

A MULHER E O DIREITO DE FAMÍLIA *

DES. PAULO DOURADO DE GUSMÃO

A mulher, que outrora estava sob o regime de submissão — primeiro ao pai, e depois ao marido — e que, até bem pouco tempo, quando casada, perdia sua capacidade jurídica plena, tornando-se relativamente incapaz, foi objeto de proteção jurídica especial.

Na Antiguidade permanecia na dependência absoluta do chefe da família, que dela dispunha como se coisa fosse. Encontrava-se, sempre, sob a tutela do homem. Nada possuía e de nada podia dispor. O homem, e não a mulher, era o objeto da proteção do direito.

O cristianismo a engrandeceu, apesar de a literatura clássica não a ter ignorado, ora levando-a a desafiar até o rei, como é o caso de *Medéia*, de EURÍPEDES, ou tentando abrir-lhe os olhos ou substituí-lo, em face do seu fracasso na direção da Cidade-Estado, tendo como arma a “greve sexual”, ironizada em duas comédias de ARISTÓFANES.

Mas, de nada serviram os movimentos literários ou religiosos, pois o Código de Napoleão, isto é, o Código Civil francês, apesar de ser fruto da Revolução Francesa, sofrendo a influência do direito romano, manteve, paradoxalmente, a submissão e a incapacidade da mulher.

Ficou ela muito tempo, se menor, na dependência do pai, de cujo consenso dependia para casar, consentimento indispensável, se não de direito, mas de fato, mesmo no caso de ela ser maior; pois o respeito ao pai, na família patriarcal, não se enfraquecia com a maioria da menina-moça. Não tinha ela capacidade para administrar os seus próprios bens e, muito menos, para deles dispor.

Casada, ficava sob a autoridade do marido, que era o chefe despótico da família. A tirania era tal, que um escritor moderno,

* Conferência proferida na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, em 4 de março de 1986.

sem escrever a sério, não cansava de afirmar gostar a mulher de apanhar.

O direito discriminou-a desde a Antiguidade, também no que concerne ao adultério: o homem tinha salvo-conduto, enquanto a mulher era castigada. A fidelidade era dela mais exigida, que ainda sofria os riscos da gravidez, pois não havia pílula.

Afastada da administração do patrimônio familiar, era desconhecida pelo direito eleitoral, não tendo direitos políticos, não sendo eleitor nem sendo elegível, por ser considerada, intelectualmente, inferior ao homem.

É no século XIX, com a Revolução Industrial, que a mulher começa a se afirmar e a conquistar um "lugar ao sol". Porém, não pelo seu valor, pelas suas reais qualidades e pela sua igualdade ao homem, mas por interesse econômico, eis que seu salário era sempre inferior ao do homem.

Continuava, ainda assim, em situação de inferioridade em relação ao homem: na família, relativamente incapaz; no trabalho, marginalizada. Sendo assim, natural que a luta pela sua liberação se iniciasse no terreno político, pois dependiam de lei a sua liberdade e a sua emancipação política. Reivindicou, primeiro, o direito de voto, e não a sua independência do marido, mesmo porque, àquela época, o mercado de trabalho não a podia absorver, necessitando, assim, da segurança que lhe proporcionava o pai ou o marido.

Como registramos no *Dicionário de Direito de Família*, no verbete "Liberação da Mulher", à força, e por necessidade, foi despertado o legislador de seu "sonho patriarcal", estabelecendo gradativamente a igualdade entre os sexos, dando à mulher iguais oportunidades, desfazendo a falsa idéia de sua inferioridade.

Entre nós, deve ela ao eminente Senador NELSON CARNEIRO as iniciativas legislativas para melhorar, pela lei, a sua situação jurídica. À guisa de exemplo, a incapacidade relativa da mulher casada, prevista no Código Civil, foi abolida, bem como a faculdade de o marido estabelecer o domicílio conjugal, que é hoje fixado levando em conta não os interesses de cada cônjuge, mas os da família. Havendo litígio, compete ao juiz indicá-lo. Iniciando-se em 1962, e culminando em 1977, a igualdade entre os cônjuges foi estabelecida. Passou a imperar a regra da reciprocidade no terreno dos atos de extraordinária administração, isto é, dos de alienação de bens ou dos que comprometem o patrimônio do casal. Não mais está obrigada a usar o nome do marido, concedendo-lhe, a Lei do Divórcio, a faculdade de adotá-lo. Faculdade digna de aplausos porque, emancipada a mulher, passando a concorrer com o homem no mercado de trabalho, muitas vezes pelo nome de solteira é

conhecida, quando, por exemplo, se projeta na arte, na literatura, na advocacia, etc.

Nesse caso, prejudicial seria, não só do ponto de vista cultural, como, também, profissional e patrimonial, alterar o nome de solteira.

