

CASAMENTO, GÊNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL. UM OLHAR RETROSPECTIVO¹

Camila de Jesus Mello Gonçalves²

Resumo: O artigo propõe uma análise dos efeitos legais do casamento, para o marido e para a esposa, na perspectiva de gênero. A intenção é discutir a relação entre direito de família e gênero, sob o enfoque do casamento no Código Civil brasileiro de 1916. Por opção metodológica, a pesquisa limitou-se à legislação e à doutrina nacionais. Objetivou-se apontar como o sexo foi tratado pela dogmática, a partir de pesquisa sobre como os juristas do século passado justificaram estatutos diversos para homens e mulheres, na sociedade conjugal. Pretendeu-se relacionar as lições dos civilistas com as proposições que compõem o núcleo essencial da definição clássica de gênero, de Joan Scott, para dar visibilidade ao papel do direito na formação das expectativas de comportamento feminino e masculino. Seguindo-se para o sistema atual, de igualdade, almejou-se apontar os limites da mudança legislativa para a quebra de paradigmas nas relações entre os sexos e para a alteração da hierarquia de gênero, identificada como uma das causas da violência contra a mulher.

Palavras-Chave: casamento-gênero-igualdade-violência contra a mulher

¹ Artigo publicado, com alterações, na coletânea digital Leituras de Direito: Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

<http://www.tjrn.jus.br/fonavid/publicacoes.html>, em 09/11/2017

² Juíza da Vara Norte de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, São Paulo, Brasil. Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Doutora em Direitos Humanos pela USP. Mestre em Filosofia do Direito pela USP.

Sumário: Introdução. 1. Terminologia e Compreensão do Conceito de Gênero. 2. A Importância do Sexo na Qualificação Jurídica da Pessoa. O Estado Individual. 3. Efeitos do Casamento com Base no Sexo, no Código Civil Brasileiro de 1916. 4. Casamento e Gênero. 5. Direito e Gênero: os limites da mudança legislativa.

INTRODUÇÃO



gênero não é uma categoria analítica própria da dogmática jurídica. Não obstante, tem sido objeto de reflexão, principalmente por profissionais do direito interessados na Lei Maria da Penha, Lei brasileira nº 11.340/2006, criada para coibir e prevenir a violência contra a mulher. Tal resulta da utilização, pelo legislador, do gênero como um dos elementos identificadores da situação de violência que atrai a incidência da lei especial. Na dicção do art. 5º, *caput*,³ a forma típica de violência configura-se por qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher. Ao mesmo tempo, referido artigo especifica os ambientes em que se aplica a Lei Maria da Penha. De acordo com os incisos do mesmo art. 5º, caracteriza violência doméstica e familiar contra a mulher a conduta ilícita, baseada no gênero, praticada: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm, último acesso em 20/09/2017

íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. O parágrafo único ressalva que a proteção legal independe da orientação sexual da vítima.

A limitação da violência ao espaço da família e às relações afetivas foi uma opção consciente do legislador, não obstante a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher seja mais ampla e sancione também a violência praticada no espaço público. De acordo com o item 15,⁴ da exposição de motivos da lei brasileira:

“É importante ressaltar que a Convenção de Belém do Pará possui objeto mais amplo, considerando a violência ocorrida no âmbito público e privado. Para os fins desta proposta, e de forma a conferir-lhe maior especificidade, somente foi considerada a violência ocorrida no âmbito privado. Cabe especial atenção a um conceito basilar previsto na proposta: a relação de gênero. A violência intra-familiar expressa dinâmicas de poder e afeto, nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação”.

A limitação da aplicação da Lei Maria da Penha ao ambiente doméstico e familiar baseou-se no reconhecimento da família como espaço propício à construção de relações hierarquizadas entre o homem e a mulher, em que a violência contra a mulher é interpretada como manifestação do controle masculino.

O objetivo, nestas linhas, é investigar o tratamento dado à relação entre os sexos na regulação do casamento, pelo direito de família, na primeira legislação republicana, o Código Civil Brasileiro de 1916, com vistas a clarear se e como o direito de família contribuiu para delinear contornos de gênero. Por opção metodológica, a pesquisa será bibliográfica, na intenção de identificar o papel da doutrina jurídica na coloração do ideário de homem e de mulher na família.

Para tanto, iniciar-se-á por uma breve exposição do

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm, último acesso em 20/09/2017

conceito de gênero desenvolvido pela literatura especializada. Em seguida, serão analisados os argumentos desenvolvidos por juristas em torno dos direitos e deveres da mulher e do homem, no casamento. Pretende-se analisar os comentários da doutrina sobre as posições do marido e da esposa, no século passado, com vistas a trazer os valores e as crenças da sociedade da época. Sendo o direito um produto da cultura, tornar visível a relação entre a norma jurídica e as representações de gênero poderá contribuir para a percepção da historicidade e, conseqüentemente, da mutabilidade das expectativas de comportamento dirigidas a homens e mulheres que hoje, não raras vezes, são fonte de violência contra a mulher.

1. TERMINOLOGIA E COMPREENSÃO DO CONCEITO DE GÊNERO

Sexo, gênero, orientação sexual e sexualidade não serão entendidos como sinônimos, de acordo com as definições da literatura especializada.

