

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO- UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA SOCIAL DAS RELAÇÕES
POLÍTICAS

RENATA RANGEL SPELTA HACKBARDT

RELAÇÕES DE PODER E PARENTALIDADE:
UMA ABORDAGEM DE GÊNERO À LUZ DA GUARDA COMPARTILHADA
VITÓRIA/ES (2007-2012)

VITÓRIA
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO- UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA SOCIAL DAS RELAÇÕES
POLÍTICAS

RENATA RANGEL SPELTA HACKBARDT

RELAÇÕES DE PODER E PARENTALIDADE:
UMA ABORDAGEM DE GÊNERO À LUZ DA GUARDA COMPARTILHADA
VITÓRIA/ES (2007-2012)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em História, na área de concentração em História Social das Relações Políticas.

Orientadora: Prof^a. Dr^a Maria Beatriz Nader

VITÓRIA
2016

Dados Internacionais de Catalogação- na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Hackbardt, Renata Rangel Spelta, 1979-

Relações de poder e parentalidade: uma abordagem de gênero à luz da
guarda compartilhada (Vitória/ES 2007 a 2012) /

Renata Rangel Spelta Hackbardt – 2016.

135 p. : il.

Orientador: Maria Beatriz Nader.

Dissertação (Mestrado em História)- Universidade Federal do Espírito
Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais.

1. Relações de gênero. 2. Direito das mulheres. 3. Guarda compartilhada.
I. Nader, Maria Beatriz, 1956. II. Universidade Federal do Espírito
Santo. Centro de Ciências Humanas e Naturais. III. Título.

CDU: 93/99

RENATA RANGEL SPELTA HACKBARDT

**RELAÇÕES DE PODER E PARENTALIDADE:
UMA ABORDAGEM DE GÊNERO À LUZ DA GUARDA COMPARTILHADA
VITÓRIA/ES (2007-2012)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em História, na área de concentração em História Social das Relações Políticas.

Aprovada em ____ de _____ de 2016.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Maria Beatriz Nader
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientadora

Prof. Dr. Sebastião Pimentel Franco
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof^a. Dr^a. Cristina Grobério Pazó
Faculdade de Direito de Vitória

Prof^a Dra. Marlene de Fávere
Universidade do Estado de Santa Catarina

A Carlos Alberto, parceiro desta caminhada.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Prof^a. Maria Beatriz Nader, por toda dedicação, carinho, compreensão e apoio na realização deste trabalho.

Aos professores Doutores Prof^a. Cristina Grobério Pazó e Prof. Sebastião Pimentel Franco, meus respeitosos agradecimentos pela contribuição na banca do exame de qualificação.

Ao corpo docente e administrativo do Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas, em especial aos professores com quem pude conviver e que grandes contribuições me deram dentro dos estudos históricos.

À Faculdade Estácio de Sá de Vitória-ES, pelo apoio e incentivo que me foram concedidos desde o início da pesquisa.

À Luzia, bibliotecária da Faculdade Estácio de Sá de Vitória e demais colegas funcionários da biblioteca que, gentilmente, abriram-me as portas desse espaço e disponibilizaram o acervo bibliotecário para minhas consultas.

Aos meus pais, pelo auxílio cotidiano em minha vida e em meus projetos.

Ao meu marido Carlos Alberto, por quem nutro enorme admiração e afeto, parceiro sempre presente na difícil tarefa de criar, educar e orientar para vida nossas crianças.

A eles, meus filhos, razão de minha vida. Luisa Helena, Carlos Renato e Anne Elise, tão pequenos e já suportando as ausências decorrentes de meus projetos profissionais. Muito obrigada, meus amores!

A mulher pode ter acesso a todas as posições, pois só a injustiça, e não sua natureza, lhe proíbe o saber e o poder.

Condorcet

RESUMO

Dentre as reflexões sobre os novos padrões comportamentais de homens e mulheres na sociedade, observa-se um número cada vez mais crescente de pais que buscam pelo exercício de uma nova paternidade, mais participativa no que tange aos cuidados com a prole e com reforço aos vínculos de afeto. Esse fenômeno pode ser facilmente percebido nos Tribunais, com um aumento dos pleitos de guarda compartilhada por homens que alegam possuir melhores condições de cuidar de seus filhos menores. Pretende-se com esta pesquisa analisar as conquistas feministas nas divisões sexuais desses papéis na família e sua provável influência no surgimento da guarda compartilhada. Como fonte primária serão utilizados os discursos parlamentares oriundos do Projeto de lei nº 6.850/2002 que instituiu esse modelo de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, além de processos judiciais oriundos das Varas de Família, cujo trâmite se deu na Comarca de Vitória, capital do Estado do Espírito Santo, no período compreendido entre os anos de 2007 e 2012. A partir das análises dessas fontes legislativas e judiciais, investiga-se a influência da emancipação feminina na democratização da família e na ressignificação dos papéis sociais de homens e mulheres, evidenciando sua importância para o exercício da corresponsabilidade parental, através do instituto jurídico da guarda compartilhada.

Palavras-chave: Relações de gênero. Emancipação feminina. Guarda compartilhada.

ABSTRACT

Among the reflections on the new behavioral patterns of men and women in society, there is an increasingly growing number of parents seeking the exercise of a new paternity, more participation on the care of the offspring and strengthening the affection relations. This phenomenon can be easily seen in the courts, with an increase in shared custody of claims by men who claim to have better conditions to take care of their minor children. The aim of this research was to analyze the feminist achievements in sexual divisions of these roles in the family and their likely influence on the emergence of shared custody. As a primary source were used parliamentary speeches coming from Bill nº. 6.850 / 2002 which established that custody model in the Brazilian legal system as well as legal proceedings arising from the Family Courts, whose proceeding occurred in the County of Vitória, the state capital of Espírito Santo, in the period between the years 2007 and 2012. The analysis of these legislative and judicial sources proved the influence of women's emancipation in the family on the democratization and redefinition of social roles of men and women, highlighting their importance to parental responsibility, through the legal institute of joint custody.

Keywords: Gender relations. Feminine emancipation. Shared custody.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1-	BRASIL, Composição da População Economicamente Ativa e Taxa de Atividade, segundo sexo – 1920/1970 (%)	41
Tabela 2-	Distribuição das populações, segundo o sexo (%) – (2003 e 2011)	44

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01	Quem fica com os filhos (IBGE)	50
Gráfico 02	Sentenças Judiciais- Ano 2007	105
Gráfico 03	Sentenças Judiciais- Ano 2008	110
Gráfico 04	Sentenças Judiciais- Ano 2009	114
Gráfico 05	Sentenças Judiciais- Ano 2010	115
Gráfico 06	Sentenças Judiciais- Ano 2011	116
Gráfico 07	Sentenças Judiciais- Ano 2012	118
Gráfico 08	Evolução da guarda compartilhada	123

LISTA DE SIGLAS

CC - Código Civil

CPC - Código de Processo Civil

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

PEA- População Economicamente Ativa

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	HISTÓRIA, GÊNERO E PODER NAS RELAÇÕES FAMILIARES	21
2.1	FAMÍLIA E PATRIARCADO: RELAÇÕES DE PODER NA DEFINIÇÃO DOS PAPÉIS SOCIAIS NAS FAMÍLIAS	23
2.2	MULHER E TRABALHO: A EMANCIPAÇÃO FEMININA E SEUS REFLEXOS NA RESSIGNIFICAÇÃO DOS PAPÉIS SOCIAIS NO COTIDIANO DAS FAMÍLIAS	35
3	DA FAMÍLIA PATRIARCAL DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À IGUALDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO CIVIL DE 2002: ANTECEDENTES HISTÓRICOS	48
3.1	FAMÍLIA E RELAÇÕES PARENTAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	57
3.2	ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DO SÉCULO XX RUMO À IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES	69
4	NOVOS PARADIGMAS A RESPEITO DOS PAPÉIS SOCIAIS DE HOMENS E MULHERES NAS FAMÍLIAS - ANÁLISES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA NA COMARCA DE VITÓRIA-ES (2007-2012)	80
4.1	A FAMÍLIA BRASILEIRA NO PÓS-CONSTITUINTE: UMA REVISÃO JURÍDICA DOS PAPÉIS SOCIAIS MASCULINOS E FEMININOS À LUZ DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL	82
4.2	A GUARDA COMPARTILHADA COMO UM MODELO IGUALITÁRIO DE RESPONSABILIDADE PARENTAL: ANÁLISES HISTORIOGRÁFICAS DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DE FONTES LEGISLATIVAS	91
4.3	A GUARDA COMPARTILHADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: SENTENÇAS JUDICIAIS DE GUARDA PROFERIDAS NA COMARCA DE VITÓRIA – 2007 A 2012	103
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
6	REFERÊNCIAS	128
	ANEXO	135

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito transcende as limitações impostas pela tradicional dogmática jurídica, outrora vinculada ao estudo da normatividade pura para, na contemporaneidade, desafiar os novos juristas e operadores do direito a percorrer os caminhos da transdisciplinaridade. A fim de compreender determinado fenômeno jurídico, faz-se imperioso, pois, percorrer os mais variados campos do saber científico, ampliando o horizonte dos cientistas do Direito e vinculando-os a outras ciências e outros saberes, como a História, a Sociologia, a Psicologia, entre outros.

Nesse contexto, para o estudo normativo das relações jurídico-familiares reputa-se necessária uma profunda análise das vicissitudes pelas quais passou a família brasileira no século passado, e que acabou resultando em uma tendência única do Direito de Família no Brasil, qual seja, a reivindicação por uma isonomia de direitos entre o homem e a mulher seja dentro da sociedade conjugal, seja no momento pós-ruptura.

Citando o jurista Rodrigo da Cunha Pereira¹, “o grande grito da atualidade é o grito da igualdade”. Expressão máxima e mais próxima da ideia de justiça segundo a concepção aristotélica, a isonomia entre os sujeitos de direito foi o grande anseio dos juristas brasileiros do século passado, influenciados, é claro, por sucessivas mudanças econômicas e sociais que levaram ao questionamento de inúmeros padrões normativos.

Dentre os padrões, cita-se aqueles relacionados ao lugar da mulher na família e na sociedade. Fortemente influenciado pelo patriarcado, o ordenamento jurídico brasileiro as colocou em posição de absoluta inferioridade, ora ignorando sua existência jurídica enquanto um sujeito dotado de plenas capacidades civis, ora reduzindo-as e colocando-as no lugar de mero coadjuvante ou auxiliar do homem nas mais variadas relações sociais.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 33.

No campo das relações familiares, a desigualdade entre os gêneros era expressa nas normas civis e representava não só o lugar de inferioridade ocupado pela mulher, mas, principalmente, a forte influência de um sistema patriarcal que sempre legitimou a superioridade masculina. Com um conteúdo jurídico bastante retrógrado, patriarcal e patrimonialista, o Código Civil de 1916 revelava um conjunto de normas que dispunha sobre uma família hierarquizada, com forte submissão da mulher casada ao seu marido. No plano das relações parentais, a autoridade do pai sobre os filhos menores colocava a mulher no exercício de um papel ainda mais secundário. Limitada aos cuidados diários da prole, a mãe não tinha qualquer poder de direção sobre a vida de seus filhos.

Esses rígidos papéis sociais² de homens e mulheres dentro das famílias são indicadores de uma realidade bastante desigual no âmbito das relações familiares, mas que não se revelou imutável. As transformações pelas quais passou a família brasileira, acompanhando uma tendência mundial de nuclearização, associada à industrialização e à modernização da sociedade, permitiram à mulher emancipar-se jurídica e economicamente.

No interior das diversas entidades familiares, o principal reflexo das transformações ocorridas em fins do século XIX e até meados do século XX, foi a retração dos poderes do chefe da família, que deixa de ser o cabeça do casal. Paulatinamente, a mulher começa a dividir com o marido as funções de direção do núcleo familiar e, as premissas do patriarcado consubstanciadas no padrão familiar pai tirano, mulher submissa e filhos aterrados, cedem espaço ao padrão afetivo e democrático de família, pautada, desta feita, no afeto, na igualdade e na solidariedade de seus componentes.³

² Segundo a historiadora Maria Beatriz Nader em seu artigo *A condição masculina na sociedade*, os papéis sociais correspondem aos comportamentos contínuos dos indivíduos que ocupam ou pretendem ocupar uma determinada posição social. No que diz respeito ao papel feminino, verifica-se que, ao longo da história, à mulher sempre coube desempenhar funções domésticas e privadas. Como esposa e mãe, estava subordinada ao seu marido, numa relação de poder e submissão que caracterizavam a sociedade patriarcal. No tocante ao papel masculino, constata-se que o homem esteve à frente de todas as organizações sociais. Foi ele o responsável pela produção de saberes, pela criação dos meios produtivos, pelo exercício dos poderes políticos, sendo, portanto, o modelo de toda a estrutura social. NADER, Maria Beatriz. **A condição masculina na sociedade**. Dimensões. Revista de História da Ufes. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, nº 14. p. 461 a 480.

³ PEREIRA, 1999.

É objeto deste trabalho, portanto, desnudar, diante desse novo espaço afetivo da família, a situação jurídica da guarda dos filhos menores em caso de dissolução da relação conjugal. Fruto desse novo paradigma igualitário, a guarda compartilhada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2008 com o objetivo de estabelecer um novo modelo de custódia de filhos menores. Assim, ao prever o compartilhamento da prole, envereda-se o legislador na árdua tarefa de promover, no campo da normatividade, uma ressignificação dos papéis sociais de homens e mulheres dentro das famílias.

No plano teórico, buscamos na presente pesquisa, analisar a influência da emancipação feminina na reformulação dos papéis sociais dentro das famílias. Com as mulheres reivindicando uma divisão mais equânime do trabalho e com o número cada vez mais crescente de mulheres ocupando o espaço público que, pelo patriarcado, era preponderantemente do homem, construímos uma hipótese que encontra nessas conquistas femininas a flexibilização dos papéis masculinos e femininos.

Com esse propósito, nos encaminhamos, inicialmente, pelos campos historiográficos da História do Tempo Presente, e valendo-se de sua delimitação temporal, buscamos especialmente no século passado, respostas para as novas demandas sociais acerca das relações de gênero dentro das famílias.

Trata-se, segundo Muller⁴, de compreender a história não apenas como uma narrativa do passado que pressupõe uma distância temporal do historiador de seu objeto de estudo, mas também da análise das mudanças sociais para a compreensão do presente, ainda que se verifiquem alguns obstáculos no tratamento das fontes, como a proximidade do historiador com seu objeto e a permanência de processos históricos inacabados.

Mas, apesar dos sucessivos questionamentos acerca da ausência de imparcialidade do historiador que se debruça sobre a História do Tempo Presente, não há como olvidar a sua importância para a compreensão de fenômenos sociais

⁴ MULLER, apud FIORUCCI, Rodolfo. **Considerações acerca da História do Tempo Presente**. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br>>. Acesso em 21 mai. 2014.

da atualidade, permitindo uma produção historiográfica realmente capaz de influir e compreender a vida das pessoas.

Feitas essas premissas iniciais, o presente trabalho se aprofunda em fatos sociais e econômicos que ocorreram a partir do final do XIX, mas com especial ênfase às alterações pelas quais passou a família brasileira a partir da segunda metade do século passado, a fim de investigar como esses fenômenos influenciaram a ordem jurídico-familiar no período pós-Constituição de 1988.

Num segundo momento, analisam-se as fontes primárias consubstanciadas em documentos legislativos, tais como registros de debates parlamentares e exposições de motivos que antecederam a publicação da Lei 11.698 que instituiu a guarda compartilhada no Direito Brasileiro, no ano de 2008. São examinados documentos oficiais provenientes do Arquivo Público da Câmara dos Deputados e constituídos por debates parlamentares e diversas justificativas legislativas, chamadas de “exposições de motivos” que encontram-se anexados ao Projeto de Lei nº 6.850/2002. A partir dessas fontes, investigamos as possíveis causas apontadas pelos parlamentares para a criação da guarda compartilhada no Brasil.

Também são utilizadas sentenças judiciais em ações de dissolução de casamento e guarda de filhos menores proferidas na Comarca de Vitória entre 2007 a 2012. O marco temporal inicial foi definido a partir do ano em que entrou em vigor a Lei da Guarda Compartilhada, ou seja, 2008. A fim de obtermos um efeito comparativo da situação antes e depois da referida lei, foi feito um levantamento de sentenças proferidas no ano de 2007 e nos cinco anos seguintes. Desta forma, foram então analisadas 344 (trezentos e quarenta e quatro) sentenças judiciais proferidas nesta comarca, em que foi possível averiguar diversas mudanças nos provimentos jurisdicionais que atribuem a guarda unilateral ou compartilhada dos filhos menores quando há a ruptura da vida em comum do casal litigante.

