdade entre os filhos, razão pela qual não há mais que diferenciá-los denominando-os de bastardos, adulterinos ou ilegítimos.

Diante de tantas mudanças de paradigmas da sociedade e com o advento da Constituição Cidadã, o Código Civil de 1916 se mostrava obsoleto.

O Código Civil de 2002, ainda que produzido em meados do século XX - inclusive com aprovação na Câmara dos Deputados em 1983 – trouxe inovações importantíssimas para o âmbito do direito das famílias. Não há mais um rol distinto entre os deveres do homem e os deveres da mulher no casamento e na união estável. Diante da igualdade entre os gêneros, fala-se em deveres recíprocos entre os cônjuges e os companheiros. Os cônjuges e companheiros podem pedir uns aos outros alimentos, não se fazendo qualquer diferenciação entre o marido/ companheiro e a esposa/ companheira.

A Emenda Constitucional nº 66 eliminou o instituto da separação de fato e possibilitou o divórcio direto, não cabendo mais se falar no instituto da culpa nem mesmo na fixação de alimentos após a dissolução do casamento e da união estável, em razão dela. Ressalte-se que, com a Lei 11.441/07, abriu-se as portas para o divórcio consensual extrajudicial, quando não há filhos menores da relação.

Podemos concluir diante de toda essa evolução legislativa que os avanços foram bastante significativos, mas ao mesmo tempo ainda há muito que progredir no campo do direito das famílias. A evolução das famílias é a evolução da sociedade, portanto, não pode ser interrompida. Ainda que os avanços sejam maiores no âmbito legal do que no cultural, não se pode olvidar que se trata de um dos objetivos das normas jurídicas e judiciais coagir as pessoas a agirem de determinada forma estabelecida.

É necessária atenção, no entanto, para que o radicalismo não nos cegue. Não nos parece correto incorremos no mesmo erro do passado de enaltecer um gênero em detrimento do outro. No campo afetivo, as pessoas devem estar em iguais condições. O Estado não deve ter a pretensão de regular todas as condutas e, da mesma forma, a norma (abstrata e concreta) não deve fazer interpretações preconceituosas.

6. CONCLUSÃO

A legislação que precedeu 1988 fazia referência às famílias cujas características ainda eram da primeira metade do século XX. Deste modo, a família, segundo o Código Civil de 1916, era aquela cuja origem se dava com o casamento (família matrimonializada). Ademais, havia uma hierarquia dentro da família, de modo que o homem, nas figuras do pai e do marido, exercia um papel proeminente neste contexto familiar (família hierarquizada e

patriarcal). Em razão da importância que se dava às questões patrimoniais, por conseguinte, também, às sucessórias, havia uma distinção entre os filhos havidos na constância do casamento e em relações extramatrimoniais. Assim, os fatores biológicos era muito mais preponderantes do que os afetivos (família biológica).

No presente estudo, trabalhamos acerca, principalmente, do caráter patriarcal do Código de Civil de 1916, segundo o qual a mulher desempenhava uma posição de subserviência perante os homens. Incontestável exemplo é a apresentação dos direitos e deveres dos maridos e das mulheres em elencos distintos e, o pior, às mulheres foram elencados mais que o dobro de deveres dirigidos aos homens.

O Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio vieram para balançar esses arcaicos dogmas. Contudo, foi a Constituição Federal de 1988 a responsável pela iluminação de todo o sistema jurídico brasileiro, de modo a instaurar princípios e normas na tentativa de oferecer igualdade de direitos e deveres entre as pessoas e, no campo do direito das famílias, igualdade entre os cônjuges e entre os filhos.

As regras da legislação infraconstitucional que não se adequavam às novas concepções, principalmente às ideias de igualdade e solidariedade, acabaram por letra morta. O Código Civil, embora ainda não perfeitamente, acabou por incorporar os novos valores e garantias emanados da Constituição Federal.

Não mais cabendo se falar em direitos e deveres distintos, o atual Código Civil elencou, em um único rol, os deveres a serem respeitados por ambos os cônjuges na vigência do casamento. Além disso, os atuais deveres do casamento tem relação com afeto, respeito e consideração, deixando de lado o viés patrimonial outrora tão exaltado.

Em contraposição ao artigo 233 do antigo Código, segundo o qual o homem era o chefe da sociedade conjugal, temos a nova acepção de comunhão conjugal, em que ambos os cônjuges são iguais em direitos e deveres (CRFB, artigo 226, § 5º c/c CCB, artigo 1.567). Deste modo, a família não tem mais um chefe, mas os dois cônjuges devem agir de forma a colaborar para a manutenção do casamento e visando sempre o mais interessante para os filhos.

Deste modo, podendo a mulher tomar as decisões em conjunto com o marido, surge o dever, também distribuído entre ambos: o sustento da família e a educação dos filhos (CCB, art. 1.568).

Assim, a nova perspectiva instaurada com o advento da Constituição Federal de 1988 e consolidada com o Código Civil de 2002, concedeu à mulher autonomia, o que gerou uma

série de possibilidades antes negadas a ela. A mulher não é mais vista como um membro, uma extensão do marido, mas sim, como ser independente que deve ser vista individualmente.

Em suma, as vitórias nos campos social e profissional das mulheres, fizeram com que elas perdessem algumas de suas prerrogativas. Contudo, como em tudo na vida, cada escolha exige outras renúncias, de modo que quanto maior a emancipação e a liberdade adquiridas, maiores serão também as responsabilidades impostas. Trata-se de reciprocidade entre direitos e deveres no âmbito do direito das famílias para ambos os gêneros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADLER, Laure. *Segredos de alcova (história do casal) 1850-1930*. Portugal: Terramar, 1983.

ALBANO, Celina; MONTERO, Paula. Anatomia da Violência. In: LUZ, Madel T. (Org.). *O lugar da mulher*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visitas dos avós)*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. vol. 5. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro Santos. Função Social da Família. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo, Atlas, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. vol. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Tradução Saulo Krieger.- São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microssistemas e a Constituição Federal. *Revista da Faculdade Autônoma de Direito*, v. 1, p. 245-278, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PUGA, Vera Lúcia et al. Direitos dos homens e deveres das mulheres. *Caderno Espaço Feminino*, v. 22, n. 2, 2010.

SAFFIOTI, Heleieth. I. B.; ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de gênero – poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

VASSAL, Mylène Glória Pinto. Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no Direito, In: _____. *CURSO FAMÍLIA DO SÉCULO XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*, 2012, Rio de Janeiro. *Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 12).