Numa abordagem sociológica, a sexualidade é uma esfera específica do comportamento humano, que compreende atos, relacionamentos e significados (Bozon, 2004, p. 14). Está presente desde antes da maternidade, quando se supõe que o casal experimentou prazer na relação sexual para fecundar o embrião e, inclusive, em momentos reflexivos e de isolamento do sujeito (Silva, 2007, p. 18). Com a tendência à formação de famílias pequenas, o instinto reprodutivo cedeu espaço ao papel do sexo como uma expressão de amor e de confirmação do vínculo humano, de importância crescente na determinação de nosso bem-estar físico e social (Cook; Dickens; Fathalla, 2004, p. 14). Assim, o significado de sexualidade compreende não apenas o processo fisiológico, mas também as dimensões psicológica e social do ser humano, intimamente relacionadas ao desenvolvimento emocional e à capacidade do indivíduo em

estabelecer vínculos afetivos satisfatórios (Abdo; Fleury; Abdo, 2004, p. 175).

Sexualidade não se confunde com orientação sexual. Na definição trazida no documento internacional Princípios de Yogyakarta, orientação sexual corresponde a “uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”.⁵ Refere-se ao que identificamos com orientação homo, hetero ou bissexual, dependendo de a atração dirigir-se à pessoa do mesmo sexo, do sexo oposto ou de ambos os sexos. Tanto quanto a sexualidade, a orientação sexual insere-se na esfera privada e íntima da pessoa, preservada e protegida contra a regulação estatal.

As definições de sexo e gênero igualmente se afiguram relevantes. O verbete que traz a perspectiva feminista, da enciclopédia de filosofia de Stanford,⁶ auxilia na compreensão. Por sexo, entende-se o conjunto de características biológicas: cromossômicas, anatômicas, hormonais e outras do corpo físico, que resultam na classificação macho e fêmea. Gênero, por sua vez, relaciona-se à ideia socialmente compartilhada sobre ser homem e mulher, baseada no papel social, posição, comportamento e identidade de cada um.

É verdade que a distinção entre sexo e gênero é problemática, na medida em que todo o empreendimento científico somente existe enquanto resultado da ação humana e produto da cultura, o que se aplica tanto à classificação por sexo quanto à identificação por gênero (Beleza, 2010, p. 65). Ainda assim, este trabalho incorporará o significado de gênero distinto de sexo, desenvolvido pela teoria feminista, de artifício inferiorizante da mulher, socialmente criado, com vistas a investigar a

⁵ http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf, p. 4, nota 1, último acesso em 15/04/2016.

⁶ <http://plato.stanford.edu/entries/feminism-gender/> último acesso em 05/01/2017.

participação da doutrina de direito de família na consolidação do ideal de mulher explicitado pela categoria analítica do gênero.

De acordo o verbete da Enciclopédia de Stanford, foi Stoller quem, em 1968, ao escrever sobre a transexualidade, primeiro utilizou o termo gênero para se referir à masculinidade ou feminilidade da pessoa, em contraste com o sexo biológico. Antes dele, o uso da palavra gênero limitava-se à classificação de substantivos como masculinos ou femininos. Posteriormente, a distinção entre sexo e gênero foi aprofundada, principalmente por pesquisadoras e ativistas interessadas em demonstrar que a situação de subordinação da mulher não resultava da biologia dos corpos, mas de algo social, mutável e alterável por reformas sociais e políticas, ao contrário do que ocorre com as leis da natureza.

A teoria feminista não desenvolve a categoria gênero de modo unificado. Escritos de Carol Gilligan, Linda Nicholson, Catharine MacKinnon e Judith Butler, para citar alguns, são importantes referências para um estudo aprofundado. Para o que se pretende nestas linhas, voltadas a investigar o sentido de gênero incorporado no sistema jurídico e sua relação com o direito de família, bastam as ideias clássicas de Joan Scott, extraídas do artigo “Gênero: uma categoria útil para análise histórica”.⁷

Entre diversas escolas, Scott refere àquela que utiliza a categoria gênero para designar relações sociais entre os sexos. Em suas palavras, nessa acepção, gênero “é uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexual” (Scott, 1989, p. 7). Acrescenta que tal compreensão não

⁷ Disponível em:

<http://www.observem.com/upload/935db796164ce35091c80e10df659a66.pdf>, último acesso em 15/04/2016.

basta, pois não explica a associação persistente da masculinidade com o poder. Daí, o núcleo essencial da definição de gênero basear-se em duas proposições igualmente relevantes: gênero “como um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos” e gênero como “uma forma primeira de significar as relações de poder” (Scott, 1989, p. 21). Segundo afirma, o gênero é construído pelo parentesco, mas não só, sendo reforçado no mercado de trabalho, na educação e no sistema político (Scott, 1989, p. 22), continuamente reproduzido nas relações entre homens e mulheres na sociedade contemporânea. Constitui uma dimensão decisiva da organização social e estabelece igualdades e desigualdades associadas ao feminino e ao masculino independentemente da diferença biológica entre homens e mulheres, como no exemplo do conceito de classe do século XIX. Segundo Scott (1989, p. 26), os burgueses franceses descreviam os operários em termos femininos, como subordinados, fracos e explorados, enquanto os socialistas respondiam, insistindo na posição masculina da classe operária, como forte produtora e protetora das mulheres e das crianças. Seu exemplo ilustra os diversos usos possíveis dos atributos socialmente associados ao feminino e ao masculino, independentemente dos corpos físicos de homens e mulheres.