Remontam de 1824 as bases da justiça autônoma do Judiciário Capixaba quando foi promulgada a primeira Constituição Brasileira, erigindo a Capitania do Espírito Santo à categoria de Província. Em 1835, foi criada a Comarca de Vitória, uma das primeiras seções judiciárias do Estado do Espírito Santo juntamente com São Mateus e Itapemirim. O Fórum Cível da Comarca de Vitória situa-se, atualmente,

no centro da capital e sua estrutura encontra-se prevista na Lei Complementar nº 234 – Código de Normas do Estado do Espírito Santo.⁵

Atualmente a estrutura judiciária da Comarca de Vitória conta com 04 (quatro) Varas de Família, juízos especializados que tem a competência material para processar e julgar ações afetas às relações jurídico-familiares e ao Direito de Família, tais como divórcio, separação, alimentos, guarda e regulamentação de visitas de filhos menores, entre outras. As competências materiais dos juízos especializados cíveis encontram-se na Lei de Organização Judiciária do Estado do Espírito Santo.

A pesquisa foi realizada nas instalações do prédio do Fórum e consistiu na análise de pastas de registros de sentenças proferidas entre os anos de 2007 e 2012. Foram consultados os Livros de nºs 35 a 56, somando-se 22 livros de registros, atualmente arquivados na própria secretária. Também foi feita uma pesquisa qualitativa com três processos findos de divórcio e separação judicial, que encontravam-se também na Secretária da Vara.

Os arquivos judiciais, como fonte de pesquisa para a História, vêm sendo largamente utilizados por historiadores para o conhecimento do passado que envolve homens e mulheres em conflito. Como enorme relevância científica, os processos judiciais constituem fontes oficiais das manifestações estatais acerca dos litígios que lhe são submetidos a julgamento, além de revelar os discursos, as crenças e as práticas individuais das partes utilizados na dialética processual para a formação do convencimento do magistrado. São valiosos registros reveladores de práticas sociais verificadas em determinada época e que permitem, nas lições de Campos, a reconstrução do passado para a busca de um passado melhor. Segundo o autor⁶, “a documentação torna-se, nesta medida, um patrimônio público insubstituível porque são fontes originais das ações político-administrativo, antropológico-culturais, sociais, econômicas e mentais de uma sociedade...”

⁵ ESPÍRITO SANTO, **Código de Normas**. Disponível em <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

⁶ CAMPOS, Paulo Fernandes de Souza. **A preservação de documentos provenientes do Poder Judiciário**. Rev. de Ciênc. Jur. e Soc. da Unipar, Toledo-PR, v.4, n. 1, p.37-41, jan./jun. 2001. p. 40.

Além disso, os processos judiciais permitem avaliar os mais variados aspectos que permeiam os conflitos sociais. Mediante práticas discursivas das partes, advogados, promotores e magistrados, é possível identificar os diversos fatores que contribuíram para a evolução de determinado instituto. Além disso, a diversidade de informações e a riqueza argumentativa dos discursos abrem o caminho para diversas possibilidades de pesquisa. São, portanto, recursos inesgotáveis para o historiador comprometido com uma investigação mais pormenorizada dos eventos históricos.

Após o levantamento de todas as fontes judiciais, foram feitas análises minuciosas de 03 (três) autos judiciais em que se verificou o estabelecimento da guarda compartilhada. Dadas as especificidades desse fenômeno, utilizamos o método de estudo de caso, justamente por caracterizar-se como uma estratégia de pesquisa que tem o seu foco em casos individuais. Assim, propusemos a seleção de processos judiciais que pudessem permitir uma melhor compreensão ou teorização sobre uma dada realidade. É, pois, um método adequado para responder às questões “como” e “por que”, explicativas de um determinado contexto histórico que revelou a mudança de comportamento dos homens no seio das famílias.⁷

A pesquisa que ora se apresenta baseia-se, portanto, na investigação histórica acerca dos fenômenos sociais que contribuíram para as mudanças que ocorreram na família brasileira e que permitiram uma revisão dos papéis sociais de homens e mulheres no tocante ao cuidado de seus filhos menores.

Para tanto, a presente dissertação foi estruturada em 03 (três) capítulos. No primeiro, tratamos das mudanças sociais e econômicas ocorridas no século passado e que resultaram na passagem da família extensa para a família nuclear, analisando ainda a importância da emancipação econômica da mulher para uma revisão de sua condição jurídica de mulher casada.

No segundo capítulo, fizemos uma análise para compreender como o Direito respondeu a essas mudanças sociais e econômicas. Esse capítulo nos permite acompanhar as principais alterações legislativas do século passado, partindo do

⁷ GOODE, Willian J.; HATT, Paul K. **Métodos em Pesquisa Social**. São Paulo: Nacional, 1973.

Código Civil de 1916 para chegar às normas constitucionais de 1988, sempre com ênfase nos aspectos jurídicos relacionados à condição de homens e mulheres dentro das famílias e no exercício de suas conjugalidades e parentalidades.

Finalmente no terceiro capítulo, fizemos uma abordagem sobre a constitucionalização do Direito de Família, especialmente considerando os novos valores igualitários previstos em nossa Carta Magna e seus reflexos na democratização da família brasileira. No contexto dos papéis sociais de homens e mulheres dentro das famílias, analisamos as fontes legislativas e judiciais já mencionadas a fim de compreender as influências da emancipação feminina no surgimento da guarda compartilhada e sua consequente desconstrução da dicotômica estrutura patriarcal pai-provedor, mãe-cuidadora.

2 HISTÓRIA, GÊNERO E PODER NAS RELAÇÕES FAMILIARES

É pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem, somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta.

Simone de Beauvoir

A família, como importante instituição para a vida em sociedade, não pode ser analisada fora do contexto histórico e social no qual está inserida. Igualmente, os aspectos econômicos não podem estar dissociados de sua história e sua evolução, fatos esses que, integrados, aproximam o historiador de análises interdisciplinares, por meio do intercâmbio com outras ciências. Como uma das mais antigas e importantes instituições sociais, seus estudos ultrapassam, pois, as fronteiras das mais variadas ciências, em direção à construção de um saber científico compartilhado e que supere a rigidez da especialização disciplinar.

Essa abordagem contemporânea do conhecimento interdisciplinar, embora surja também de análises e perspectivas especializadas, caracteriza-se pela constante dialética entre disciplinas. Therborn⁸, em seus estudos sobre a família, cita a importância de se conjugar os conhecimentos da História, da Sociologia e do Direito para a compreensão de temas como o patriarcado, o casamento e a fecundidade.

Partindo dessa premissa, o que se propõe na contemporaneidade é um olhar sobre o homem e as diversas instituições sociais por ele formadas – incluindo os núcleos familiares- sem reduzi-los a definições inflexíveis. O reconhecimento de níveis distintos de abordagem deve conduzir o pesquisador para uma lógica que não seja única, situando-o, assim, no campo da interdisciplinariedade.

No Direito, por exemplo, não há como desvincular o ordenamento jurídico de um Estado - assim compreendido como o arcabouço normativo que rege a vida em

⁸THERBORN, Göran. **Sexo e Poder, a família no mundo (1900-2000)**. São Paulo: Contexto, 2006.

sociedade - sem olvidar dos aspectos sociológicos, políticos e históricos das civilizações de determinada época. Análises que incidam sobre as estruturas normativas devem vir, portanto, acompanhadas de investigações sobre as diversas variáveis que conduziram o legislador no regramento de determinada instituição. Entender o alcance e a eficácia de normas jurídicas vai exigir, nesse contexto, uma profunda compreensão do tecido social sobre o qual repousam e obrigam as normas estatais.

Desse intercâmbio de ciências tem-se a proeminência, em especial no século passado, da História da Família. Reconhecida a necessidade de enriquecer os estudos historiográficos, esse novo campo histórico passou a valer-se, além do instrumental demográfico, de modelos conceituais importados da Antropologia, da Psicologia e da Sociologia.

Segundo Samara⁹, surge uma nova geração de historiadores preocupados com processos históricos antes considerados de menor importância para a compreensão da natureza das sociedades como o cotidiano dos marginalizados, a mulher e os núcleos familiares, o que contribui para o aprofundamento de novos objetos de estudo.

Em 1975, foi publicada nos Estados Unidos a obra *The Making of the Modern Family* do americano E. Shorter, e para Fonseca¹⁰, seus estudos se tornaram imprescindíveis para a caracterização da “família moderna”, principalmente por evidenciar temas como a intimidade entre cônjuges, a afeição crescente entre pais e filhos e a construção social da privacidade e do aconchego do lar. Sem olvidar as influências do capitalismo e do trabalho assalariado para as mudanças comportamentais no seio das famílias, Shorter aposta na chamada “revolução sentimental” para explicar uma mudança de mentalidades, quando são substituídos os compromissos da família com a linhagem e com as transmissões patrimoniais pela felicidade e realização pessoal de seus integrantes.

⁹ SAMARA, Eni de Mesquita. **As mulheres, o poder e a família. São Paulo, Século XIX.** São Paulo: Editora Marco Zero, 1989.

¹⁰ FONSECA, Cláudia. **A História Social no Estudo da Família: Uma Excursão Interdisciplinar.** ANPOCS, Rio de Janeiro, n. 27, p. 51-73, 1º sem. 1989.

No Brasil, historiadores nacionais também estiveram atentos aos debates que ocorriam na Europa e nos Estados Unidos. Trabalhos pioneiros como os de Gilberto Freyre e Oliveira Viana sobre o perfil da sociedade patriarcal brasileira e, posteriormente, estudos de Antonio Candido de Mello e Souza sobre família, casamento e divórcio são reveladores de uma produção historiográfica que deu novos contornos a História Social brasileira.

Os estudos históricos sobre a família no Brasil estiveram, todavia, vinculados à estrutura patriarcal da sociedade colonial, num primeiro momento para bem caracterizá-la, fixando seus contornos, suas nuances e sua influência sobre as demais estruturas sociais. Com uma abordagem revisionista dos termos inicialmente propostos, tem-se, em um segundo momento, os estudos que buscaram, de algum modo, rever toda essa estrutura, a partir do reconhecimento histórico de outras formas de composição familiar. De qualquer modo, o patriarcado enquanto sistema de dominação social exerceu um protagonismo nos estudos históricos familiares, servindo também como parâmetro metodológico para a compreensão de inúmeros fenômenos sociais e jurídicos.

2.1 FAMÍLIA E PATRIARCADO: RELAÇÕES DE PODER NA DEFINIÇÃO DOS PAPÉIS SOCIAIS NAS FAMÍLIAS

Como em nenhuma espécie de civilização os homens poderiam ter se organizado socialmente à margem das estruturas familiares, o exame das diferentes formas de organização desses núcleos torna-se imprescindível para uma clara compreensão das sociedades e dos papéis sociais desempenhados por seus partícipes.

A família não é uma criação natural ou biológica, assim como também não o são as diversas funções que são exercidas pelos membros que a integram. Objetivando atender às necessidades de sobrevivência e reprodução da espécie, foram criadas diversas formas do homem se relacionar com a natureza e com

outros homens, institucionalizando a formação das mais variadas formas de organização familiar.¹¹

Na clássica perspectiva evolucionista-materialista de Engels¹² sobre a formação da família, as instituições familiares são historicamente descritas a partir da travessia de uma organização coletiva e tribal, na qual as relações sexuais pautavam-se na promiscuidade, até a organização familiar segundo os ditames do patriarcado. Assim, amparado no resgate bibliográfico dos estudos de Morgan sobre as sociedades indígenas na Ásia e na América, Engels expõe a evolução da família que passa da sociedade tribal ao matriarcado, para finalmente, chegar ao modelo patriarcal de constituição familiar.

Em sua obra *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, a partir dos estudos de Morgan, Friedrich Engels¹³ descreve a fase em que a sociedade passa a se apropriar da natureza, e a produção de ferramentas e produtos para seu consumo acontece paralelamente à sua organização em grupos familiares. Nesse contexto, Engels sugere a vinculação dos estágios de desenvolvimento da família com os progressos de riqueza conquistados pelo homem ao longo de sua história. As bases para a construção do casamento monogâmico e da família patriarcal estão, segundo sua doutrina, na necessidade de o homem controlar a reprodução e a transmissão de suas riquezas. Foi assim que, nos períodos anteriores à civilização, o homem saiu da promiscuidade, e posteriormente do matriarcado e chegou à família patriarcal monogâmica, com o homem assumindo a chefia da sociedade conjugal e da família.

Pautadas na filosofia marxista, suas análises já indicavam que o primeiro antagonismo de classes surgiu na família, quando o modelo patriarcal impôs a submissão da mulher ao homem. A família matrimonial e monogâmica surge, não de ideais afetivos, mas sim da necessidade de submeter o corpo da mulher ao controle de um homem que primava pela segurança nas transferências patrimoniais decorrentes das sucessões hereditárias. A valorização da fidelidade

¹¹ PRADO, Danda. **O que é família**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

¹² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 12^a. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1981.

¹³ ENGELS, 1981.

da mulher, bem como a penalização do adultério, são, nesse contexto, atributos de uma ordem econômica caracterizada, principalmente, pelo surgimento da propriedade privada em substituição à propriedade coletiva das sociedades tribais, o que inevitavelmente afastava a monogamia de qualquer ideal de amor individual romântico.

Importantes estudos acerca da relação entre os sistemas de produção e as instituições familiares são oriundos dessa perspectiva marxista consagrada na obra de Engels. Como as relações de produção produzem não apenas coisas, mas também pessoas, tem-se a construção de subjetividades e de papéis sociais a partir da lógica relacional que vincula pessoas num determinado corpo social.¹⁴

O surgimento desses papéis sociais institucionalizados, segundo oposições hierarquizadas, consolidou-se na Roma Antiga sob a forma de organização familiar. Segundo Engels¹⁵, o próprio vocábulo família representa a ideologia da família patriarcal, pois, oriundo do latim *famulus*, a significação correta para o termo é escravo doméstico, conceito que, com o passar do tempo, englobou os membros dentro de uma unidade familiar que se encontravam submissos à autoridade masculina. Ratificam suas teses as colocações de Narvaz¹⁶ para quem “a família romana era centrada no homem. O patriarca tinha sob seu poder a mulher, os filhos, os escravos e os vassalos, além do direito de vida e de morte sobre todos eles”.

É, pois, no âmbito dessas investigações históricas sobre a família, que encontramos a história da instituição familiar na sociedade brasileira se iniciando no período colonial e tendo como ponto de partida o modelo patriarcal, “importado pela colonização e adaptado às condições sociais do Brasil de então, latifundiário e escravagista”, segundo assevera Narvaz¹⁷.

¹⁴ Segundo Saffiotti, capitalismo e patriarcado estão intimamente relacionados, uma vez que ambos os sistemas baseiam-se na exploração e na dominação. SAFFIOTTI, H. Movimentos sociais: A face feminina. In: CARVALHO, N.V.(Org.). **A condição feminina**. São Paulo: Vértice, 1988.

¹⁵ ENGELS, 1981.

¹⁶ NARVAZ, M. G.; KOLLER, S. H. Família e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. **Psicologia e sociedade**, Porto Alegre, jan/abr. 2006. p. 50. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁷ NARVAZ, 2015, p. 50.

Desde seu início, as condições naturais do território brasileiro e o modelo de ocupação desse território favoreceram o estabelecimento de uma base econômica agrária, latifundiária e escravocrata. Segundo Samara¹⁸, a família na sociedade colonial, denominada de patriarcal e descrita inicialmente por estudiosos como Gilberto Freyre e Oliveira Viana foi, durante muito tempo, descritiva de um modelo estático, generalista e uniforme de instituição familiar.

Durante a colonização portuguesa na América, formou-se no Brasil uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica e híbrida – de índios e negros- na composição. Para Freyre¹⁹, a sociedade colonial formou-se, principalmente, em Pernambuco e no Recôncavo da Bahia, e desenvolveu-se de forma paternalista e hierárquica, à sombra das grandes plantações de açúcar. Complementando essa mesma descrição, Prado Junior²⁰ mostra que, esgotado o insignificante ciclo de extração do pau-brasil, foi a grande lavoura açucareira representativa da nova matriz econômica da colonização.

A vida social nesse período pautava-se na escravidão, um modelo de trabalho servil que em nada se assemelhava à escravidão na Antiguidade. Surgiu como um corpo estranho, dissociado de qualquer padrão moral já estabelecido. Segundo Prado²¹, a escravidão nas colônias americanas não brotou de um conjunto da vida social, material e moral. Representava tão somente um recurso utilizado pelos colonizadores europeus a fim de explorar economicamente as novas colônias.

Nesse contexto, a estrutura de exploração econômica baseada no latifúndio monocultor e na propriedade escravista caracterizou a aristocracia colonial que se consolidou na estrutura patriarcal de família, colocando o grande proprietário no centro da vida social da colônia. A casa grande descrita por Freyre simbolizou essa estrutura patriarcal e acabou por revelar a existência de um núcleo central, formado precipuamente pelo grande proprietário, sua mulher e seus filhos

¹⁸ SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

¹⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa- Grande & Senzala**. 41.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

²⁰ PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo: colônia**. 12 ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

²¹ PRADO JR., 1972.

legítimos²², e uma zona periférica, onde apareciam diversos indivíduos que ligavam-se ao proprietário por laços de parentesco, trabalho ou mesmo amizade. Dessa composição resultam as controvérsias existentes na historiografia brasileira acerca da utilização da expressão família patriarcal, como sinônimo de família extensa.