A conquista da igualdade com o homem tem, como colorário, não mais necessitar a mulher de proteção jurídica especial. Isto porque a mulher moderna participa de todos os eventos sócio-culturais-políticos. É encontrada, hoje, até nas Forças Armadas. É, em alguns casos, mais eficiente do que o homem, como, por exemplo, têm noticiado os jornais a atuação das PMs no controle do tráfego urbano. Pretender dar a ela maior proteção é, inconscientemente, forma de ainda reconhecer a sua inferioridade, que todos repelem, principalmente ela, que não deseja privilégios em relação ao homem, mas só reconhecimento de direitos iguais aos dele.

Mas, a partir de 1945, ocorreu a modificação galopante dos valores morais, dos hábitos, enfim, da sociedade. Por isso há mulheres e mulheres.

Há as que se encontram hoje na segunda idade, que atingiram a maioridade em plena guerra de 39, tendo sua formação cultural marcada pelos princípios, valores e padrões da sociedade pré-guerra. E há suas descendentes, para as quais a Universidade ou a profissão técnica foram facilitadas, e que lançaram, na lixeira da história, não só os costumes, como os padrões tradicionais. São as mulheres modernas. Inegavelmente, seja o psicólogo, sociólogo ou o juiz, não as pode desconhecer, notando suas diferenças, o modo de pensar, de julgar, de decidir, de conviver com o mundo e de sobreviver. Não podem ser as duas consideradas iguais, apesar de teoricamente estarem libertadas dos freios culturais e legais que as continham anteriormente a 1945. Não pode o juiz tratá-las igualmente, pois seria injusto dar à mulher que se preparou para a administração do lar o mesmo tratamento dispensado àquela que tem título universitário, a que é funcionária pública, a que é do comércio, etc. A primeira deve ser juridicamente tratada com os critérios e valores da sociedade patriarcal. Merece maior proteção, enquanto no que diz respeito à outra, o exame deve ser feito caso a caso, havendo a possibilidade — como já ocorreu — de a mulher, por ter melhorado patrimonialmente, após o desquite, estar obrigada a dar alimentos ao ex-marido... A distinção que acabamos de fazer entre as mulheres só é válida no que concerne a alimentos e no que diz respeito à dissolução de sociedade de fato entre concubinos.

No tocante a alimentos, é lícito distinguir as da classe operária (urbana ou rural) das mulheres das classes média e alta. Na

classe operária, não é lícito fazer distinção entre tipos de mulher, pois nessa camada social todos os membros da família, inclusive filhos menores, concorrem para o orçamento familiar. Assim, o juiz, nesse caso, deve aplicar os critérios legais e jurisprudenciais, sem se esquecer de que a família pobre, unida, pode, com sacrifícios, vencer as dificuldades, sendo muito difícil dividir a miséria para socorrer a um ou a outro cônjuge. A conciliação do casal, nesse caso, é fundamental, objetivo nem sempre tentado, dado o volume assustador de ações com benefício de gratuidade de Justiça e de não haver número proporcional de Varas de Família, impedindo que os juízes possam dar a cada caso a demorada atenção que merecem.

A mulher da classe operária, no caso de concubinato desfeito, tem a seu favor, como decidimos, e está em nosso *Dicionário*, a presunção de concorrer para a formação do patrimônio comum.

Em se tratando de alimentos para a mulher das classes média e alta, sem profissão, o juiz deve considerar o padrão mantido pelo casal, porque o desquite ou o divórcio não devem ser motivo de rebaixamento social. E, no caso de ela exercer profissão, desde que os ganhos do marido possam suportar, tem ela direito a alimentos, na medida em que lhe faltar meios para manter o padrão de quando casada.

Mas, não nos esqueçamos, se for ela que tiver maiores ganhos e se tiver contribuído com maiores recursos para o orçamento familiar, pode, dela, o marido, mesmo que tenha profissão, exigir alimentos, no caso de doença ou invalidez. Nesse terreno, deve predominar o princípio de a separação não dever ser a causa de rebaixamento social. Se impossível ao devedor manter o padrão de vida do outro, o princípio de igualdade deve prevalecer, com rebaixamento recíproco.

Essas idéias resultam do papel da mulher na sociedade moderna, da sua liberação e do fato de o mercado de trabalho estar a ela aberto.

Mas, nessa hipótese, não é lícito generalizar, principalmente em face da grave crise que atravessamos, pois ainda há meninas-moças e jovens mulheres que cultivam os velhos valores.

E, talvez, não esteja quem vos fala, errado; pois a maioria das mulheres, para não dizer a totalidade, em certos momentos da vida, no mundo cão em que vivemos, sente falta, principalmente

quando desquitadas e na posse e guarda dos filhos menores, do ex-marido ou companheiro para dar-lhes força na educação dos filhos.

Mas, apesar de todas essas conquistas, pensamos que a jurisprudência e a legislação, no afã de liberar completamente a mulher, acabaram dando-lhe proteção jurídica especial, incompatível com o princípio jurídico da igualdade entre os sexos.