Compreende-se gênero, de acordo com essas lições, como a superestrutura social e cultural associada ao corpo sexuado, que influi nas subjetividades masculina e feminina, prescreve comportamentos e se reproduz nos espaços de inter-relação: do tom de voz e iniciativa da fala ao comportamento sexual, passando pelas vestimentas e modo de caminhar, entre outros. Atua como elemento metajurídico, operante em todas as dimensões relacionais em que nos reconhecemos e nos fazemos reconhecer como homens e mulheres. Mas não só isso. A perspectiva de gênero inclui também uma dimensão hierárquica que associa o masculino à força e ao comando e o feminino à

fragilidade e à obediência, resultante e reproduzida pelas codificações que estipulam o significado de ser homem e de ser mulher.

Tais percepções foram assimiladas por profissionais do direito que escreveram sobre a Lei Maria da Penha no Brasil. Para Maria Berenice Dias: "A distinção entre sexo e gênero é significativa. Enquanto sexo está ligado à condição biológica do homem e da mulher, gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural e que levam à aquisição da masculinidade e da feminilidade" (A Lei Maria da Penha na Justiça. 3ª ed., RT, 2012, p. 44). Anota Alice Bianchini, com amparo em Maria Amélia Teles e Mônica de Melo, que a violência de gênero representa uma relação de poder, de dominação pelo homem e de submissão da mulher, consolidada ao longo da história e reforçada pelo patriarcado (Lei Maria da Penha. 2ª ed, Saraiva, 2014, p. 32). No mesmo sentido, Valéria Diez Scarance Fernandes afirma: "O conceito de gênero existe em razão das desigualdades históricas, econômicas e sociais entre homens e mulheres e do modo como eles se relacionam, naturalizando um padrão desigual, que importa em submissão da mulher ao homem" (Lei Maria da Penha. O processo penal no caminho da efetividade. Atlas, 2015, p. 50).

Cumprido, então, analisar o instituto do casamento no Brasil, do ponto de vista prescritivo de comportamentos e hierarquizante das relações entre homens e mulheres, não sem antes contextualizar a distinção entre sexo e gênero no direito civil nacional.

2. A IMPORTÂNCIA DO SEXO NA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA PESSOA. O ESTADO INDIVIDUAL

O sistema jurídico brasileiro tradicionalmente trabalha com a categoria sexo. Desde a fórmula constitucional que veda a discriminação em razão de sexo, até o Código Civil, múlti-

plos são os exemplos de referência ao homem e à mulher, distinguidos a partir de suas características biofísicas.

Na dogmática civilista, o sexo do indivíduo integra o estado individual, sendo relevante identificar, além da idade e da saúde, se a pessoa é homem ou mulher. O art. 2º do Código de Bevilacqua estabelecia que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Carvalho dos Santos (1953, p. 230), no comentário ao referido artigo, afirma que a expressão todo homem deve ser compreendida de modo a abranger também as mulheres, marcando a diferença entre os sexos. Josserand, ao comentar o Código Civil Francês, depois de definir o estado como a posição da pessoa nos grandes grupos sociais aos quais pertence: o Estado e a Família, ressalta a importância do sexo, além da idade e da filiação, nessa verificação (1950, p. 224). San Tiago Dantas, no mesmo sentido, afirma que ser homem é uma qualidade jurídica, que confere posições permanentes, influentes nas relações jurídicas em que tomam parte (1991, p. 89).

O Código Civil vigente substituiu a palavra homem por pessoa, a quem o sistema reconhece direitos e deveres (art. 1º). A doutrina atual, ao tratar do estado individual, repete as lições tradicionais quanto à relevância do sexo. Para Orlando Gomes, o estado “é uma *qualidade jurídica* decorrente da inserção de um sujeito numa categoria social, da qual derivam para este, direitos e deveres” (2008, p. 150). Em seguida, acrescenta que o estado individual, como condição física do indivíduo que interfere em seu poder de agir, é influenciado pela idade, pelo sexo e pela saúde (Orlando Gomes, 2008, p. 152).

Fica claro que a ideia de sexo, como atributo natural, qualifica juridicamente a pessoa. No início da personalidade civil, pelo nascimento com vida, adquire-se um sexo, identificado anatomicamente, que influirá no exercício de direitos e na fixação de deveres. Do sexo, resulta a incidência de um estatuto jurídico próprio, variável no tempo, dirigido a homens e mu-

lheres com base nas diferenças biológicas dos corpos, como a idade para a aposentadoria ou o tempo de contribuição previdenciária, por exemplo.