Essa estrutura caracterizadora da família extensa estava representada pela casa-grande e pela zona periférica e, ao núcleo conjugal incorporavam-se também os demais parentes consanguíneos e por afinidade do patriarca, bem como afilhados, agregados, escravos, e até mesmo concubinas e filhos bastardos ou ilegítimos. A autoridade masculina do grande proprietário estava consubstanciada na figura do patriarca ou coronel, que, além de exercer a chefia da sociedade conjugal, era detentor de amplos poderes econômicos e de mando político.²³ Ainda que vivessem fora do núcleo doméstico principal, também se projetavam sobre os habitantes da zona periférica os mesmos laços de dependência e solidariedade que havia na família central.

Verifica-se, na conjunção desses fatores, uma relação familiar complexa que se fundamenta num conjunto de direitos e deveres recíprocos e que permitia aos agrupamentos familiares alguma participação política na sociedade colonial. Um sistema de dependência econômica vantajoso para o patriarca, que tinha o seu prestígio baseado no número de agregados sob seu domínio e também para esses últimos, que tinham para si a proteção de uma família paternalista.²⁴

Assim, a família patriarcal também irradiava seus efeitos para a sociedade como um todo. Concentrando em seu núcleo as funções econômicas mais importantes, a família colonial descrita por Freyre também apresentava-se como a solução para os problemas de acomodação sócio-cultural da população. Descrições como esta estão presentes na obra de Samara²⁵, para quem essa família condicionou

²² Gilberto Freyre cita em sua obra a possibilidade que alguns escravos tinham de ascender da senzala para a grande casa, a exemplo das mães-pretas que ocupavam lugar de honra no seio das famílias patriarcais e de quem os filhos legítimos inclusive tomavam a benção, ocupando, pois, a unidade doméstica central desse modelo de família.

²³ BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. **Mulher, casa e família: cotidiano nas camadas médias paulistanas**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

²⁴ SAMARA, 1998.

²⁵ SAMARA, 1998.

seus membros “a uma certa trama de relações aparentemente estáveis, permanentes e tradicionais”.

A partir das teorias de Gilberto Freyre e Antonio Candido, Teyura²⁶ explica como se deu o fortalecimento da família patriarcal no período colonial. Para a autora “numa época em que o governo português não conseguia se fazer representar em toda a colônia, o proprietário tomou as rédeas do poder central.” Assim, o poderio do patriarca resulta da ausência de um Estado forte e centralizador, e seu declínio apenas ocorreria quando este mesmo Estado assumisse efetivamente seu papel político.

Há, contudo, críticas que são feitas a estrutura familiar descrita por Freyre em sua obra *Casa Grande & Senzala*. Essencialmente, estudos mais recentes rechaçam a perspectiva generalista e reducionista do autor que, ao descrever a família brasileira no período colonial, utiliza como base apenas as composições familiares dos senhores do engenho do Nordeste. Em outras camadas sociais, em virtude dos elevados custos do casamento, as uniões concubinárias também eram muito utilizadas, o que afasta a ideia, segundo a qual apenas o matrimônio constituía a legítima família brasileira. Segundo Bruschini²⁷, muitas vezes eram essas uniões concubinárias que eximiam o homem de responsabilidades materiais sobre sua prole e colocava a mulher como chefe de família. Deduz-se que outras composições familiares, além da família matrimonializada, foram, portanto, desprezadas pela historiografia brasileira.

A título exemplificativo, Correa²⁸ lembra que entre as famílias patriarcais dos grandes latifundiários e sua rede de agregados, havia ainda diversos núcleos familiares de pequenos proprietários, artesãos, as famílias dos mineiros de Góias e Minas Gerais. Restringir o estudo apenas às estruturas de determinada classe

²⁶ TERUYA, Marisa Tayra. **A família na historiografia brasileira: Bases e perspectivas teóricas**. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000>> Acesso em: 15 out. 2015.

²⁷ BRUSCHINI, 1990.

²⁸ CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira. **Caderno de Pesquisa**, São Paulo, v. 37, p. 5-16, maio. 1981. Disponível em: <<http://educa.fcc.org.br/pdf/cp/n37/n37a01.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

social e de dada região é, sob o aspecto científico, reduzir substancialmente seu alcance.

No mesmo sentido, Samara²⁹ contesta a prevalência da família patriarcal extensa na sociedade paulista durante o período colonial e seguinte. Com base em estudos realizados em inúmeros testamentos e recenseamentos no Estado de São Paulo durante os séculos XVIII e XIX, a autora observa a presença de estruturas familiares que não eram compostas por casais, filhos legítimos e ilegítimos, parentes, escravos e agregados. Seus estudos demonstram que outras organizações familiares no Estado de São Paulo eram mais reduzidas e, ao contrário das sociedades nordestinas, dada a elevada incidência de uniões adúlteras entre os homens e, conseqüentemente, da ilegitimidade da prole oriunda dessas uniões, era incomum a coexistência, na mesma casa, da esposa legítima e da concubina. Essa última, provavelmente, residia com sua prole em um núcleo familiar doméstico mantida, todavia, a dependência econômica desse homem.

Havia também uma clara distinção entre as famílias dos pequenos produtores rurais e das organizações familiares que fixavam seus domicílios nas áreas urbanas. Nas pequenas lavouras, havia carência de trabalho escravo e os integrantes das famílias eram compelidos a trabalhar juntos, o que favorecia o estabelecimento de famílias extensas, ao passo que, nas famílias mais urbanizadas, verificavam-se, comumente, estruturas familiares mais reduzidas e simplificadas.³⁰

Se há divergências sobre a descrição hegemônica da família patriarcal descrita por Freyre durante o Brasil colonial, uma conclusão, porém, parece isenta de questionamentos. Refere-se a um dos aspectos mais importante dessa estrutura familiar para os estudos da família, qual seja, o exercício da autoridade do marido sobre a mulher, deixando a esposa muitas vezes restrita ao âmbito doméstico. Embora não fosse um traço exclusivo do sistema patriarcal, era, indubitavelmente, uma característica marcante que influenciou fortemente as normas civilistas no

²⁹ SAMARA, 1998.

³⁰ SAMARA, 1998.

Brasil. Como colônia de Portugal até o século XIX, a estrutura normativa vigente resultou da aplicação das Ordenações Filipinas que vigoraram naquele Estado durante esse período. Juridicamente, isso traduziu na importação, por meio do processo colonizador português, de normas que consagraram um modelo familiar já existente na Europa Ocidental. Trata-se, como explica Narvaz³¹, de um modelo fundado no patriarcado, e que aqui sofreu as adaptações decorrentes de condições sociais peculiares de um Brasil onde predominava o latifúndio e o escravagismo.

Posteriormente, o Código Civil de 1916, publicado no início do século XX e que se constituiu na primeira codificação civil criada no sistema jurídico pátrio, acabou por reproduzir o mesmo ideal patriarcalista do período colonial, com disposições normativas no âmbito civil que disciplinavam uma família patrimonializada, matrimonializada e, principalmente, hierarquizada. São muitas as disposições normativas que tratavam do poder marital e da submissão da mulher à autoridade do marido. As relações jurídico-familiares estavam, pois, pautadas no chamado pátrio poder, denominação que preconizava a autoridade do homem sobre os membros da família. A função de chefia da sociedade conjugal era exercida exclusivamente pelo marido e, durante o matrimônio, competia ao *pater familia* a administração exclusiva dos bens familiares, incluindo nesse acervo patrimonial os bens de sua esposa.³²

Se predominava o entendimento, segundo o qual o modelo patriarcal de família estava intimamente relacionado ao poder do homem e ao estado de subordinação jurídica e fática de sua mulher, por outro lado, há estudos também comprobatórios de que, o mesmo patriarcado que reduzia a mulher ao estado de submissão, muitas vezes a colocava em situação de afirmação de seu importante papel dentro das famílias.

³¹ NARVAZ, 2006.

³² A análise histórica do ordenamento jurídico brasileiro nesse período será analisada segundo as fontes legislativas descritas no próximo capítulo.

Nesse sentido, Antonio Cândido³³ traz exemplos de mulheres que, dentro do modelo patriarcal, desenvolveram aspectos viris de personalidade o que favoreceram comportamentos de iniciativa e liderança. Assim, segundo o autor, muitas mulheres, na ausência dos maridos, geriram o patrimônio e os negócios da família e muitas trabalharam, ao seu lado e arduamente, nas pequenas lavouras e manufaturas domésticas. Essas colocações do autor, embora de pequeno alcance, são sugestivas de novas imagens da mulher, com uma participação mais ativa ainda que seu papel fosse limitado pelos privilégios do homem na participação da vida social e política.

A par de todas as evidências histórias da importância da família patriarcal para os sistemas sociais e políticos, tem-se inicialmente na Europa e posteriormente no Brasil, a alteração do modelo familiar caracterizada pela gradativa migração da família patriarcal para a chamada família nuclear burguesa. Na Europa, esse processo de nuclearização da família encontra-se bem delineado na obra de Philippe Àries³⁴, que retrata a passagem da família extensa para a família nuclear a partir do confinamento de seus membros no estrito espaço íntimo do lar. O fenômeno ocasionava, segundo o autor, a necessidade de reorganização do espaço doméstico com a separação dos cômodos e das pessoas – principalmente adultos e crianças - no âmbito das residências.

O fim da família extensa caracterizou-se também pelo afastamento dos demais parentes consaguíneos e agregados. Sobre o tema, Narvaz³⁵ explica que,

No novo modo de organização social capitalista, aboliu-se a tutela do senhor feudal, desvalorizavam-se as formas coletivas de produção e desfizeram-se as redes de solidariedade encontradas nas organizações familiares abrangentes. A dissociação dos espaços público e privado e o isolamento da família conjugal nuclear monogâmica da comunidade seriam, portanto, tributários da valorização do capitalismo burguês.

³³ CANDIDO, 1951. In. CORREA, 2015.

³⁴ ÀRIES, Philippe. **História Social da Família e da Criança**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

³⁵ NARVAZ, Martha Giudice. **Submissão e resistência: explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5442/000470918.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

No Brasil, nos primeiros anos do século XX, acompanhando as mudanças que já estavam ocorrendo na Europa, a família brasileira também sofre transformações em sua configuração, saindo do modelo patriarcal característico da família colonial para a forma nuclear de constituição familiar. Com a chegada da família real portuguesa para o Brasil, e o consequente cosmopolitismo de alguns centros urbanos tem-se uma abertura de novos horizontes, sugestivos também de novas ambições que, na opinião de Sérgio Buarque de Holanda³⁶, passariam a “perturbar os antigos deleites e lazeres da vida rural”.

Também não seria exagero, segundo o historiador, citar a importância dos estabelecimentos de ensino superior, sobretudo os cursos jurídicos fundados em 1827 em São Paulo e Olinda, na libertação progressiva dos velhos laços caseiros fortemente marcados pela ideologia patriarcal. Transplantados para fora de suas residências, os jovens foram obtendo, agora nos centros urbanos, ascensão às carreiras públicas e políticas, o que, indubitavelmente, contribuiu para uma mudança de mentalidades e, principalmente, para o enfraquecimento do poder patriarcal que até então subjugava esses filhos.³⁷

Estava, pois, iniciado o declínio da família patriarcal caracterizadora do período colonial. O desenvolvimento da urbanização – que segundo Holanda³⁸ “não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a influência das cidades”- associado à abolição da escravatura, à entrada dos imigrantes como mão de obra assalariada e à industrialização são fatores que ocasionaram a migração de uma economia agrária para uma economia de mercado, com profundos reflexos nas matrizes familiares brasileiras.

Todavia, mesmo transformada pela nuclearização nos primeiros anos do século XX, a família brasileira continuou com o ideal de submissão do patriarcado, por meio, principalmente, do controle da sexualidade feminina e de uma hierarquizada divisão sexual do trabalho. Sobre a família nuclear brasileira do século passado, Narvaz³⁹ atenta para o fato de que os estereótipos nas divisões do trabalho no

³⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³⁷ HOLANDA, 1995.

³⁸ HOLANDA, 1995.

³⁹ NARVAZ, 2006.

âmbito doméstico ainda remetiam a mãe aos cuidados com os filhos, enquanto o papel do pai, além de prover o sustento, envolvia questões de disciplina e autoridade sobre mulher e sua prole.

Apesar de evidências empíricas de que havia um nível mais elevado de bem-estar entre as mulheres que exerciam algum trabalho externo, mitos e crenças desenvolveram-se no sentido de alertá-las para as consequências nefastas de seus trabalhos fora de casa. Nesse contexto, a impossibilidade de se cumprir com perfeição a maternidade normativa era vivenciada com culpa pelas mulheres através das armadilhas dos discursos psicologizantes que as responsabilizavam pelas supostas falhas individuais no cuidado com os filhos.⁴⁰ São, portanto, teses comprobatórias de que, no modelo de família nuclear característico do século XX, o domínio do homem sobre a mulher encontrava outras justificações pautadas, inclusive, em teorias psicológicas que naturalizavam os papéis sociais.

A prescrição social de que mães biológicas deveriam cuidar exclusivamente de seus filhos era apregoada principalmente pelo discurso de Rousseau⁴¹, para quem a maternidade era a mais bela função feminina e o instinto materno algo que deveria ser vivido intensamente. No Brasil, as teses rousseauianas contaram ainda com o apoio da medicina higienista, cujo discurso atribuía ao trabalho externo da mulher a responsabilidade pela degradação da família.

Jurandir Freire Costa⁴², sobre a higiene doméstica e a necessidade de se atenuar a morte de crianças, já apontava para a imperiosa revisão do modelo familiar, no sentido de remeter ao pai a proteção material e à mãe, o cuidado diário e a iniciação na educação dos filhos menores. Para o autor,

Em primeiro lugar, o pai era situado no quadro familiar, dentro de limites bem precisos. Ele deveria responsabilizar-se pela proteção material do filho. [...] Em segundo lugar, a mulher ganhava um papel autônomo no interior da casa, o de iniciadora da educação infantil.

⁴⁰ NARVAZ, 2006.

⁴¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou da Educação**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴² COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983, p. 170.

Assim, a capacidade feminina para maternar e suas habilidades para retirar disso um reconhecimento da sociedade vão sendo fortemente internalizadas, ao mesmo tempo em que o trabalho externo feminino é desqualificado. Como esposa e mãe devotada, garantia-se sua subordinação ao seu marido, numa relação de poder e submissão que sempre caracterizaram a sociedade patriarcal colonial, e que agora permaneciam na família nuclear burguesa. São conclusivos os estudos de Elizabeth Badinter⁴³ para quem a construção do mito do amor materno foi imprescindível na consagração de um modelo de divisão sexual do trabalho baseado nas diferenças biológicas de cada indivíduo.

Em sentido diametralmente oposto, o homem nunca fora estimulado a permanecer no ambiente doméstico junto de sua família. Seja sob a forma de organização extensa, como na família colonial, seja na modalidade nuclear, o pai isentava-se de manifestações afetivas para com os filhos. O papel prescrito aos homens, seja na família patriarcal colonial, seja na família nuclear burguesa, relacionava-se ao sustento do lar. Deveria, pois, o homem estar à frente das organizações sociais, ser o responsável pela produção de saberes, pela criação dos meios produtivos e pelo exercício dos poderes políticos.⁴⁴ Percebe-se, claramente, a formação de sua identidade voltada à consagração do modelo pai-provedor. A maneira como esse o homem foi socializado fez com que ele assumisse funções públicas, ao passo que, no âmbito doméstico, cabia a esse mesmo homem o exercício apenas da autoridade parental, distante dos filhos e com inexpressivas manifestações de afeto.

Assim, o conceito de masculinidade sempre remeteu, na dinâmica paterna, a existência da figura de um “macho” que, dentro de uma lógica patriarcal não podia externar qualquer afetividade ou qualquer destreza no cuidado com crianças. Demonstrar qualquer habilidade no trato das questões domésticas era apresentar uma feminilidade inaceitável para os padrões sociais do patriarcado, razão pela

⁴³ BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

⁴⁴ NADER, Maria Beatriz. A condição masculina na sociedade. **Dimensões**. Revista de História da Ufes. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, nº 14, 2002.

qual o homem se distanciava do cotidiano familiar e o papel social, ligado à família e à vida doméstica é exercido, com exclusividade, pelas mulheres.⁴⁵

O que se observa, portanto, é que, mesmo extinta a família patriarcal alargada, tem-se um modelo de unidade familiar pautado nas mesmas relações de hierarquização do período colonial. O patriarcado foi, assim, modificando sua configuração, embora, em sua essência, tenha se mantido como um modelo de estrutura familiar que permanece garantindo a autoridade do homem sobre a mulher e a prole. Disso resulta a conclusão de Narvaz⁴⁶, para quem os valores patriarcais atravessaram os tempos e deixaram suas marcas nas constituições das famílias até a atualidade.

2.2 MULHER E TRABALHO: A EMANCIPAÇÃO FEMININA E SEUS REFLEXOS NA RESSIGNIFICAÇÃO DOS PAPÉIS SOCIAIS DENTRO DAS FAMÍLIAS

Com a urbanização e a industrialização, fenômenos que marcaram o final do século XIX e o início século XX, além de transformada pelo processo de nuclearização, a família brasileira sofreu também transformações a partir dos processos de emancipação civil e política das mulheres. Historiadores remetem à segunda metade do século XIX, o momento em que se iniciou a mudança nas cidades que ocasionaria, anos depois, alterações nos papéis sociais de homens e mulheres nas famílias.