A distinção entre o sexo e o gênero não aparece nos autores clássicos, o que é facilmente compreendido pela recente consolidação teórica do segundo. Isso não quer dizer, no entanto, que o direito tenha sido indiferente às relações de gênero que permeiam a sociedade, ainda que sem referência expressa. Sendo o sexo um atributo relevante para a qualificação jurídica da pessoa e admitido o gênero como uma classificação que normatiza comportamentos em associação ao corpo sexuado, é razoável supor a aproximação e até mesmo a confusão entre tais categorias. De fato, ao aludir a sexo como elemento designativo de determinado estatuto, a doutrina acaba admitindo a distinção entre as consequências jurídicas dirigidas à pessoa, a depender do fato de ser homem ou mulher. A intensa coercibilidade do direito, expressando o poder punitivo estatal, confere à distinção jurídica entre direitos e obrigações de homens e mulheres nota especialmente relevante para a formação e a manutenção das expectativas de gênero. Nesse quadro, distinguir posições jurídicas com base no sexo implica influenciar na construção dos códigos de gênero, ainda que implicitamente, revestindo da autoridade do Estado e tornando exigíveis comportamentos socialmente desejados, supostamente masculinos e femininos. Além disso, o tratamento jurídico diferenciado, baseado no sexo, contribui para obscurecer o aspecto cultural e naturalizar as funções na família, reforçando a crença de que certos papéis sociais, como o de cuidadora do lar, por exemplo, resultam da condição de ter nascido com características biofísicas de mulher e não de uma norma artificial, produto da cultura. Esses os principais pontos a serem observados no tratamento dos efeitos do casamento, pela dogmática tradicional.

3. EFEITOS DO CASAMENTO COM BASE NO SEXO NO

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

O direito de família português, que vigorou no Brasil até a proclamação da República, foi influenciado por várias fontes. Do Direito Romano herdou a forma patriarcal de família, do Direito Canônico, a regulação do casamento e do Direito Bárbaro incorporou a disciplina do regime legal de bens (San Tiago Dantas, 1991, p. 65).

Antes do Código Civil de 1916, vigiam no Brasil as Ordenações do século XVII, em matéria de Direito de Família. Nas Ordenações, o poder do marido sobre a mulher, denominado marital, era bastante intenso e incluía o direito de correção física. A mulher era sempre tratada como pessoa sob o poder do marido, frase essa que se repetia muitas vezes na lei (San Tiago Dantas, 1991, p. 70). Em 1827, o Decreto brasileiro 3 aprovou a Constituição do Arcebispado da Bahia, que regulou as relações entre o direito do Estado e o direito da Igreja, durante a monarquia, reconhecendo a jurisdição eclesiástica para tudo que dissesse respeito à celebração e dissolução do casamento (San Tiago Dantas, 1991, p. 73). Na República Brasileira, o Decreto 181, de 1890, revogou o Decreto anterior e o casamento passou a ser inteiramente disciplinado pela jurisdição civil. Esse o panorama em que elaborado o Código Civil, o qual, na avaliação de San Tiago Dantas (1991, p. 75), foi conservador e manteve o que se estratificara na consciência jurídica popular ao longo do tempo, em matéria de família.

O Conselheiro Lafayette escreveu *Direitos de Família* na vigência das Ordenações. Trata-se de obra jurídica de referência no Brasil, citada por Bevilacqua e Pontes de Miranda ao se debruçarem sobre o Código Civil que as substituiu. Depois de tratar dos direitos e deveres comuns a ambos os cônjuges, Lafayette discorre sobre o poder marital. Justifica-o pela necessidade de evitar conflitos diários e perturbações provocados pelo desacordo sobre a forma de direção da família e adminis-

tração dos bens, sendo atribuído exclusivamente ao marido, “como o mais apto pelos predicados de seu sexo para exercê-lo” (1956, p. 125). O primeiro direito do homem, na especificação do poder marital, era o de exigir a obediência da mulher, “obrigada a moldar suas ações pela vontade dele em tudo que for honesto e justo” (1956, p. 126), seguido dos direitos de escolher o domicílio, de representar e defender a mulher e de administrar os bens do casal. Os direitos da esposa ilustram sua situação inferior. Eram considerados direitos da mulher: exigir proteção do marido, ser por ele alimentada e participar da consideração pessoal e das honras pessoais do consorte, direitos esses derivados da “posição de ente mais fraco e de companheira subordinada que ocupa a mulher na sociedade conjugal” (Lafayette, 1956, p. 135).

Vicente Ráo (1922) examina o texto do Código Civil de 1916, que regulava a capacidade com base no sexo para determinados atos da vida civil e, à época, para todos os atos da vida política. Discorre sobre a incapacidade absoluta da mulher, solteira ou casada, no direito romano, que influenciou e se manteve nos sistemas que mais de perto se filiaram ao Código de Napoleão. Lembra que, nas Ordenações, vigorava a ideia de fraqueza do entender da mulher (1922, p. 17), a justificar sua incapacidade absoluta e o poder marital. Sobre o poder marital, recorre a Lafayette para afirmar que se forma “pela deslocação de certos direitos da pessoa da mulher para a pessoa do marido. Roubando-lhe a faculdade de governar-se a si mesma, de contratar e de dispor dos bens, e pondo-a em consequência sob a direção do marido, essa deslocação de direitos constitui a mulher em estado de incapacidade” (Vicente Ráo, 1922, p. 20). Após consignar que o Código Civil de 1916 equiparou a mulher solteira ao homem, em direitos e deveres, Ráo aponta que foi mantida a proeminência do marido em relação à esposa, não mais baseada na incapacidade da mulher, mas sim na necessidade de assegurar a unidade da direção da sociedade conjugal

(1922, p. 29).

Depois de afirmarem que o casamento corresponde à regulamentação social do instinto de reprodução, Bevilaqua (1938) e Pontes de Miranda (1956) passam a analisar os efeitos do casamento fixados pelo Código revogado, ora iguais, ora distintos, para o homem e para a mulher. Enunciados os deveres de fidelidade, vida em comum, mútua assistência, guarda e educação dos filhos, para ambos os cônjuges (art. 231), o Código de 1916 disciplina os direitos e deveres do marido. O art. 233, *caput*, determina que o marido é o chefe da sociedade conjugal, a quem compete a representação legal da família (art. 233, I) e não mais a representação legal da mulher, como era previsto nas Ordenações. Tais disposições foram objeto de análise pelos civilistas citados.

Bevilaqua reconhece que o direito dos povos antigos consagrava a incapacidade jurídica e a inferioridade doméstica e civil da mulher (1938, p. 148). Afirma que, no direito brasileiro, a superioridade marital desaparecera da lei, dos costumes e da vida real, apontando o rigorismo do Código Civil francês, cujo art. 213 ainda era expresso ao determinar que o marido devia proteção à mulher e ela, obediência ao marido, para acentuar a relação de perpétua subordinação em que ela se encontrava (1938, p. 156). Embora aparentemente vislumbrasse certa iniquidade no poder marital, acabou justificando-o em prol da harmonia conjugal e nas diferentes funções atribuídas aos cônjuges, com base no sexo:

Realmente a mulher possui capacidade mental equivalente a do homem e merece igual proteção do direito. Já é um sacrifício à justiça submetê-la à autoridade do marido pela necessidade de harmonizar as relações da vida conjugal. Revoltante seria, em nossa época, cercear-lhe direitos civis, com fundamento de uma falsa doutrina sobre o valor psíquico do sexo feminino. Não é a inferioridade mental a base da restrição imposta à capacidade da mulher, na vida conjugal, é a diversidade das funções que os consortes são chamados a exercer (Bevilaqua, 1936, p. 184).

Pontes de Miranda contrasta o direito nacional com o Direito Romano e com as Ordenações Filipinas. Repugna as Ordenações, que reconheciam ao homem o direito de castigar a esposa (Livro V, Título 36, § 1 e Título 95, § 4), bem como as ideias de fraqueza de caráter e de inexperiência nos negócios que justificavam a absoluta incapacidade da mulher no Direito Romano. Ao comentar a posição jurídica do marido na nova ordem civil, assevera que é corolário moral da posição do homem casado, na família, o direito de ser atendido pela mulher, que deve moldar suas ações pela vontade dele (1956, p. 116). Com essa interpretação, s.m.j., acabou tacitamente sustentando a obediência ao marido como dever da esposa, sem embargo da revogação, pelo Código Civil, daquilo que estava expresso nas Ordenações. Pontes de Miranda obtempera que o direito exclusivo que é dado ao marido, de representar legalmente a família, não se assenta na inferioridade de sexo, tanto assim que a lei não refere mais à representação da mulher, a indicar que ela não é absolutamente incapaz. Segundo entende, a civilização moderna atribuiu ao homem o direito de representar a família como um valor prático, resultante da secular divisão de trabalho e dela dependente (Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo VIII, 2ª ed, p. 118). Pontes de Miranda, mesmo entendendo claramente artificiais as limitações impostas à mulher casada, as afirmava necessárias para resguardar o interesse público da família, justificadas pela função social do casamento (p. 137/138).

San Tiago Dantas afirma que todo grupo social exige uma unidade de comando e que a supremacia social do homem resulta de longa tradição que, aos olhos do legislador, justifica amplamente que seja o homem, e não a mulher a ocupar a chefia (1991, p. 340/343). Depois de indagar quais seriam as razões para tanto, assevera:

as qualidades psicológicas que dominam no tipo masculino são as qualidades de mando ou, pelo menos, devem ser, enquanto que as qualidades psicológicas que dominam na mu-

lher são outras, ditadas pelo seu destino biológico, pela longa experiência histórica que a mulher sempre teve no seio da família. Ela parece muito mais feita para obedecer e para fazer sentir o império de sua vontade e da sua experiência, através da colaboração e, não, através do governo. Esta é uma razão que se impõe à consciência pública, não interessa saber se todos estão, ou não, de acordo. É o que a opinião pública aceita, é o que está na consciência coletiva e que se exprime na vontade do legislador (San Tiago Dantas, 1991, p. 243/244).