Diversos estudos apontam que, na segunda metade do século XIX, as cidades brasileiras prosperaram em tamanho e em complexidade. Com o comércio florescendo, as indústrias se instalando, a comunicação e o transporte cada vez mais eficientes e os índices de alfabetização aumentando gradativamente, os centros urbanos tornaram-se lugares propícios para o aparecimento de novas

⁴⁵ NOLASCO, Sócrates. O masculino: um dilema contemporâneo? In. ___. **O mito da masculinidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

⁴⁶ NARVAZ, 2005.

ideias e ideologias. Estudos de June Edith Hanner⁴⁷ indicam que o processo de alfabetização da população feminina, embora insignificante no final do século XIX, intensifica-se no século seguinte e revela-se como mola propulsora para os movimentos de emancipação da mulher em prol da igualdade civil e política.

Para a historiadora Maria Beatriz Nader⁴⁸, a implantação do regime republicano no Brasil, associada às transformações socioeconômicas e ao fortalecimento das cidades foram minando alguns valores da sociedade patriarcal, promovendo ainda uma revisão nos costumes pela inserção dos indivíduos na educação formal. Segundo a autora

No processo crescente de industrialização e urbanização dessas cidades, os intelectuais positivistas defendiam uma melhora na educação pública como meio fundamental de garantir o progresso do país. Pregavam a moralização dos costumes por meio da instrução, e nela incluíam as mulheres.

Nesse contexto, prevalecia a ideia de que era primordial que essa educação preparasse a mulher para formar bons cidadãos, embora o sistema escolar expressasse o consenso social da época sobre o papel social da mulher. A ela ensinava-se apenas o indispensável para que pudesse viver em sociedade. Havia, portanto, diferenças entre a educação masculina e feminina reforçando a ideia de mundos masculinos e femininos distintos. Hanner cita ainda a exclusão da mulher do ensino superior, tendo sido admitida, inicialmente, apenas a sua participação no ensino elementar. Além disso, o currículo destinado à mulher era bastante feminilizado. Segundo a autora⁴⁹, “a ênfase permanecia na costura, não na escrita. Mesmo exigida nas escolas femininas, a aritmética era inferior à ensinada aos meninos”.

⁴⁷ HANNER, June Edith. **Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850 – 1940**. Tradução de Eliane Lisboa; apresentação de Joana Maria Pedro. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul. EDUNISC, 2003.

⁴⁸ NADER, Maria Beatriz. **Paradoxos do Progresso: a dialética de relação mulher, casamento e trabalho**. Vitória: EDUFES, 2013, p.127.

⁴⁹ HANNER, 2003, p.76.

Para Guacira Lopes Louro⁵⁰, o discurso sobre a educação da mulher no processo de modernização era recorrente. Passou-se a vincular a figura feminina à higienização da família e à construção da cidadania dos jovens. Nas palavras da historiadora

A preocupação em afastar do conceito de trabalho toda a carga de degradação que lhe era associada por causa da escravidão e em vinculá-lo à ordem e progresso levou os condutores da sociedade a arregimentar as mulheres das classes populares. Elas deveriam ser diligentes, honestas, ordeiras, asseadas; a elas caberia controlar seus homens e formar os novos trabalhadores e trabalhadoras do país.⁵¹

Com acesso à educação formal, as mulheres com alguma formação escolar e pertencentes a famílias sem grandes fortunas, começaram a ver no magistério uma ascensão econômica e social. Para Hanner⁵², o magistério começou a ser visto como “uma extensão do tradicional papel de nutriz, num sentido amplo, da mulher-mãe.” Assim, no início do século XX, mais de dois terços do professorado da cidade do Rio de Janeiro já era composto de mulheres, segundo o Recenseamento da População nos anos 1872 a 1920.

Esse processo de feminização do magistério era reforçado por vozes que defendiam uma inclinação natural das mulheres para o exercício da profissão. “Se o destino primordial da mulher era a maternidade, bastaria pensar que o magistério representava, de certa forma, a extensão dessa maternidade”, afirma Louro.⁵³ Seu argumento era de um reforço à ampliação de uma função feminina conveniente para a construção da imagem de professoras dóceis e pouco reivindicadoras de seus direitos. Sobre essa e outras atividades desempenhadas pelas mulheres Nader⁵⁴ afirma que

sua presença destacava-se na função de professoras e em estabelecimentos comerciais, nos escritórios e na burocracia. Isso acontecia porque as atividades que assim desempenhavam davam continuidade às ocupações tradicionalmente femininas. Na realidade, eram serviços marginais ao processo de produção e malpagos.

⁵⁰ LOURO, Guacira Lopes. Mulheres na sala de aula. In DEL PRIORI, Mary (Org.) **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997.

⁵¹ LOURO, 1997, p.444.

⁵² HANNER, 2003, p. 82.

⁵³ LOURO, 1997, p. 445.

⁵⁴ NADER, 2013, p. 125.

Outra atividade tipicamente feminina e que possuía, no final do século XIX, a participação de um grande contingenciamento de mulheres era o trabalho têxtil. Segundo Saffioti⁵⁵, a participação da mulher no setor terciário era muito maior que a população masculina, segundo recenseamento realizado em 1872, ou seja, dos 137.033 trabalhadores das indústrias têxteis, 131.886 eram mulheres. Somente quando o artesanato de tecidos transformou-se em indústria, já no século XX, é que as mulheres perderam postos de trabalho no setor têxtil.

Muitos trabalhos remunerados também eram realizados pelas mulheres dentro de suas residências. Nader⁵⁶ cita que a mais importante atividade manual realizada pelas mulheres em suas casas era a costura. De suas residências, as trabalhadoras recebiam encomendas das grandes fábricas do ramo têxtil e vestuário e dedicavam-se a costura de sacos para embalagem de café.

Esses dados evidenciam que a participação feminina nos processos de industrialização foram reveladores de uma prevalência do trabalho feminino apenas em alguns setores da economia. Entre os ramos que predominavam as mulheres, estavam o de vestuário e o de alimentos. Conforme observa Marques⁵⁷, esses eram ramos que admitiam o exercício do trabalho na própria residência e as tarefas exigidas das mulheres não fugiam das atribuições tidas como tipicamente femininas, o que explica essa prevalência.

O trabalho realizado dentro do próprio domicílio só veio a enfraquecer quando, após a década de 1920, houve o aumento da disponibilidade da força de trabalho masculina que migrava do campo para as cidades. Nader⁵⁸ ainda retrata a substituição da produção feminina doméstica pelo trabalho masculino dentro das

⁵⁵ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O Trabalho da Mulher no Brasil**. São Paulo: Perspectivas, 1982.

⁵⁶ NADER, 2013.

⁵⁷ MARQUES, Teresa Cristina de Novaes; MELO, Hildete Pereira. **Que sejam felizes para sempre! A mulher e seus direitos na sociedade conjugal. Um exame do Estatuto Civil da Mulher Casada de 1962**. Disponível em: <http://historia_demografica.tripod.com/bhds/bhd39/estatuto.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁵⁸ NADER, 2013.

fábricas. A esse fato, somam-se as constatações de Marques⁵⁹ sobre a participação da mulher no mercado de trabalho, pois, para a autora:

[...] a Primeira Guerra (1914/18) intensificou o avanço industrial nacional, mas este setor manteve o padrão de utilização preponderante da força de trabalho masculina. Deste modo, o Censo de 1920 registra que a PEA (ocupados e desempregados) apresentava uma taxa de participação feminina de 15,7%, mas a taxa de atividade (PEA/PIA) era de 13,5%. Isso significa que apenas 13,5% de todas as mulheres em idade de trabalhar exerciam uma ocupação no mercado de trabalho.

Observa-se com os dados apresentados que, embora tenha ocorrido um importante processo de industrialização no Brasil nas primeiras décadas do século XX, essa mecanização não foi capaz de absorver um contingente de mulheres que pudesse equilibrar os números do trabalho externo feminino e masculino.

Para Nader⁶⁰, tal fenômeno pode ser explicado pelo processo de invisibilização das atividades femininas de produção a partir de estímulos a novos modelos comportamentais que intensificavam o papel social da mulher de mãe e esposa. Para a historiadora, discursos católicos e positivistas mantiveram sua influência no Brasil mais ou menos até 1950. Também os discursos médico-sanitaristas ratificavam esse pensamento ao classificar a mulher “como um elemento frágil e delicado em oposição ao vigor e à intelectualidade masculina, sendo por isso naturalmente necessitada de proteção contra os trabalhos insalubres das fábricas”.⁶¹

A urbanização e industrialização do Brasil, na primeira metade século XX não foram, portanto, capazes de promover uma emancipação econômica da mulher que pudesse igualar as estatísticas de trabalho externo, tampouco, capazes de alterar o processo de privatização da mulher em contraposição à sociabilidade do homem nos centros urbanos.⁶²

⁵⁹ MARQUES, 2015.

⁶⁰ NADER, 2013, p. 156.

⁶¹ NADER, 2013, p. 178.

⁶² NADER, 2013.

Na tabela apresentada por Marques⁶³, observa-se que não houve, ao longo de cinco décadas, significativos aumentos das taxas femininas de trabalho remunerado.

Tabela 1 – BRASIL, Composição da População Economicamente Ativa e Taxa de Atividade, segundo sexo – 1920/1970 (%)

	1920		1940		1950		1960		1970	
	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher
PEA	84,3	15,7	81,0	19,0	85,4	14,6	82,1	17,9	79,1	20,9
Taxa de atividade	71,3	13,5	82,8	19,20	80,8	13,6	77,4	16,6	72,2	18,5

Fonte: Censos Demográficos do Brasil, IBGE, apud Marques, ano 2015.

Em nenhum momento, os números atingiram o percentual de vinte por cento para a taxa de atividade da mulher. Assim conclui a autora⁶⁴:

Particularmente, os trinta anos que separam a conquista do direito ao voto, em 1932, e a mudança no Estatuto Civil da Mulher Casada, em 1962, foram de grande avanço da industrialização brasileira, mas os dados mostram que o desenvolvimento industrial no período não resultou no aumento relativo do emprego das mulheres. Houve, sim, aumento absoluto de mulheres empregadas, e mesmo, uma diversificação, mas isso foi ditado pelas próprias transformações da estrutura econômica com a diminuição do emprego agrícola e a intensa migração do campo para a cidade nessas décadas e a subsequente expansão das atividades secundárias e terciárias.

Apenas com o advento das transformações econômicas e sociais ocorridas a partir dos anos de 1960 é que se observa o surgimento de outras oportunidades profissionais que foram retirando as mulheres das atividades tipicamente femininas. A partir do momento em que foram inserindo-as em outras profissões, tiveram também o condão de alterar os indicadores numéricos de sua participação no mercado de trabalho.

Dentre as transformações de ordem econômica que contribuíram para esse fenômeno, citam-se as crises das últimas décadas do século XX que sucederam o panorama até então relativamente estável da economia brasileira. Sobre o tema,

⁶³ MARQUES, 2015.

⁶⁴ MARQUES, 2015.

Maria Beatriz Nader aponta o aprofundamento da situação da pobreza, a rápida desvalorização da moeda, o aumento demográfico e os diversos planos econômicos, que geraram aumento do custo de vida e altas taxas inflacionárias, como fatores que influenciaram na incorporação de um número cada vez maior de mulheres no mercado de trabalho.⁶⁵

Em paralelo a essas mudanças na economia, exitosos movimentos feministas intensificaram os debates acadêmicos sobre a emancipação feminina e a hierarquização dos papéis sociais entre homens e mulheres a partir dos anos de 1960 e também contribuíram para o aumento da taxa de atividade das mulheres. O movimento hippie norte-americano, o advento da pílula anticoncepcional e o movimento estudantil “Maio de 68” em Paris revelaram-se como fatos históricos que estimularam o movimento feminista na Europa e nos Estados Unidos, numa década importante para o Ocidente. Nas palavras da historiadora Célia Pinto⁶⁶

Em meio a esta efervescência, Betty Friedan lança em 1963 o livro que seria uma espécie de “bíblia” do novo feminismo: *A mística feminina*. Durante a década, na Europa e nos Estados Unidos, o movimento feminista surge com toda a força, e as mulheres pela primeira vez falam diretamente sobre a questão das relações de poder entre homens e mulheres. O feminismo aparece como um movimento libertário, que não quer só espaço para a mulher – no trabalho, na vida pública, na educação –, mas que luta, sim, por uma nova forma de relacionamento entre homens e mulheres.

No Brasil, ao contrário dos Estados Unidos e da Europa, que possuíam ambientes políticos mais favoráveis ao surgimento de movimentos libertários, a ditadura militar impôs um cenário nacional de absoluta repressão a todo e qualquer movimento que propusesse liberdades e o regime militar via com desconfiança os movimentos de mulheres. Não obstante, foi nesse ambiente que se intensificaram as manifestações femininas da década de 1970. Em 1975, após a realização da I Conferência Internacional da Mulher no México, a Organização das Nações Unidas patrocinou uma série de debates sobre a condição feminina na sociedade. No fim dessa década, já em 1979, Terezinha Zerbini lançou, no Brasil, o

⁶⁵ NADER, 2013.

⁶⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polit.**, Jun 2010, vol.18, no.36, p.15-23. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em 15 jun. 2014.

Movimento Feminino pela Anistia que teve um importante papel para a anistia no período de ditadura militar, conforme historia Célia Pinto.⁶⁷

Para Freitas⁶⁸, convencionou-se denominar esse período, que se principia na década de 1960 e se estende por toda a década de 1970, de segunda onda do movimento feminista, levando-se em consideração que a primeira etapa estava relacionada à conquista de direitos políticos. Nessa fase, as mulheres reivindicaram, principalmente, igualdade de direitos civis e trabalhistas e liberdade sexual.

Nesse contexto de novas lutas e paralelamente aos movimentos sociais que se levantaram contra a ditadura, as feministas, marcadas por uma forte atividade política, passaram, pois, a denunciar a dominação sexista existente, inclusive dentro dos grupos políticos, de sindicatos e de partidos de esquerda. Muitas dessas mulheres, que vivenciaram intensas experiências políticas de oposição, traziam em seu discurso uma referência ideológica marxista, a partir da qual pensavam também a relação entre homem e mulher. Nas análises de Margareth Rago, a principal estratégia desse movimento foi falar, inicialmente, para as trabalhadoras, “principais portadoras da Revolução Social”.⁶⁹ Os dois principais impressos dessa década, o *Brasil Mulher* de Londrina que circulou entre 1975-1980 e o *Nós, Mulheres*, da Associação de Mulheres de São Paulo, com publicações entre 1976-1975, objetivavam a conscientização das trabalhadoras pobres numa linguagem marxista, cujo objetivo era obter, primeiro, reconhecimento social de um movimento protagonizado por mulheres, e, segundo, conseguir o apoio de outros setores da esquerda. Esse feminismo, ficou, nesse contexto, conhecido como “feminismo rebelde”.⁷⁰

Corroboram essas assertivas, os registros de Cavalcanti, para quem o movimento feminista brasileiro que se vislumbrou nessa época “foi originado e organizado por

⁶⁷ PINTO, 2010.

⁶⁸ FREITAS, Maria Carmelita de. Gênero/Teologia feminista: interpelações e perspectivas para a teologia – relevância do tema. In: SOTER (org.) **Gênero e Teologia: Interpelações e perspectivas**. São Paulo: Ed. Loyola, 2003.

⁶⁹ RAGO, Margareth. **Os feminismos no Brasil: dos anos de chumbo à era global**. Disponível em: <<http://www.tanianavarroswain.com.br/labrys/labrys3/web/bras/marga1.htm>> Acesso em 20 mai 2016.

⁷⁰ RAGO, 2016.

mulheres de classe média, muitas delas com experiência de política de esquerda na época da ditadura militar.” Concretamente, tornou-se um movimento de politização, relevando o problema das relações desiguais entre homens e mulheres para o espaço político.⁷¹

Ainda nos ensinamentos de Cavalcanti, o que se observa para o momento seguinte é a suavização do discurso neo-esquerdista das feministas da década de 60. Para a autora, as linhas construídas por algumas feministas como Carol Giligan, Nancy Chodorow e Jane Flax aproximaram o feminismo da psicanálise e trouxeram um caráter mais interdisciplinar e menos combativo ao movimento.⁷² Associou-se a esse fato, a influência, a partir dos anos de 1980, da criação de novos partidos políticos, trazendo as feministas para novas abordagens no que se refere à relação das mulheres com o poder. Conforme historia Tania Suely, substituiu-se a fase da denúncia das discriminações para uma nova fase de propostas de implementação de políticas públicas que garantissem à mulher sua efetiva participação no poder político.⁷³

O que se sucede, portanto, nesse novo feminismo dos anos 80 é uma explosão desconstrutivista que ampliou os temas que conduziram o campo das práticas feministas para além das reivindicações por participação política. Com o desenvolvimento dos estudos de gênero, novos questionamentos foram feitos na tentativa de buscar respostas e soluções para a subordinação da mulher ao homem bem como a ressignificação da condição feminina na sociedade. Segundo Rago, questões antes secundárias como aquelas relativas à esfera privada, isto é não pertencentes ao masculinizado mundo da política, foram politizadas e levadas à esfera pública. Temas como saúde, corpo, sexualidade e família ganham relevo e uma nova linguagem especificamente feminina inovou as problematizações e conceitualizações para a discussão e compreensão das diferenças.⁷⁴

⁷¹ CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. **Mulheres em ação: revoluções, protagonismo e praxis dos séculos XIX e XX**. Proj. História, São Paulo, 2005, p. 243-264.