Ao comentar Acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos, que negou à mulher casada o direito de usar seu nome de solteira em ato da vida civil, Moura Bittencourt (2003, p. 16) aponta para a regra da obrigatoriedade do uso do sobrenome do marido, como obrigação legal da qual não se pode fugir. Entende que a questão do nome se liga aos costumes e à vivência social, havendo casos em que se utilizam os cargos e funções do marido na designação da esposa, a demonstrar “a assimilação dos cônjuges na vida em comum, através da influência mais ou menos absorvente da personalidade do marido” (2003, p. 19). Acrescenta que a mulher não se aborrece, mas, ao contrário, vangloria-se ao ser designada como “senhora de tal ministro” (2003, p. 19), o que se estende a qualquer posição de prestígio do marido. Com base na imagem de Carvalho de Mendonça, para quem o nome é uma sombra que acompanha perenemente a pessoa, afirma: “Assim também o nome da mulher casada. É a própria sombra e um pouco da sombra do marido, mesmo que o casamento se desfaça” (2003, p. 19).

Orlando Gomes, ao tratar dos direitos e deveres próprios de cada cônjuge, aponta que a legislação estabelece hierarquia, situando o marido em posição mais alta. À mulher são conferidas funções especializadas, reunidas no poder doméstico (1968, p. 115/116), enquanto as obrigações do marido decorrem de sua condição de cabeça do casal. Entre elas, a proteção à integridade física e moral da mulher, a quem deve ter em companhia, sob o mesmo teto, e ministrar “o necessário a que desfrute condições materiais de existência conforme seus re-

cursos e posses” (Orlando Gomes, 1968, 127).

4. CASAMENTO E GÊNERO

A amostra bibliográfica traz a justificação da doutrina brasileira às diferenças de funções dos homens e das mulheres, no casamento. As lições dos civilistas revelam que interpretavam as prescrições legais com naturalidade, de acordo com os costumes e a cultura da época, na percepção de que a proeminência e a chefia masculinas e a posição secundária e a obediência femininas eram necessárias à proteção da família. Com a autoridade de suas teorias, colaboraram para facilitar a compreensão dos efeitos do casamento com base no sexo dos nubentes.

Como assinalado por Scott, o núcleo do conceito de gênero inclui duas proposições igualmente essenciais. De um lado, a concepção de gênero como um produto da cultura, impositivo de um modo de ser específico, contínuo e profundo, que obscurece a artificialidade da prescrição social e leva à confusão com as imposições da natureza na diferenciação entre homens e mulheres. E, de outro, a ideia verticalizada de gênero, como estruturante de uma relação de poder hierárquico, baseada no sexo, em que os homens ocupam posições superiores e mulheres, inferiores.

Por meio do direito de família vigente no Brasil, por mais de um século, o Estado contribuiu para a cristalização das relações de gênero. Sobre imaginadas características psíquicas de homens e mulheres, o legislador estabeleceu direitos e deveres diferentes para cada um, justificados por doutrinadores de escol com base na natureza sexuada humana. As palavras de Bevilacqua, ao se manifestar perante a Câmara dos Deputados contra a incapacidade da mulher casada, mas a favor da chefia masculina na sociedade conjugal, ilustram o contexto:

“Ninguém ignora que na organização psicológica do homem e da mulher há diferenças notáveis; mas essas diferenças não

nos autorizam a declarar que o homem é superior à mulher; autorizam-nos, simplesmente, a dizer que um é chamado a exercer, na sociedade e na família, funções diferentes das do outro. Em tudo aquilo que exigir mais larga e mais intensa manifestação de energia intelectual, moral e física, o homem será mais apto do que a mulher; mas, em tudo aquilo em que se exigir dedicação, persistência, desenvolvimento emocional delicado, o homem não se pode equiparar à sua companheira” (Bevilaqua, 1936, p. 184/185).

São fartas as referências dos doutrinadores aos atributos masculinos, para justificar a posição superior do marido. O homem é descrito como o mais apto para dirigir e governar, cuja autoridade enseja os direitos de ser atendido e de exigir obediência. A mulher é apontada como membro dependente, mais fraco e secundário, destinada ao papel de colaboradora e sujeita ao controle, para sua própria proteção.

Interessante notar que, no Código Civil de 1916, tal não se confunde com a incapacidade, sendo a mulher solteira reconhecidamente capaz. Somente após o casamento emerge a mulher que não possui condições de se autogovernar e necessita ser orientada, momento em que se instaura uma desigualdade entre as posições jurídicas da mulher e do homem, submetendo-se a primeira ao cabeça do casal. A liberdade e a autonomia que a mulher gozava quando solteira foram reputadas incompatíveis com a estabilidade e a unidade da família, não se estendendo ao estado de casada, em prestígio ao poder marital.

Na dicção dos civilistas citados, a criação de uma desigualdade jurídica fez-se necessária em prol da harmonia familiar. Diante do potencial conflito inerente a qualquer sociedade, os autores vislumbraram a necessidade de atribuir a alguém uma posição de comando e um poder decisório, com vistas a manter a união. Esse alguém era o homem, como expresso no art. 233, *caput*: “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, competindo-lhe representar e prover a família, entre outros.

Objetiva-se ressaltar como ideias ligadas à suposta essência do homem e da mulher foram incorporadas na lei e de-

envolvidas pela doutrina pátria. A pesquisa bibliográfica demonstra que a comunidade jurídica assumiu a racionalidade e o pendor masculinos para o comando como atributos naturais do homem e sobre tal premissa justificou a posição do marido, de chefe da sociedade conjugal. A mulher teria natural aptidão para a obediência e a colaboração, aprazendo-lhe ter a personalidade absorvida pela do marido e usufruir de suas glórias, na sombra do nome do esposo, cercada de cuidados e submetida a controle pelo cabeça do casal. Características pretensamente masculinas e femininas foram assumidas como estáveis e justificaram papéis sociais diferentes para homens e mulheres, nos moldes delimitados pela lei, em claro reforço das relações de gênero.

Os efeitos do casamento explicitam como o direito de família diferenciou os sexos com base no poder, associando o masculino à força e à tomada de decisão e o feminino à fraqueza e à docilidade submissa. Ao estabelecer a chefia do marido, o legislador assimilou, reforçou e reproduziu relações sociais hierárquicas entre os sexos, baseadas na superioridade do homem e na inferioridade da mulher. Os doutrinadores, por seu turno, defenderam tal estrutura familiar, justificando-a com base na necessidade de evitar disputas entre os sexos, o que temiam ocorrer inevitavelmente, se o marido e a esposa ocupassem posições simétricas no casamento.

A análise da doutrina do século passado, sobre os efeitos do casamento, deixa clara a relação entre o direito e as normas de gênero do ponto de vista da definição de papéis sociais diferentes para homens e mulheres e do estabelecimento de hierarquia entre os sexos.

5. DIREITO E GÊNERO: OS LIMITES DA MUDANÇA LEGISLATIVA

No Código Civil brasileiro, de 1916, o casamento hie-

rarquizava as relações entre homens e mulheres, atribuindo ao marido a chefia da sociedade conjugal. Em contrapartida, à esposa cabia colaborar e acompanhar, em prol da harmonia familiar.

Em 1962, foi aprovado o Estatuto da Mulher casada (Lei nº 4.121), garantindo a capacidade absoluta da cônjuge virago e, em 1988, a Constituição da República Brasileira proclamou a igualdade plena, ao determinar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, §5º).⁸ O Código Civil atual, vigente desde janeiro de 2003, estabeleceu a obrigação mútua pelos encargos da família aos cônjuges, atribuindo a ambos a direção da sociedade conjugal (art. 1.565 e 1.567, respectivamente).⁹

A hierarquia na família, outrora justificada pela doutrina, deixou de ser reproduzida pelo legislador e não encontra lugar no sistema jurídico atual. As ideias de inferioridade, de colaboradora secundária e de incompatibilidade da mulher com o comando foram substituídas pela igualdade formal. O legislador, ao regular os efeitos do casamento, não tomou a pretensa essência sensível e submissa, da mulher, como premissa para atribuir a chefia da sociedade conjugal ao homem. Ao responsabilizar ambos os cônjuges pelos encargos da família, substituiu a ideia de mulher frágil e incapaz pela concepção de pessoa, com dignidade intrínseca, tão apta a assumir responsabilidades e a chefia quanto o homem. O movimento social de mulheres teve atuação expressiva na reivindicação e conquista de direitos. Segundo o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 80% dos pleitos femininos foram aprovados na Constituição brasileira de 1988, uma das mais avançadas do mundo no que diz respeito à mulher (Pimentel, 1993, p. 17). Nesse quadro, a

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 24 de março de 2018.

⁹ http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 24 de março de 2018.

mudança legislativa sobre a posição da mulher na família, orientada pelos princípios constitucionais da dignidade e da igualdade, representa o resultado da ação política em prol do reconhecimento de direitos às mulheres no sistema jurídico.

De algum modo, no entanto, permanece introjetada a crença na superioridade masculina, cristalizada nas estruturas de gênero que permeiam a sociedade. A casa da família, na observação de Roberto DaMatta, é vista como um lugar especial, “Um espaço infenso ao tempo linear, onde as coisas ‘lá de fora’, do mundo e da rua, não atingem, com seus novos valores de individualização e subversão, a sua velha e boa ordem estabelecida pelas diferenças de sexo, idade e “sangue” (1985, p. 46). Compreende-se, assim, a impermeabilidade da estrutura hierárquica criada pelo casamento às leis igualitárias, dada a dificuldade de penetração dos novos padrões no ambiente privado familiar. Para além do direito, as regras hierarquizantes escoram-se em normas sociais estruturantes do gênero, mantendo-se intactas sem embargo das mudanças legislativas. Tais regras são atualmente perceptíveis na violência, cuja causa estrutural é a mentalidade que concebe a mulher como inferior (MEDINA; MAGAÑA; YUBA, 2013, p. 35/36).

Os dados revelam que persistem no imaginário dos brasileiros e das brasileiras as ideias sobre o comando masculino e a obediência feminina, na família. Em pesquisa realizada no Brasil, pelo Instituto Avon em 2013,¹⁰ sobre o que os homens pensavam sobre a violência doméstica, 85% dos entrevistados condenou que a mulher ficasse bêbada e 69% que saísse com amigos/as, sem o marido, a revelar a persistência da ideia do controle do homem e da limitada esfera de liberdade admitida à mulher. De acordo com a mesma pesquisa, 89% dos homens

¹⁰ <http://www.compromissoeatitude.org.br/instituto-avon-divulga-pesquisa-inedita-sobre-a-percepcao-dos-homens-sobre-a-violencia-domestica-contra-as-mulheres/>, último acesso em 04/06/2016

consideraram inaceitável que a mulher não mantivesse a casa em ordem, reproduzindo o estereótipo de gênero reforçado pelas regras do casamento, que atribuíam as tarefas domésticas às esposas.