⁷² CAVALCANTI, 2005.

⁷³ BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. **A pedagogia do movimento feminista na luta contra o preconceito e pelos direitos das mulheres**. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 7- UFSC, Florianópolis (SC), 2006.

⁷⁴ RAGO, 2016.

Para Rago, esse novo feminismo, contribuiu enormemente para a desconstrução de configurações ideológicas dando visibilidade às perversas formas de exclusão que sempre se operaram no mundo público. Do mesmo modo, novas formas alternativas de organização social e sexual contribuíram para uma ordem mais igualitária de relações, introduzindo discussões não apenas relativas às mulheres, mas, principalmente, ampliadas para as questões de gênero.⁷⁵

Nesse contexto, os estudos feministas colocaram o “Gênero”, compreendido por Susan Moller Okin como a institucionalização social das diferenças sexuais, como uma nova categoria de análise, a partir da qual é afirmada a diferenciação sexual como uma realidade socialmente construída. Ratifica sua proposta conceitual, as análises de Scott para quem o gênero tinha como núcleo essencial duas proposições sendo, pois, “um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos”, e uma forma primeira de significação das relações de poder.⁷⁶

Essa inclusão dos estudos de gênero na nova agenda dos debates feministas levou inúmeros teóricos, a exemplo de Susan Okin, à defesa da politização do pessoal. Contrariando as feministas do início do século XX, que não tiveram a precípua preocupação de desafiar o papel da mulher no interior das famílias, o feminismo das últimas décadas preocupou-se também com suas vivências pessoais, particularmente com o fato de que as relações entre os sexos nas famílias não estão imunes à dinâmica do poder. Demonstrou-se, assim, como as desigualdades entre homens e mulheres no trabalho e na política se relacionam, intrinsecamente, com as desigualdades no interior das famílias e como a evolução desses estudos, ao lado da inserção da mulher no mercado de trabalho foi importante para a reformulação dos papéis sociais.⁷⁷

Outro fator importante de transformação social e que contribuiu para a inserção da mulher no mercado de trabalho foi a expansão das universidades públicas e privadas ocorrida também no último quartel do século XX. A proliferação de vários

⁷⁵ RAGO, 2016.

⁷⁶ OKIN, Susan Moller. **Gênero, o público e o privado**. Estudos feministas, Florianópolis, 16(2): 305-332, mai-agosto/2008.

⁷⁷ OKIN, 2008.

cursos de graduação em novos ambientes acadêmicos foi ao encontro do anseio de várias mulheres que buscavam, mediante a escolarização, ocupar os espaços até então reservados aos homens, o que, invariavelmente, também contribuiu para a ampliação da participação da população feminina no mercado de trabalho.⁷⁸

A consolidação de todas essas mudanças econômicas e sociais ocorreu, segundo Bruschini⁷⁹, na década de 1990 quando solidificou-se o novo padrão comportamental da mulher independente. Segundo Nader⁸⁰, a mulher envolveu-se na marca da mulher contemporânea, que enfrentava a luta pelo fim das desigualdades de gênero sem descuidar de sua feminilidade. Nas duas últimas décadas do século XX, essa mulher, mais moderna e autônoma, continuou se inserindo no mercado de trabalho apesar das fortes crises econômicas que assolavam o país.

Dados estatísticos mais recentes evidenciam que a crescente inserção da mulher no trabalho atingiu seu ápice no atual século, quando a taxa de ocupação da população feminina apresentou um crescimento superior a dos homens no período compreendido entre 2003 e 2011. Em 2003, a população feminina ocupada era de 43%, percentual que sofreu um aumento para 45,4% em 2011. Entre os homens, a variação foi de 57% para 54,6%, uma redução, portanto, da mão de obra masculina em atividade.

Tabela 2 - Distribuição das populações, segundo o sexo (%) – (2003 e 2011)

Período	Em idade ativa		Economicamente ativa		Ocupada		Desocupada		Não economicamente ativa	
	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher
2003	46,9	53,1	55,6	44,4	57,0	43,0	45,4	54,6	35,3	64,7
2011	46,3	53,7	53,9	46,1	54,6	45,4	42,1	57,9	36,1	63,9

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego 2003-2011.

⁷⁸ BRUSCHINI, 1990.

⁷⁹ BRUSCHINI, 1990.

⁸⁰ NADER, 2013.

Historiadores apontam para uma forte tendência de aquisição de níveis cada vez maiores de escolaridade das mulheres, que se iniciou nas últimas décadas do século passado e consolidou-se no atual século. Indubitavelmente, essa crescente profissionalização da população feminina exerceu forte influência nos dados crescentes de sua participação no mercado de trabalho em contraposição aos números decrescentes da população masculina verificáveis nos dados acima.⁸¹

Todas essas mudanças no domínio público influenciaram sobremaneira a organização familiar. A inserção maciça da mulher no mercado de trabalho e sua consequente emancipação bem como os progressos obtidos com o movimento feminista e os estudos de gênero alteraram, substancialmente, as relações no interior das famílias, com novos questionamentos sobre os valores familiares e os papéis sociais de homens e mulheres. Os hábitos femininos se modificaram nas últimas décadas e, na medida em que as mulheres foram adquirindo poder social e econômico pelo acesso à educação e ao trabalho remunerado, tornaram-se mais ousadas em relação ao matrimônio.⁸²

Nesse ponto, merece destaque a importância da aprovação da lei do divórcio no Brasil. Com a falência da vida conjugal e a impossibilidade de sua reconstituição afetiva, não há mais fundamento jurídico para a manutenção de laços matrimoniais até pouco tempo indissolúveis pela lei. Assim, emancipada economicamente e com os novos permissivos legais que viabilizaram a ruptura definitiva do casamento, a mulher se vê agora em uma nova condição jurídica, podendo questionar os padrões sexistas impostos pelo patriarcado ou até mesmo romper com o casamento sempre que essa lhe parecer a melhor decisão. De toda sorte, são variantes que lhe dão a autonomia civil que o ordenamento jurídico sempre as privou.

⁸¹ BRUSCHINI, 1990.

⁸² NADER, 2013.

É o que sustenta Galeazzi⁸³ para quem, a despeito da permanência das desigualdades e das discriminações que até hoje se mantém quando o assunto é mulher e mercado de trabalho, a mudança do padrão de participação econômica das mulheres se fez acompanhar de alterações importantes na família. Evidentemente, dada a complexidade do tema, não há entre sociólogos e historiadores consenso sobre os avanços dessas mulheres rumo a uma família mais igualitária. Para muitos autores como Bruschini, a família está distante de ser isonômica. Apesar das significativas mudanças, há inúmeras mulheres ainda na contemporaneidade que acumulam as duas funções – trabalho externo e doméstico. Além disso, conclui a autora “as mulheres trabalham cada vez mais fora de casa, mas continuam ocupando postos inferiores e ganhando menos do que os homens e dependendo deles economicamente”.⁸⁴

Todavia, uma questão parece imune a questionamentos. Refere-se à incontestável rediscussão do papel social do homem nas relações familiares. Paradoxalmente, foi preciso esperar a libertação política e econômica das mulheres e seu acesso às carreiras outrora reservadas aos homens para que, estabelecida a igualdade jurídica, os homens pensassem em questionar seu papel nas famílias, em especial, no tocante à paternidade.⁸⁵

Mas, por que essa discussão está centrada no exercício da maternidade e da paternidade? A resposta a essa pergunta reside no fato de ter a opressão feminina se originado, precipuamente, na função reprodutora da mulher. Foi essa diferenciação biológica que fez da mulher a parte essencialmente mais fraca. Segundo Simone Beauvoir⁸⁶ é a fisiologia do corpo feminino que constitui a condenação primária do indivíduo mulher.

⁸³ GALEAZZI, Irene M. S. **Mulheres trabalhadoras: a chefia das famílias e os condicionantes de gênero**. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/mulheretrabalho/article/view/2669/2991>> Acesso em: 28 jun. 2015.

⁸⁴ BRUSCHINI, 1990.

⁸⁵ BADINTER, 1956.

⁸⁶ BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo. segundo sexo: A experiência vivida**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1970.

Assim, em decorrência dos processos emancipatórios acima descritos, na contemporaneidade, o que se verifica é uma gradativa mudança no exercício dessas funções paternas e maternas, razão pela qual fala-se em uma mudança na masculinidade. A mulher buscou um espaço ocupado anteriormente pelo homem e com isso adquiriu autonomia. O homem, no mesmo sentido, se viu na condição de ter também de assumir uma função antes atribuída exclusivamente à mulher.

Nesse contexto, para Badinter⁸⁷, sob a pressão das mulheres, o novo pai materna o filho à imagem e semelhança da mãe. Ele se insinua como uma outra mãe e experimenta, quase indistintamente, um corpo a corpo tão íntimo com o filho como a mãe. Depois de séculos de autoridade e de ausência do pai, parece surgir, segundo a autora, um novo conceito, o "amor paterno", semelhante em tudo e por tudo ao amor materno.

Essas mudanças comportamentais resultaram em importantes alterações no campo legislativo que normatizaram novos modelos de guarda no ordenamento jurídico brasileiro para a disciplina das relações parentais. Conforme será explorado no terceiro capítulo, o Projeto de Lei 6.350/2002 que institui a guarda compartilhada no Brasil, após intensos debates legislativos, foi finalmente aprovado em 2008.

Na análise do processo legislativo que deu origem a referida norma jurídica, verificam-se intensos debates parlamentares que preconizam a necessidade de adoção de um modelo de guarda que garanta a isonomia entre homens e mulheres, num regime de corresponsabilização paterna e materna.

Dentre os relatórios que estão anexados ao processo, cita-se o parecer da Deputada Jandira Costa⁸⁸ datado de 10 de novembro de 2004, que assim se manifesta

⁸⁷ BADINTER, 1985.

⁸⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei nº 6.350 de 20 de março de 2002**. Brasília, 20 de mar. 2002. Disponível em

Entendo a necessidade de trazer o instituto da guarda compartilhada expresso no Código Civil, especialmente porque, como defensora intransigente da igualdade entre homens e mulheres, considero que a co-responsabilidade desonera as mulheres com relação aos filhos, na medida em que, de fato, divide o peso da criação dos filhos entre o pai e mãe. [sic]

Além das fontes legislativas que compõem um exame minucioso nos próximos capítulos, observa-se que os processos judiciais de dissolução do casamento e regulamentação da guarda dos filhos menores são também reveladores de uma realidade que confirma o exposto.

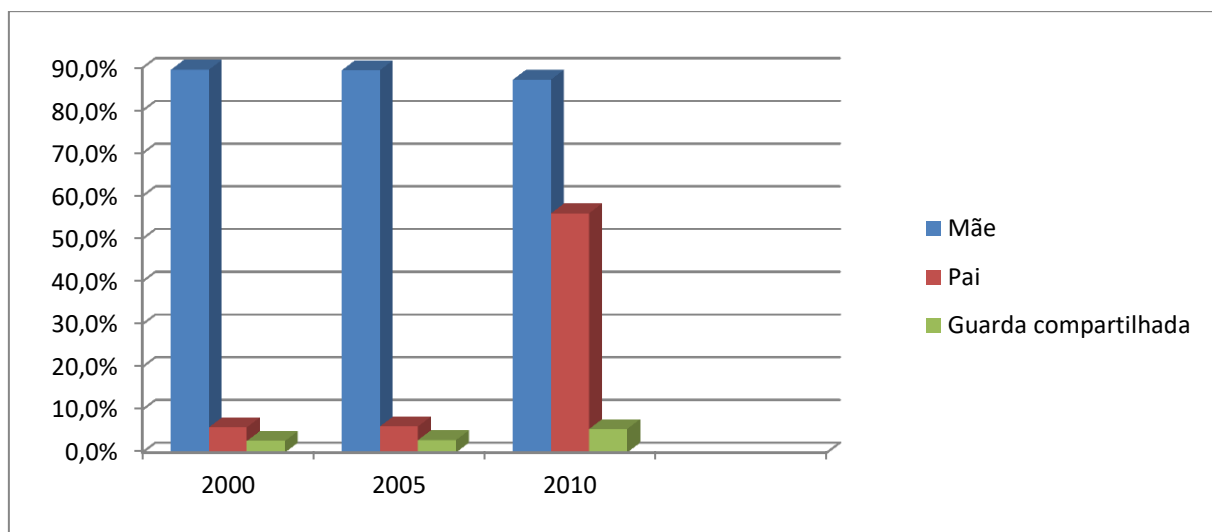
Nos processos judiciais de guarda compartilhada selecionados para análise qualitativa, verifica-se, que em todos eles, a mulher exerce algum tipo de atividade remunerada, um fator que contribui para as homologações judiciais de acordos de guarda compartilhada.

Curiosamente, em muitos desses processos, o homem alega possuir melhores condições de criar e educar os filhos oriundos da união dissolvida. Também são frequentes os pleitos masculinos de guarda sob a alegação paterna de que a genitora estaria praticando atos de alienação parental.⁸⁹ O tema será abordado com profundidade no terceiro capítulo, mas, inicialmente, ratifica a afirmação feita acima acerca da alteração no comportamento do homem que, muitas vezes, reivindica um reforço nos laços afetivos com sua prole.

Atualmente dados estatísticos do IBGE, embora sejam reveladores de uma realidade que ainda consagra a prevalência da guarda materna, têm apontado para um aumento no número de guardas compartilhadas no Brasil.

<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46748>> Acesso em 05 jan. 2015.

⁸⁹ A alienação parental consiste na “interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.” In BRASIL, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Diário [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 26 ago. de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 03 ago. 2015.

Gráfico 1 - Quem fica com os filhos (IBGE)

Números de guarda compartilhada no Brasil (em percentuais):

2000- 2,7%

2005- 2,9%

2010- 5,5%

Fonte: IBGE - números atualizados e divulgados em 20/12/2013- Estatísticas do Registro Civil.⁹⁰

A alteração demonstra que o número de casais que optaram pelo modelo da guarda compartilhada quase dobrou em dez anos. Reflexo da emancipação feminina ou fruto de novas exigências masculinas que também buscam liberar o homem dos ideais do patriarcado, o importante é que os avanços já podem ser observados no cotidiano das famílias. Logo, percebe-se que, após anos de intensas discussões no meio científico, a rígida hierarquização dos papéis sociais entre homens e mulheres já sente o efeito de novas configurações familiares e de fatores sociais e econômicos que provocaram uma significativa alteração na própria estruturação do poder parental.

⁹⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

3 DA FAMÍLIA PATRIARCAL DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À IGUALDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO CIVIL DE 2002: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem; lutar pelas diferenças sempre que a igualdade nos descaracterize.

Boaventura de Souza Santos

Em 1822, embora D. Pedro I tivesse proclamado a independência do Brasil da metrópole portuguesa, foi mantido pelo imperador o arcabouço normativo que vigorava no Brasil desde a chegada dos portugueses, até a produção de um sistema jurídico próprio. Desde o descobrimento do Brasil, as leis que aqui vigoravam originavam-se do próprio sistema legislativo vigente em Portugal e as Ordenações Filipinas de 1603 foram largamente utilizadas.⁹¹

O Direito português aplicável em terras nacionais, em especial o Direito de Família, formou-se sob a influência do Direito Romano e do Direito Canônico. Segundo San Tiago Dantas⁹², das normas eclesiásticas do Direito Canônico veio especialmente a disciplina do matrimônio, com o estabelecimento de inúmeros efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais. Dentre os efeitos pessoais, cita-se o poder do marido sobre sua esposa, denominado de poder marital, que abarcava poderes de representação jurídica e de correção física. No que se referem aos aspectos patrimoniais, as ordenações portuguesas previam a comunhão de bens como regime legal, produzindo seus efeitos logo após a consumação do matrimônio pela cópula do casal. Assim, nos termos da legislação portuguesa, quando havia matrimônio consumado, a “carta metade” imediatamente se constituía, gerando a comunicação patrimonial entre o casal.⁹³

⁹¹ As Ordenações Filipinas, promulgadas pelo rei espanhol Felipe II, tiveram vigência a partir de 1603 em virtude do processo de unificação ibérica. Constituíam-se em uma atualização das ordenações portuguesas que por ela foram revogadas, as ordenações Manoelinas de Dom Manoel, e estas por sua vez, eram uma revisão e atualização das ordenações Afonsinas de D. Afonso V. Por força das lacunas legislativas existentes nessa época, as Ordenações Filipinas foram utilizadas no Brasil até o final do século XIX. In PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**, 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p. 314.

⁹² DANTAS, São Tiago. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

⁹³ DANTAS, 1991.

Outro ponto importante das Ordenações Filipinas diz respeito ao regime dotal. Instituído antes do casamento, geralmente por meio do contrato de esponsais, o dote permitia que a mulher levasse para família do marido seus bens particulares ou de sua família, tão logo ela passasse a pertencer-lhe. Oriundo do Direito Romano, o regime dotal representava uma estrutura patriarcal familiar que tornava o homem usufrutuário e administrador dos bens de sua esposa, fixando-o como provedor e gestor do patrimônio familiar. Como não era permitido à mulher casada gerir seus próprios bens, o dote representava a transferência de seu acervo patrimonial para que seu cônjuge pudesse administrá-lo.

O paradigma axiológico de submissão em que se basearam as disposições relativas ao poder marital também esteve presente em diversas normas referentes ao pátrio poder. Na legislação portuguesa, o conjunto de atribuições e direitos que possuíam os genitores sobre a pessoa de seus filhos menores, incluindo seu patrimônio, era de exercício exclusivo do cônjuge varão e perdurava até o filho menor completar 25 (vinte e cinco) anos. Posteriormente, uma Resolução aprovada no ano de 1831 reduziu para 21 (vinte e um) anos, a idade em que os menores alcançavam a capacidade civil plena, critério etário depois reproduzido na codificação civil brasileira.⁹⁴

Já a alteração da titularidade exclusiva do cônjuge varão ocorreu apenas em 1891 com o advento do Decreto nº 181, quando a mulher viúva conquistou o direito de exercer o poder familiar sobre seus filhos desde que não convolasse novas núpcias. A manutenção da viuvez era, portanto, condição indispensável para o exercício do pátrio poder. Impossibilitadas juridicamente de concorrerem com o marido, as ordenações portuguesas garantiam o poder paterno, mantendo esposa e filhos subordinados a essa autoridade.

A configuração desse poder parental também revelava a existência de um pátrio poder que se estabelecia muito mais como um direito do que um dever. Nessa época, a estrutura da família patriarcal relegava a criança a uma espécie de limbo cultural em que permanecia até a puberdade. Como bem descreve Jurandir Costa Freire, a criança estava presa ao seu papel social de filho. A família colonial, dizia o autor, ignorava-a ou subestimava-a, considerando-a estar em uma posição

⁹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

puramente instrumental. O autor faz referência ao termo “instrumental” entendendo-a como uma posição absolutamente secundária, pois como os demais membros dessa família, “ele era visto e valorizado enquanto elemento posto a serviço do poder paterno.”⁹⁵

Com a excessiva importância dada ao seu pai reduziu-se expressivamente o espaço do filho no ambiente doméstico. “Tratado como um adulto incompetente, sua existência não possuía, por assim dizer, nenhum conteúdo positivo”.⁹⁶ Essa situação influenciou as normas da época que disciplinavam o pátrio poder, estabelecendo-o mais como um poder do pai sobre a pessoa de seus filhos e menos como um dever de educá-los e prepará-los para a vida adulta.

Pela análise das disposições civis presentes nas ordenações portuguesas, verifica-se que as normas familiaristas do período colonial, em especial aquelas referentes ao poder marital e ao pátrio poder, guardavam estreita compatibilidade com o próprio sistema de patriarcado familiar que caracterizou a família brasileira desse período. Com fortes resistências a mudanças legislativas, o processo de codificação civil no Brasil foi bastante tardio, principalmente se comparado aos movimentos positivistas europeus. Investigar esse dificultoso processo de consolidação da lei civil permite ao historiador compreender como as estruturas do patriarcado influenciaram o Estado na criação de suas próprias normas civis.

Era uníssono o entendimento segundo o qual o país instava pela criação de suas próprias leis. Entendia-se que a ideia de se criar um sistema jurídico único de normas permitiria aos operadores do direito uma melhor compreensão da legislação aqui vigente. Dessa forma, o movimento de codificação na criação das normas jurídicas foi sustentado, ao longo da história, por fortes correntes políticas que viam, na promulgação de códigos, a necessária unificação do direito para garantia da ordem estatal. Adotava-se o princípio “um Estado, um código” e essa nacionalização do direito contrapunha-se aos costumes e outras fontes jurisprudenciais.⁹⁷

⁹⁵ COSTA, 1983, p.153

⁹⁶ COSTA, 1983, p. 155.

⁹⁷ CAENEQUEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.6.

O desenvolvimento político dos códigos era relevante, portanto, sob o ponto de vista estatal. Unificadas e postas pelo poder político, a codificação resultaria, assim, na extinção de outras fontes do direito, a exemplo da jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, dando ao próprio Estado o protagonismo na criação da legislação nacional.

Caenegem⁹⁸ cita ainda outros fatores que desempenharam um papel importante para o movimento de codificação. Os códigos modernos, segundo o historiador, respondiam às reivindicações de uma classe média empreendedora que ansiava pela abolição de normas restritivas à liberdade de alienação de terras e normas de responsabilidade individual. Na esfera do direito privado, o código passou a ser também a garantia para o exercício de liberdades civis, assegurando ao indivíduo limitações à ingerência estatal e livrando-o de influências religiosas.

No Brasil, estava prevista na Constituição de 1824 a necessidade de se criar os dois diplomas: o primeiro, o Código Penal, para disciplinar as sanções a serem aplicadas às condutas socialmente indesejadas e o segundo, o Código Civil, para tratar da regulamentação da vida do homem, desde a sua concepção até a sua morte.⁹⁹

Apesar da prescrição constitucional, esse dispositivo não fora cumprido integralmente no Brasil oitocentista. O Código Penal foi publicado no Brasil logo após a independência, em 1824. O direito civil, porém, permaneceu incólume ao movimento de codificação característico desse século.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, não obstante tenha a legislação civilista se consolidado apenas no século seguinte, também não é correto afirmar que o direito privado foi regido integralmente pelas leis portuguesas até a codificação civil de 1916. Durante o século XIX, algumas intervenções legislativas foram feitas no Brasil Império por meio de leis esparsas a fim de que uma reforma legislativa pudesse instaurar no direito nacional a descontinuidade necessária para a implementação de uma cultura jurídica nacional. No campo do Direito de Família,

⁹⁸ CAENEDEM, 1999, p.177.

⁹⁹ PEDROSA, 2008.

o Decreto nº 181 de 1890, que institui o casamento laico no ordenamento jurídico brasileiro, foi a principal lei extravagante criada nesse período de pré-codificação.

Com o direito familiarista, assim como todo o direito civil, sendo regido por leis esparsas, o que se verifica é que o fenômeno da codificação não se revelou, inicialmente, interessante à elite e ao conservadorismo presente em uma estrutura social bastante hierarquizada e patrimonializada. Essa estrutura convivia muito bem com as bases normativas presentes nas disposições portuguesas, com as leis extravagantes que foram sendo gradativamente editadas e também com os repositórios jurisprudenciais, estes últimos, produzidos pelos tribunais locais e com forte influência do Direito Romano.

Assim, com forte resistência ao processo de codificação das leis civis, apenas após a Proclamação da República, o projeto fora entregue pelo então Ministro da Justiça Epiácio Pessoa ao jurista e professor da Faculdade de Direito do Recife, Clóvis Beviláqua que, em abril de 1898, iniciou seus trabalhos, tendo concluído em outubro do mesmo ano. Revisado o projeto por uma comissão de juristas, foi encaminhado ao Congresso Nacional em 17 de novembro de 1900.¹⁰⁰

Em 1902, após intensas discussões entre os parlamentares e com diversos setores da sociedade civil, com especial destaque para a atuação do Instituto dos Advogados Brasileiros, o projeto fora aprovado e, finalmente encaminhado ao Senado, onde encontraria forte oposição de Rui Barbosa.¹⁰¹ No entendimento do senador baiano, o projeto era merecedor de inúmeros reparos em seu texto o que culminou num projeto de revisão que durou vários anos, até finalmente ser aprovado e promulgado em 1º de janeiro de 1916.

¹⁰⁰ PEDROSA, 2008.

¹⁰¹ PEDROSA, 2008.



Figura 1: E a República tem mais um Código

Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php=revista_artigos_leitura&artigo_id=10972

Percebe-se, por essa breve narrativa histórica, como as práticas costumeiras desse período, relacionadas ao colonialismo e ao patriarcado familiar, dificultaram a criação da primeira codificação civil brasileira. Para a elite latifundiária daquela época, criar um novo código para a regulamentação do direito privado representava, pois, a libertação desse passado colonial e a implementação, no Brasil, de um pensamento liberal que poderia desestabilizar as bases do patriarcado.

Foram necessários anos de debates parlamentares para que se pudesse, finalmente, codificar as normas jurídico-privadas, o que comprova as dificuldades muitas vezes encontradas para se perpetrar alterações no ordenamento jurídico. E mesmo no novel contexto de um direito civil recém-unificado, há que se ressaltar que o legislador não deixou de reproduzir, no bojo das novas disposições normativas, as mesmas estruturas de uma sociedade patriarcal,

hierarquizada e patrimonialista. Era, pois, um novo código, porém de arcaicas disposições e que preservava em sua essência o mesmo individualismo conservador que caracterizou o direito pré-codificado, conforme será a seguir abordado.

3.1 FAMÍLIA E RELAÇÕES PARENTAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O trabalho de exegese normativa carece, invariavelmente, de análises aprofundadas dos contextos social e econômico verificados no período de elaboração de uma determinada fonte legislativa. Compreender as disposições do Código Civil de 1916 vai exigir, portanto, um olhar sobre a estrutura social existente à época de sua criação a fim de que se verifiquem as reais condições fáticas que deram ensejo às suas prescrições normativas.

No período em que Clóvis Beviláqua iniciou sua obra de codificação, o Brasil era um país predominantemente agrário, com bastante ênfase na lavoura rudimentar e extensiva, e na última década do século XIX, poucos anos após a abolição da escravidão, alimentado por trabalhadores nacionais e colonos de procedência estrangeira. A indústria ainda não havia iniciado seus primeiros passos e a economia nacional se sustentava, essencialmente, na exportação de gêneros alimentícios.¹⁰²

Com uma economia baseada na exploração da terra, as classes dirigentes eram formadas pela burguesia agrária, formada pelos grandes proprietários e, pela burguesia mercantil, constituída pelos comerciantes, embora em menor número, que dominavam a circulação das riquezas nos centros urbanos. Essas classes mantinham o país no estágio de subdesenvolvimento, visto que essa era a condição para a manutenção de seus privilégios. Todo esse sistema era baseado,

¹⁰² Segundo Orlando Gomes, predominavam nessa época, os interesses dos latifundiários e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para a distribuição interna. A estrutura era predominantemente agrária e ainda mantinha o país num sistema colonial. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Martins Fontes, 2003.

assim, em uma impiedosa exploração de mão de obra rural, realizada em larga escala.

Quanto ao sistema político, verifica-se que essas elites, notadamente a rural, exerciam a dominação da máquina estatal por meio de uma verdadeira deformação do sistema representativo pelo clientelismo eleitoral. Assim, os grandes latifundiários nomeavam os parlamentares e os governadores ao passo que a elite intelectual urbana, também mantinha-se próxima dos coronéis para a conquista de seus espaços.

Segundo Gomes¹⁰³, mesmo com a abolição da escravatura, mantiveram-se as estruturas do colonialismo que, nos primeiros anos do século XX, atingiu seu maior grau, estimulado principalmente pela facilidade na exploração do trabalho dos imigrantes e pelo incremento do comércio internacional. Além disso, o crescimento da classe média se fez, não pela urbanização oriunda da industrialização, mas sim pela expansão do comércio de produtos agrícolas. Assim, fixava-se nas cidades uma classe média que não tinha ideologia própria e que mantinha o conservadorismo dos setores agrários. A codificação civil é obra dessa classe média: interessada no sistema capitalista de produção, porém, sem o sentimento liberal da burguesia industrial presente nos países europeus.¹⁰⁴

Presas aos interesses dos proprietários de terras, essa classe média produziu no Código Civil um conservantismo que se opunha a alguns ideais libertários, o que certamente explica a ausência de direitos sociais nas leis da época. A mentalidade dominante conservava-se fielmente vinculada ao individualismo jurídico, não sendo possível qualificar a codificação de 1916 como uma obra reacionária o que explica a tese de Orlando Gomes de que o Código Civil de 1916 era na verdade um diploma do século anterior. Nas palavras do autor¹⁰⁵

Sem embargo de ter nascido no primeiro quartel do século XX, o Código Civil em vigor é, desenganadamente, um monumento legislativo do século XIX. Ao tempo de sua elaboração, o país não alcançara ainda, na sua marcha evolutiva, a faixa que outros povos mais adiantados, já haviam ultrapassado. Histórica e socialmente, estávamos no século passado quando começou a viger.

¹⁰³ GOMES, 2003.

¹⁰⁴ GOMES 2003.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. **A reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965, p. 22.

O conservantismo jurídico fez-se ainda mais presente nas normas de direito de família cujas disposições se assentavam em um privatismo doméstico característico daquela época. Em 1928, Pontes de Miranda¹⁰⁶ já observava que o direito de família preocupava-se com a preponderância do círculo familiar, ainda despoticamente alicerçado no patriarcado, em detrimento dos próprios círculos sociais da nação.

Era apropriado que o novo diploma refletisse os interesses dessa sociedade patriarcal que não perdesse esse privatismo doméstico nem se libertara de seu sistema de produção agrária que, embora tivesse sido reduzido pela abolição da escravidão em 1888, ainda mantinha uma realidade que arraigava os costumes e impunha a dominação da elite senhorial.

Nesse contexto fático e jurídico, a família era a instituição civil mais importante do novo regime jurídico recém-codificado, o que fica bastante evidente se for considerada a estrutura do novo diploma, que dispunha de uma Parte Geral com 179 artigos, e a esta seguia-se o Direito de Família com 305 artigos. Era, portanto, o primeiro livro da Parte Especial que também possuía um Livro para o Direito das Coisas, o Direito das Obrigações e o Direito das Sucessões.¹⁰⁷

Portanto, torna-se imprescindível analisar a família no Código Civil de 1916. No novo diploma, somente possuía reconhecimento jurídico a família constituída pelo casamento. As uniões concubinárias, embora fossem uma realidade nas camadas mais populares, não foram objeto de regulamentação jurídica no Código Civil de 1916.

Destarte, como expõe a historiadora Tereza Cristina de Novaes Marques¹⁰⁸, o Direito Civil recém-codificado expõe um abismo entre as famílias mais abastadas e a grande massa populacional inculta e desprovida de recursos. Ao conceder reconhecimento jurídico apenas à família matrimonializada, o legislador mantém-se indiferente à realidade dos cotidianos privados nas camadas mais populares. A

¹⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

¹⁰⁷ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁰⁸ MARQUES, Tereza Cristina de Novaes. **A mulher no Código Civil de 1916. Ou, mais do mesmo**. Textos de História. Vol. 12, 2004.

explicação para essa indiferença vem, é claro, na patrimonialidade das relações conjugais que sempre permeou a construção dos laços familiares.

Com o intuito de preservar essa família matrimonializada, o art. 315 assim dispunha: “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges”. Trata-se, pois, da indissolubilidade matrimonial pela vontade dos cônjuges, que persistiu no direito brasileiro até o ano de 1977, quando por ocasião da Lei 6.515/77, foi, finalmente, instituído o divórcio no Brasil.¹⁰⁹

A indissolubilidade do vínculo conjugal chegou a ser discutida pelos juristas nas deliberações que antecederam à promulgação do Código Civil. Coelho Rodrigues na Exposição de Motivos de seu projeto de codificação expôs sua intenção de tornar possível juridicamente o divórcio em caso de adultério, notadamente o masculino, mas acabou recuando¹¹⁰. Beviláqua, convicto de que o divórcio causaria a ruptura de toda a estrutura social e, temendo a instauração de uma espécie de poligamia sucessiva, articula suas razões que, em sua compreensão, eram suficientes para a preservação do princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial no ordenamento jurídico. Sobre o tema, dizia o autor¹¹¹

Se for concedido o divórcio a vínculo, facilitar-se-á o incremento das paixões animais, enfraquecer-se-ão os laços da família, e essa fraqueza repercutirá desastrosamente na organização social. Teremos recuado da situação moral da monogamia para o régimen da poligamia sucessiva, que, sob a forma de poliandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto. [sic]

Para Marques¹¹², os congressistas não ousaram em alterar as disposições constantes no projeto de Beviláqua para implementar o divórcio no Brasil a fim de permitir, finalmente, a aprovação da codificação civil. Depois de frustradas as diversas tentativas de codificação desde o Brasil Império, era necessário, enfim, aprovar o código que unificaria o direito privado brasileiro. Criar o instituto do divórcio representaria um rompimento com o conservadorismo existente na

¹⁰⁹ BRASIL, 1916.

¹¹⁰ Disse o jurista em seu projeto “se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade.” In GOMES, 2003, p.15.

¹¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Em Defesa do Projeto do Código Civil**. Francisco Alves, Rio, 1906, p.97.