Para Sabadell e Souza, a violência contra a mulher é um elemento central da cultura patriarcal, manifestando um poder de posse, “uma espécie de castigo que objetiva condicionar o comportamento das mulheres e demonstrar que não possuem o domínio de suas próprias vidas” (2013, p. 470). Na prática da Vara Norte de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Estado de São Paulo, entre os anos de 2014 e 2017, a agressão física foi muitas vezes desencadeada pela demora da mulher em servir a refeição ou voltar para casa após o trabalho, pelo não atendimento do telefone celular, pelo fato de a comida estar salgada ou queimada, em razão da roupa vestida não agradar ou da negativa de fornecer a senha das redes sociais ao marido. Tais atitudes foram aparentemente experimentadas como desobediências, merecedoras de castigo, identificando-se nos motivos das agressões quotidianas a crença masculina na obrigatoriedade de submissão da companheira, mãe ou filha ao comando do homem. Não é por acaso que o momento da ruptura da relação afetiva seja apontado como o de maior vitimização da mulher (Marques, 2012, p. 282), exatamente quando a vontade feminina se afirma com autonomia e liberdade e esbarra na resistência e na tentativa de controle, por meio da violência física e/ou psicológica praticada pelo parceiro.

Dez anos após a enunciação de que ambos os cônjuges são responsáveis pela direção da sociedade conjugal, no Código Civil, e praticamente vinte e cinco anos depois da declaração constitucional de igualdade entre homens e mulheres, na família, a realidade deixa claros os limites da alteração legislativa para a mudança das relações de gênero até então reproduzidas pelo direito. Sendo o gênero um produto da cultura, a quebra de paradigmas pressupõe políticas públicas educativas e

assistenciais à mulher, além da mudança da lei.

O olhar retrospectivo atento à perspectiva de gênero, trazendo o passado à lembrança, auxilia a compreender como o direito de família concorreu para a consolidação da obrigação feminina de submissão e de obediência, no ideário masculino, com reflexos diretos na violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, a limitação do âmbito de incidência da Lei Maria da Penha às relações domésticas e familiares pode ser interpretada como um contraponto à hierarquia estabelecida pelo casamento, na forma do direito de família anterior, tal qual sugerido na exposição de motivos da Lei Maria da Penha e consignado na introdução deste artigo.



REFERÊNCIAS

- ABDO, Carmita Helena Najjar, FLEURY, Heloisa Junqueira, ABDO, Marian Najjar. Transtornos de Preferência Sexual: enfoque bioético, clínico e jurídico. In. *Bioética e Sexualidade*. Coordenação Tereza Rodrigues Vieira. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004, p. 175/196.
- BELEZA, Teresa Pizarro. Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A construção jurídica das relações de gênero. Coimbra: Almedina, 2010.
- BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. Vol I. 5ª ed. Livraria Francisco Alves, 1936.
- _____. Direito da Família. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. Família. 5ª ed. Campinas: Millennium, 2002.

- BOZON, Michel. *Sociologia da Sexualidade*. Tradução Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. I, 5^o ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953.
- COOK, Rebecca J. DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud F. *Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos. Integrando medicina, ética e direito*. Tradução Andrea Romani e Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: Cepia, 2004.
- DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua. Espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Tomo I, Vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola*. Ediciones Jurídicas Europa-América. BOSH y Cia Editores, 1950.
- MARQUES, Daniela Freitas. *Violência contra a Mulher: Sedução e Morte nas Relações afetivas*. In *Problemas da Família no Direito*. Teixeira, Ana Carolina Brochardo. Ribeiro, Gustavo Pereira Leite. Coltro, Antônio Carlos Mathias. Telles, Marília Campos Oliveira e, (Organizadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 275-309.
- MEDINA, Graciela. *Violencia de Género y Violencia Doméstica*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*. Tomo VII. 2^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
- _____. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*. Tomo VIII. 2^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
- PIMENTEL, Silvia. DI GIORGI, Beatriz. PIOVESAN, Flavia. *A figura/personagem mulher em processos de família*.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

RÁO, Vicente. Da Capacidade da Mulher Casada. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1922.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Disponível em: <http://www.observem.com/upload/935db796164ce35091c80e10df659a66.pdf> .

SILVA, Maria Cecília Pereira da. Diálogo sobre sexualidade: da curiosidade à aprendizagem. In *Sexualidade Começa na Infância*. SILVA, Maria Cecília Pereira da, organizadora. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p. 17/25.

SITES:

http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf

<http://plato.stanford.edu/entries/feminism->

[gen-](http://plato.stanford.edu/entries/feminism-)

[der/http://www.compromissoeatitude.org.br/instituto-avon-divulga-pesquisa-inedita-sobre-a-percepcao-dos-homens-sobre-a-violencia-domestica-contras-mulheres/](http://plato.stanford.edu/entries/feminism-)