¹¹² MARQUES, 2004.

sociedade brasileira no início do século XX, o que, invariavelmente, encontraria resistências no Parlamento e impediria o trâmite do projeto de codificação.

Desse modo, o Código Civil de 1916 apenas contemplou o fim da sociedade conjugal pelo desquite, mantendo, intacto, o vínculo matrimonial. Na prática, isso representava a impossibilidade de os desquitados contraírem novas núpcias, permanecendo assim, intocável o vínculo de casamento que se formara e preservando o patrimônio oriundo dessa relação matrimonial.

Sobre o tratamento jurídico concedido às mulheres nessa família matrimonializada, o Código de 1916 manteve a situação de inferioridade prevista no Código Napoleônico, perpetuando, assim, as bases da família patriarcal. Críticas são feitas pela historiadora Marques¹¹³ em seu trabalho *Mulher e o Código Civil de 1916* sobre essa permanência, pois

É compreensível o código napoleônico ter mantido a mulher sob o jugo do marido, surpreendente é que o instituto tivesse sido incorporado nas obras dos juristas que se propuseram a coligir e codificar as leis civis no Brasil, a exemplo de Teixeira de Freitas, em 1860 e o projeto de Beviláqua, apresentado aos deputados em 1901. A longa permanência dessa desigualdade de poder no casamento é suficiente para justificar uma investigação histórica do assunto.

De fato, a codificação de 1916 previu expressamente a subordinação jurídica da mulher casada, colocando-a na condição de incapaz relativamente. Juridicamente, a incapacidade relativa representa a necessidade de assistência do marido para a prática dos atos da vida civil. Assim, a redação original do art. 6º do referido diploma dispunha¹¹⁴:

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 (art. 154 a 156)
II-as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal
III-os pródigos
IV-os silvícolas

¹¹³ MARQUES, 2004, p. 129.

¹¹⁴ BRASIL, 1916.

Havia, portanto, uma espécie de hierarquização das relações conjugais nas famílias, na qual o legislador mantinha os princípios da família patriarcal francesa ao prever a subordinação da mulher casada ao marido, tornando-a relativamente incapaz após o enlace matrimonial. Ao tolher sua capacidade jurídica para a prática de certos atos, o legislador priva essa mulher de seus próprios direitos civis. Sua condição jurídica de incapacidade relativa evidenciava ainda mais o seu papel dentro da família: o de mera auxiliar de seu consorte.

O homem, por sua vez, era pela lei civil o chefe da sociedade conjugal, chamado de *cabeça do casal*.¹¹⁵ Seus poderes revelavam-se na possibilidade de administração dos bens comuns e individuais da mulher, além de ser o responsável pela representação da família, pela fixação do domicílio familiar e pela autorização para que sua esposa exercesse atividade remunerada fora do lar.¹¹⁶ Em contrapartida, possuía a obrigação de manter toda a família, sendo que sua obrigação de sustentar a esposa apenas cessava quando essa abandonava sem justo motivo a habitação conjugal ou se recusava a voltar.

Ao tratar das disposições concernentes ao poder marital e à subordinação jurídica da mulher casada, Beviláqua considerou ter avançado nos direitos civis da mulher durante a elaboração do projeto do Código Civil. Para a ideologia patriarcal dominante na época, era inadmissível alçar a mulher à condição de plenamente capaz para a prática de atos e celebração de negócios jurídicos. Analisando as

¹¹⁵ Sobre a expressão *cabeça de casal*, muito utilizada na doutrina jurídica do século passado, trazemos à baila as críticas feitas pela feminista Maria Lacerda de Moura em fins de 1928: *Marido, “cabeça de casal”... É ridícula a minha situação de “esposa perante a lei e a sociedade”, aceitando, com a aquiescência do silêncio ou do conformismo, uma posição deprimente para a minha consciência de individualista. Nem eu me intitulo “cabeça” de coisa alguma, nem me sujeitaria ao papel de diretor espiritual ou diretor de consciência ou “protetor” para pensar pelos outros e nem a minha consciência aceita a idéia de estar sob a direção de qualquer “cabeça”, governada ou protegida ou tutelada por uma “cabeça” que a lei me deu. In MARQUES, 2004.*

¹¹⁶ Dispunha o art. 233 do Código Civil: O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

- I - a representação legal da família;
- II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);
- III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV);
- IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III);
- V - prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

fontes legislativas do final do século XIX, que se constituem em fontes primárias do presente trabalho, em especial da Exposição de Motivos que acompanha o projeto de Beviláqua, tem-se as seguintes colocações do jurista sobre o tema:

Desenvolvendo o mesmo pensamento, procurando attender ás justas aspirações femininas e querendo fazer do casamento uma sociedade igualitaria, embora sob a direcção do marido, concedeu o Projecto maior somma de direitos que actualmente vigora entre nós. Não se enfileira o autor do *Projecto* entre os philogenistas combatentes que andam a renhir por não sei que ideal de gynecocracia impossivel. Seu ponto de vista é outro. E' o mesmo que foi externado em livro que por ahi corre, onde se lê: « Que a mulher não foi talhada para as mesmas tarefas que o homem, para funcções civis e domesticas absolutamente iguaes, parece irrecusavel. Basta attender para a organização physica de ambos, pois dessa díssemelhança estatica resultam forçosamente differencas funcçionaes, urnas physiologicas, outras puramente psychicas. [sic] ¹¹⁷

O homem, por sua própria organização, tinha melhores condições físicas e psíquicas para o exercício de certos misteres. Nos dizeres do jurista, o marido possuía “*capacidade mais valiosa para certa classe de actos, mas não conseguirá egualar sua companheira em muitas outras applicações de sua atividade*”. [sic]¹¹⁸

Segundo Beviláqua,¹¹⁹ era necessário, pois, não desvirtuar a mulher, ao estabelecer direitos que pudessem estar, de algum modo, dissociados do papel social que a esposa deveria desempenhar dentro da família.

Olhemos de frente a natureza e amoldemol-a ás necessidades sociaes, sem desvirtual-a, ela nos está claramente dizendo que indivíduos differentemente conformados estão· destinados a funcções differentes. Na familia, deve a mulher gosar de direitos iguaes aos do homem, cabendo-lhe uma esphera de acção propria, distincta, porém harmonica com a de seu marido. Mas, sendo a familia urna organização social, deve ter uma direcção, e esta só póde ser confiada ao homem, sobre cujos hombros pesam as principaes responsabilidades da vida em commum, ao homem que, no dizer de Spencer, tem um espirito mais judicioso e uma constituição mais solida. [sic]

Conforme se verifica nas referidas fontes legislativas, o domínio masculino sobre a mulher dentro do casamento era justificado pela necessidade de conceder maior segurança às entidades familiares, o que já fora discutido no capítulo

¹¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1917.

¹¹⁸ BEVILÁQUA, 1917.

¹¹⁹ BEVILÁQUA, 1917.

anterior. Apesar da crença de Beviláqua de que houve avanços sociais na codificação de 1916, inclusive no tocante ao direito das mulheres, o fato é que a análise das normas que compõe o Livro do Direito de Família, indubitavelmente, conduz o hermenêuta à conclusão de que o código permanecia alicerçado em sólidas bases patriarcais.

Analisando ainda alguns debates parlamentares oriundos da tramitação do Código no Senado Federal, percebe-se que houve a tentativa de assegurar maior autonomia à mulher casada para o exercício de determinadas profissões. O projeto de Beviláqua, ao chegar ao Senado, previa a proibição para o trabalho externo da mulher, e o Centro das Classes Operárias, na tentativa de rever esse dispositivo, dirigiu petição aos parlamentares a fim de alterar a redação original do art. 242 de seguinte teor¹²⁰:

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art.251):
 I - praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235);
 II - alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, II, III e VIII, 269, 275 e 310);
 III - alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;
 IV - Aceitar ou repudiar herança ou legado.
 V - Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.
 VI - Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.
 VII - Exercer a profissão (art. 233, IV)
 VIII - contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

Segundo proposta encaminhada ao Senado, o inciso VII do referido dispositivo deveria conter a seguinte redação: “Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: *VII- Exercer qualquer profissão, exceto a que já tivesse antes do casamento*”. Tratava-se de uma atenuante à proibição contida no projeto original de Beviláqua, que, todavia, não prosperou junto aos parlamentares. Pretendiam os movimentos de operários da época, a redução do poder marital previsto na legislação, que impedia a mulher de exercer, livremente, o trabalho externo a fim de permiti-lo quando a mulher já possuía uma ocupação antes do matrimônio.¹²¹

¹²⁰ MARQUES, 2004.

¹²¹ MARQUES, 2004.

Mas o conservadorismo impediu que tal pleito lograsse êxito e, ao final, prevaleceu a proposta de Rui Barbosa, mais conservadora que a aludida sugestão e com pequena variação semântica quando comparada à disposição constante no projeto de Beviláqua, cuja redação inicial previa a proibição para “*exercer qualquer profissão*”. No Senado, por sugestão de Barbosa, a redação acabou modificada para “*proibição para exercer a profissão*”.¹²²

Ainda na fase de tramitação do Código, foi realizada a inserção de um parágrafo único ao art. 243 que assim dispunha: “*Parágrafo único. Considerar-se-á sempre autorizada pelo marido a mulher que ocupar cargo público, ou, por mais de seis meses, se entregar a profissão exercida fora do lar conjugal*”.

Segundo Beviláqua¹²³, era necessário contemplar uma autorização tácita às mulheres casadas para o exercício de algumas atividades tidas como femininas naquela época, como a de professora, de telegrafista, telefonista ou agente do correio, e que, geralmente, já eram desempenhadas pelas mulheres antes do matrimônio. Para Marques¹²⁴, tal disposição era perfeitamente compreensível num tempo em que a sociedade aceitava que suas mulheres atuassem em determinadas profissões tidas como tipicamente femininas. A título exemplificativo, no caso das professoras, tinha-se o que era denominado de “*feminilização do magistério*”, por ser essa profissão compatível com a vocação maternal e protetora que tanto se estimulava nas mulheres.

Percebe-se que essa proibição para o exercício de trabalho externo pela mulher casada, apenas admitido de forma excepcional e em atividades feminilizadas, acaba revelando as bases de uma legislação fundada no patriarcado e caracterizada, primordialmente, por uma rígida determinação dos papéis sociais de homens e mulheres que colocavam essas últimas, em posição inferior a de seus consortes e reclusas no ambiente doméstico.

E não era só nas relações conjugais que se verificava a supremacia masculina. Além do poder marital e da ortodoxa separação dos papéis sociais entre homens

¹²² Parecer da Câmara dos Deputados às emendas do Senado Federal, 1913. **Códigos Civis do Brasil: do Império à República**. Brasília: Senado Federal, 2001. In MARQUES, 2015.

¹²³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Beviláqua**. vol. II, 1917. p. 137.

¹²⁴ MARQUES, 2015.

e mulheres, nas relações parentais observava-se também a existência de inúmeras normas que perpetuavam o poder masculino sobre os outros membros do núcleo familiar - os filhos menores. O reflexo dessas proposições no campo da filiação e das relações entre os pais e seus filhos pode ser verificado por meio das disposições existentes no Código Civil de 1916 sobre a filiação legítima e o pátrio poder, conforme será examinado.

Referências à legitimidade da filiação são feitas pelo legislador em diversas normas que compunham o Livro de Família do Código de Beviláqua. A fim de garantir a preservação do núcleo familiar, além de regras que impediam a dissolução do vínculo conjugal e que garantiam a subordinação da mulher casada ao marido, havia ainda regras que tratavam dos filhos legítimos e ilegítimos.

Para o Código Civil de 1916 eram legítimos apenas os filhos advindos do matrimônio civil. Havia, pois, uma clara distinção normativa acerca da origem da filiação, sendo certo que, apenas os filhos oriundos do casamento eram contemplados pela legislação civil como sujeitos de direito merecedores de reconhecimento jurídico. Estudos de Maria Berenice Dias¹²⁵ apontam para a existência de terminologias de discriminação, onde os filhos eram classificados de acordo com a situação conjugal de seus pais. Como havia a necessidade de garantir a segurança nas transferências patrimoniais por herança, tema que já foi abordado no primeiro capítulo desta dissertação, o nascimento de filho fora do casamento o colocava em uma situação marginalizada.

À guisa de esclarecimentos, filhos legítimos eram apenas aqueles oriundos do casamento e ilegítimos eram aqueles havidos fora do matrimônio. Existiam ainda os legitimados, filhos de pessoas não impedidas para o casamento, quando da concepção do filho, que supervenientemente vinham a contrair matrimônio, caso em que seus direitos se equiparavam aos dos filhos legítimos. Na filiação ilegítima, havia ainda os filhos naturais e os espúrios. Naturais eram aqueles

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

havidos de pessoas que não possuíam impedimento para o casamento. Os espúrios eram fruto de uniões adulterinas ou incestuosas.¹²⁶

Como não havia certeza quanto à paternidade, o Código de Beviláqua apenas concedia direitos, em especial os sucessórios, aos filhos havidos no casamento. Assim, controlava-se o corpo da mulher impondo-lhe o dever de fidelidade e apenas se admitia a legalidade das filiações que decorressem desse matrimônio monogâmico.

Para Dias¹²⁷, o nascimento do filho fora do casamento colocava-o em uma situação de extrema vulnerabilidade, tudo para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai. Negar a existência da prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Nas palavras da jurista,

Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava do ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhe direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais.

Todas essas disposições relativas à filiação legítima evidenciam a importância da família matrimonializada para a sociedade brasileira do século passado. Reconhecido pela lei civil como o único meio legítimo de se unir a outrem e procriar, o casamento traduzia a hierarquização e a supressão de diversos direitos familiares, em especial aqueles relacionados à mulher e aos filhos.

A omissão do legislador de 1916 quanto a outras formas de constituição de família e de tratamento jurídico aos filhos havidos fora do casamento, além da exacerbada proteção ao indissolúvel vínculo matrimonial, em detrimento da satisfação pessoal dos diversos componentes do núcleo familiar, particularmente em relação à mulher e os filhos, justificavam-se em benefício da paz doméstica. Essas eram as razões para a aversão do legislador aos direitos dos filhos extra-matrimoniais. Com isso eventuais sacrifícios individuais eram compensados, em

¹²⁶ O professor Ricardo Pereira Lima explica que os filhos adulterinos eram aqueles provenientes fora do leito conjugal, *a matre* ou *a patre*, e, os filhos incestuosos eram filhos de pessoas unidas por vínculo de parentesco próximo. In: LIMA, Ricardo Pereira. *Breve estudo sobre as entidades familiares*. In **A nova Família: problemas e perspectivas**. Org. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

¹²⁷ DIAS, 2001.

uma lógica sistêmica, pela preservação da célula *mater*, devidamente modelada sob a ideologia patriarcal.¹²⁸

Também alicerçado na ideologia de submissão familiar, o pátrio poder na codificação de Beviláqua revelava a influência do patriarcado na estrutura normativa composta de regras disciplinadoras do poder parental dos pais sobre a pessoa de seus filhos. Visto como uma forma legítima de exercício de poder, ao cônjuge varão cabia, exclusivamente, a direção da família e dos filhos menores, dirigindo-lhes a educação e administrando-lhes os bens. Reproduzindo as disposições das ordenações portuguesas, não houve nesse ponto qualquer avanço que pudesse inaugurar uma nova ordem jurídico-familiar.

O Código de Beviláqua manteve, assim, a titularidade exclusiva do pátrio poder ao marido. Seguindo as normas pré-codificadas, continuou cabendo ao homem, o exercício exclusivo desse *múnus*. Com forte conteúdo machista, previa a legislação em vigor no início do século passado: “Art. 380. *Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233) e, na falta ou impedimento seu, a mulher.*”¹²⁹

As disposições relativas ao pátrio poder eram tão perversas e discriminatórias que a mulher só poderia exercer esse conjunto de atributos sobre a pessoa e os bens de seus próprios filhos em casos de morte ou desaparecimento de seu consorte. Em caso de morte do cônjuge varão, caso contraísse novo matrimônio, a viúva perdia o pátrio poder que possuía sobre sua prole e que somente havia chegado às suas mãos apenas pela morte de seu marido. Sob essa ótica, era necessário limitar o exercício de qualquer poder à mulher casada, ainda que isso representasse a perda de poderes sobre descendentes maternos exclusivos.¹³⁰

Esse era, pois, o Código Civil de 1916: embora inspirado pelos ideais libertários dos movimentos de codificação europeus, possuía um conteúdo jurídico retrógrado, patriarcal e patrimonialista. Publicado no século XX, revelava um conjunto de normas que dispunha sobre uma família hierarquizada, com forte submissão da mulher casada ao seu marido, chefe da sociedade conjugal. Foram

¹²⁸ LIMA, 1997.

¹²⁹ BRASIL, 1916.

¹³⁰ BRASIL, 1916.

necessárias décadas para que, enfim, o ordenamento jurídico reformasse as normas de Direito de Família, o que comprova a robustez das estruturas patriarcais na sociedade brasileira do século passado.

3.2 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DO SÉCULO XX RUMO À IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES

À sombra de um código civil que apenas reconhecia como legítima a família edificada no casamento, profundas modificações no tecido social, impulsionadas por fenômenos como a industrialização, a urbanização e o movimento de mulheres, ocasionaram importantes alterações legislativas no Direito de Família no século XX. É certo que as mudanças institucionais no terreno normativo tardam ao acompanhar a dinâmica social, mas o fato é que, alterar o direito codificado, sempre exigiu do legislador um esforço parlamentar não verificável na alteração de outras legislações esparsas, estas sim, mais simples para serem revogadas. O dificultoso processo de revisão e alteração de um código, sem dúvida, contribuiu para a revisão de leis familiaristas por legislações extravagantes que foram inaugurando uma nova ordem jurídico-familiar de forma gradativa, ao longo de todo o século XX.

Observa-se a importância de três grandes leis que marcaram o meado do século passado e que antecederam à Constituição da República de 1988: o reconhecimento jurídico de filhos ilegítimos, com a consequente extensão a eles de alguns direitos sucessórios, através da Lei 883/49; a emancipação jurídica da mulher casada por meio da publicação do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.261/62; e, a dissolubilidade do casamento com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515) em 1977.¹³¹

Data de 1949 a primeira lei que permitiu a revisão das normas de filiação no direito brasileiro. Dogma da família matrimonializada, a filiação legítima era o

¹³¹ BARBOZA, Heloísa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século CC*. In: BARRETO, V. (Org.). **A nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

alicerce da monogamia conjugal e, estender aos filhos ilegítimos, em especial os adúlteros, direitos patrimoniais como alimentos e participação hereditária, representava uma afronta à instituição familiar regularmente constituída pelo matrimônio. Tratava-se, como ressaltava Orlando Gomes¹³², de um assunto melindroso, não se podendo, de modo algum, romper com a tradição patriarcal sem se pagar um preço. E o tributo, nesse caso, foi a concessão de apenas metade dos direitos hereditários recebidos pelos filhos legítimos. E não bastou reduzir seus direitos sucessórios, foi necessário declarar no projeto que originou a referida lei que tal direito lhe era concedido como um auxílio que a sociedade generosamente lhe dava para não suportar em toda a sua dimensão, as consequências negativas do erro paterno.

Também de meados do século passado, a Lei 4.121, denominada de Estatuto da Mulher Casada, constitui-se no segundo grande marco do Direito de Família, primeiro passo rumo à igualdade jurídica entre homem e mulher no casamento, o que justifica sua importância para o presente trabalho. Publicada em 1962, a referida lei promoveu grandes avanços ao colocar a mulher casada na condição de *colaboradora* do marido, que ainda mantinha a chefia da sociedade conjugal. Diversos dispositivos do Código Civil foram alterados com a superveniência dessa norma, com destaque para a revogação do dispositivo que colocava a mulher casada no rol de relativamente incapazes, exigindo-lhe a assistência do marido para a prática de atos e negócios jurídicos no âmbito do direito civil.

Marques aponta para uma confluência de fatores que levaram à publicação da referida norma. Seguindo o pensamento de Therborn, outras causas, além daquelas exclusivamente econômicas, são capazes de impulsionar mudanças institucionais por ações legislativas.¹³³ Assim, sugere o autor não ser linear, nem automática a relação entre a mudança econômica e as mudanças culturais, principalmente, aquelas que ocorrem no seio das famílias. É comum um discurso pautado em paradigmas marxistas por meio do qual haveria uma estreita e quase exclusiva relação entre as mudanças do Direito de Família e fatores econômicos como a industrialização, a urbanização e a emancipação econômica da mulher. Dentre esses autores, cita-se o grande jurista Orlando Gomes, que em sua obra

¹³² GOMES, 1984.

¹³³ THERBORN, 2006.

O Novo Direito de Família, atribuiu à incorporação da mulher na cadeia produtiva com a sua consequente emancipação econômica, as mudanças ocorridas na legislação familiarista do século passado. Para o autor, enquanto a mulher permaneceu sob a dependência econômica de seu marido, aceitou a dominação absoluta de seu cônjuge. Nas palavras do autor,¹³⁴

O terreno das relações de família está profundamente resolvido por fato novo, cujas consequências ainda não foram devida e precisamente medidas e apreciadas, mas que repercutem de modo decisivo na organização social e jurídica do grupo familiar. Esse fato novo é a emancipação da econômica da mulher.

Porém, outros elementos não podem ser ignorados na construção desse novo pensamento jurídico, capaz de alterar as disposições normativas, anteriormente fixadas nas conservadoras bases do patriarcado.¹³⁵ Enquanto caminhava o processo de urbanização e industrialização do Estado brasileiro, diversas vozes foram se propagando no sentido de defender os direitos políticos e civis das mulheres. Estudos de Marques apontam para a criação, ainda em 1910, do Partido Republicano Feminino por um grupo de mulheres lideradas pela professora Leolinda de Figueiredo Daltro. Em 1922, surgiu também a FBPF- Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, liderada pela feminista Bertha Lutz, que, após intensas mobilizações pelos direitos da mulher, viu emergir, em 1932, o novo Código Eleitoral finalmente colocando mulher e homem em igualdade de condições para votar.¹³⁶

Mas a conquista do direito ao voto não era a única reivindicação desses grupos. Conscientes de que a emancipação econômica da mulher era o caminho para sua libertação dos processos de submissão, colocaram em discussão temas como saúde, educação e trabalho. Nas palavras da historiadora¹³⁷

Esses grupos de pressão compostos por mulheres escolarizadas sustentaram bandeiras de melhores condições de trabalho, de políticas públicas de saúde infantil e da mulher, do fim dos entraves institucionais que impediam o acesso das mulheres à universidade e a postos de trabalho melhor remunerados.

¹³⁴ GOMES, 1984, p. 5.

¹³⁵ MARQUES, 2004.

¹³⁶ MARQUES, 2004.

¹³⁷ MARQUES, 2004.

Para a historiadora, além dos fatores macroeconômicos, as mobilizações femininas, associadas às diferenças que existiam nos processos deliberativos do Código Civil de 1916 e do Estatuto da Mulher Casada, foram indispensáveis para a aprovação desse último diploma no ano de 1962. E isso se deve ao fato de que, em 1950, a sociedade política esteve mais receptiva à ruptura dos entraves institucionais permitindo, finalmente, a revisão da condição jurídica da mulher casada.

Assim, entre 1950 e 1962, período de tramitação do Estatuto, o próprio Parlamento possuía uma composição mais heterogênea se comparado ao Congresso Nacional responsável pelas deliberações do Código Civil de 1916. Modificado sob o aspecto ideológico – após os recém-conquistados direitos políticos das mulheres – e também sob o aspecto partidário – com a presença de um número maior de partidos políticos- o ambiente político era, naquela década, mais favorável à revisão das normas que colocavam à mulher em uma posição de subordinação jurídica.¹³⁸

Vistos os fatores que contribuíram para a publicação do Estatuto, compete analisar a abrangência da lei 4.121/62 no que diz respeito à nova condição jurídica da mulher casada. Dentre outras conquistas, duas ganham relevo para a presente pesquisa: a já citada conquista da capacidade plena pela mulher para a concretização de direitos civis após o matrimônio, e o livre exercício de qualquer profissão, libertando-a, assim, de prévia autorização marital e garantindo-lhe a emancipação econômica que tanto influenciou na mudança dos papéis sociais dentro das famílias.

Foi mantido, porém, o imperativo normativo segundo o qual a chefia da sociedade entre os cônjuges seria exercida pelo marido, tendo sido apenas acrescentada a expressão “*com a colaboração da mulher*”.¹³⁹ Do mesmo modo, o dispositivo que regulamentava o pátrio poder continuou prevendo o seu exercício pelo pai,

¹³⁸ MARQUES, 2004.

¹³⁹ "Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251)" In: BRASIL, **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 29 set. de 2015.

apenas acrescentando a mesma expressão “*com a colaboração da mulher*”.¹⁴⁰ São alterações que não apontam a paridade entre os cônjuges dentro da sociedade conjugal, ao contrário, continuam revelando a supremacia masculina dentro da família. O Estatuto da Mulher Casada, embora tenha sido um louvável instrumento normativo que assegurou à mulher o exercício de trabalhos remunerados sem a outorga conjugal, ainda a manteve como mera coadjuvante dentro do núcleo familiar, cujo protagonismo permanecia com o homem, tal como no Código de Beviláqua.

Com propriedade apontam os juristas para uma espécie de “*cooperação diferenciada dos cônjuges*”, revelada claramente em normas que atribuíam à mulher casada a condição de consorte, companheira e colaboradora dos encargos familiares. Nesse sentido, critica Heloisa Helena Barboza¹⁴¹

Muito embora seja indiscutível a importância da lei de 1962 para a mulher casada, a manutenção do dispositivo que atribuía a chefia da sociedade conjugal ao marido demonstrou não se ter rompido de maneira global com o modelo do Código Civil, calcado na ideia de unidade orgânica da família, de preservação da unidade familiar.

Compulsando o Projeto de Lei nº 1.804 de autoria do deputado Nelson Carneiro do PSD-BA e que deu origem à referida lei, encontra-se o Parecer do Senador Arruda Câmara que, em julho de 1962, apresentou junto à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, as razões para a manutenção dessa desigualdade o que leva à conclusão de que, mesmo em meados do século XX, ainda era árdua a tarefa de promover mudanças legislativas que declarassem um estado de igualdade jurídica entre homens e mulheres no seio das famílias.

Em sua explanação, o Relator Senador Arruda Câmara, cita trechos de discursos anteriores do Parlamento Brasileiro, o que demonstra a existência de outros projetos de lei que precederam ao Estatuto da Mulher Casada e que também objetivavam a equiparação da mulher casada ao marido.¹⁴² Nítida era a

¹⁴⁰ “Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.” BRASIL, 1962.

¹⁴¹ BARRETO, 1997, p. 99.

¹⁴² CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei nº 1.804, de 31 de março de 1952**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=196374>> Acesso em: 16 ago. 2015.

resistência apresentada pelo Relator às propostas de alteração das normas civis até então vigentes que reproduziu, em seu parecer final, discursos contrários à emancipação feminina, em especial no que diz respeito à possibilidade da mulher casada trabalhar livremente, sem a necessidade de recorrer à outorga conjugal. Em determinado momento expôs

Aprovado o projeto em apreço a que ficaria reduzida a chefia do marido? Suprimir o consentimento do marido para que a mulher escolha profissão é criar uma série de inconvenientes graves, fomentar inúmeros motivos de desavenças e separações. Imagine os senhores Deputados que isso equivale dizer às senhoras casadas: podeis empregar-vos onde, como e no lugar que quiserdes sem dar satisfação ao marido. Mesmo em trabalho noturno, nas boates, nos cassinos... O remédio da demanda em Juízo, apontado no Projeto, é já a ruína do lar. Expôr a mulher, que tem como principal missão o cuidado do lar e a educação dos filhos ao meio do comércio, da indústria, das viagens, do trato constante com pessoas de toda ordem, não me parece, data vênica, emancipação que dignifique a mulher.¹⁴³

Em outro trecho do Relatório, ao tratar de temas como poder marital e papéis sociais de homens e mulher, encontra-se o seguinte discurso parlamentar:

A mulher pouco afeita ao raciocínio e ao comando quase sempre se desmanda quando manda ou comanda. É a lição da História de todos os povos. Num país de tradição cristã querer equiparar a mulher ao marido é um absurdo e um perigo à estabilidade da família... A mulher é o que foi e será sempre - mulher, mãe, esposa, filha, noiva, irmã, sempre mulher. Inútil pretender mudar o curso da natureza. Seu pedestal de honra e glória é ser mulher, continuar a missão divina de criar e educar, funções que exerce no santuário do lar.¹⁴⁴

A emenda nº 02 do Projeto, que pretendia suprimir a autorização do marido para o exercício de profissão de sua esposa, foi bastante criticada pelo Relator Nelson Carneiro para quem a independência da mulher representaria *“uma espécie de subversão da hierarquia familiar, a anarquia dos lares e a constituição de uma espécie de comunidade de esposas, apregoada no Manifesto de Marx”*.¹⁴⁵

As justificativas em defesa da dependência da mulher casada também estão presentes em outros trechos de seu relatório,

¹⁴³ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1952.

¹⁴⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1952.

¹⁴⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1952.

as mulheres não casadas, sejam solteiras ou viúvas, gozam da plenitude dos direitos civis. E em comentário sob a rubrica “Mulheres Casadas” afirma: Incapazes só pelo motivo da dependência do marido. Essa dependência é natural, indispensável para a vida conjugal.¹⁴⁶

Ao final, o senador relator do parecer manteve seu posicionamento contrário às alterações que garantiriam maior autonomia jurídica à mulher casada e manifestou-se pela rejeição de diversas emendas parlamentares.

Apenas em 09 de agosto de 1962, em virtude dos fatores políticos e econômicos já mencionados, o projeto foi encaminhado à deliberação parlamentar em plenário e, em votação única, foi finalmente aprovado.

A terceira grande alteração legislativa do século passado deu-se no ano de 1977. Trata-se da aprovação da Lei nº 6.515/77 que institui o divórcio no Brasil e que somente foi aprovada após intensas mobilizações sociais, exigindo ainda a alteração da Constituição de 1967 por emenda constitucional. Tomando por modelo a legislação francesa, a lei brasileira não admitiu inicialmente o divórcio direto, salvo em uma hipótese constante na parte final das disposições transitórias, em que se exigia a separação de fato há mais de cinco anos. Para esse divórcio direto, concedido excepcionalmente, era necessário que a separação fática do casal tivesse se iniciado antes da promulgação da lei divorcista.¹⁴⁷

O que se percebe é que, dadas as vicissitudes de um período em que houve forte resistência, sobretudo religiosa, para a implementação do divórcio, a dissolução do casamento foi bastante dificultada pelo legislador brasileiro, que somente a aprovou após a decretação da prévia separação judicial com ou sem discussão de culpa. Essa separação representava, juridicamente, um instituto similar ao do desquite, previsto no Código de 1916. Separados, homem e mulher rompiam com a sociedade conjugal – complexo de direitos e deveres oriundos do casamento, mas ainda permaneciam unidos em vínculo matrimonial que os impedia de contrair novas núpcias. Apenas com a conversão dessa separação em divórcio, pela propositura de uma nova ação, é que ambos estariam, enfim, livres para seguir seus caminhos.

¹⁴⁶ BRASIL, 1952.

¹⁴⁷ GOMES, 1984. p 37.

Esse panorama legislativo assentava-se na ideia de que o legislador deveria assegurar uma forma de rompimento do casamento sem o caráter de definitividade garantido pelo divórcio. Assim, esclarece Orlando Gomes¹⁴⁸, para os antídorcionistas, a separação apresentava uma vantagem ao casal, qual seja, o fato de admitir sua reconciliação. Mesmo após sua decretação era possível o restabelecimento da sociedade conjugal, sendo necessário apenas que o casal, consensualmente e por petição conjunta, dirigisse o pleito ao juiz da vara de família. Caso fosse irremediável a ruptura, restaria ao casal separante a conversão da separação em divórcio.

Desse modo, foi necessário criar uma solução intermediária – a separação judicial – para que depois pudesse ser viabilizado o pedido de divórcio, e ainda sim, se preenchidos diversos requisitos temporais. Essa é justificativa para a crítica de Cristiano Chaves Farias¹⁴⁹ para quem, a implementação do divórcio no Brasil, apesar de um avanço capaz de romper com a indissolubilidade do matrimônio, se deu de forma bastante tímida. Apenas com a Constituição de 1988 é que o instituto sofreu algumas alterações no sentido de ser facilitada a sua concessão, seja pela via direta, reduzindo-se o prazo de separação de fato de 05 (cinco) para 02 (dois anos); seja pela via indireta – também chamado de divórcio por conversão – quando exigia-se a prévia separação judicial com prazo mínimo de apenas 01 (um) ano.

E isso só foi possível, pois, na década de 1980, sob a ótica do constitucionalismo moderno, a dissolução do casamento era compreendida mais como um direito da pessoa humana à vida digna do que uma ameaça à estrutura social por desarranjos matrimoniais. Sabiam os legisladores que as dificuldades para a aprovação do divórcio no Brasil existiam em razão dos resquícios do patriarcado. Assim, romper as estruturadas da família patriarcal na legislação brasileira foi, sem dúvida, um processo bastante dificultoso e que perdurou durante todo o século passado.

As três leis aqui citadas demonstram que o Direito de Família foi sofrendo modificações paulatinas, acompanhando a própria mudança da família brasileira

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁴⁹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direito das Famílias**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

que, sabe-se, teve seu quadro evolutivo bastante vinculado às mudanças sociais e econômicas. Com o advento das referidas leis extravagantes, o Código Civil foi sofrendo, ao longo de todo o século XX, sucessivas derrogações, muitas vezes de forma tácita, o que deixou o diploma codificado destoando da realidade social vigente.

É incontestável a assertiva segundo a qual a família do século passado foi ganhando novas feições e novos referenciais, passando a pautar-se no afeto, na ética e na solidariedade recíproca entre seus membros.¹⁵⁰ Após quase um século de vigência do C.C. de 1916 era, pois, o momento de se criar um novo código civil. Um novo diploma codificado que pudesse atender aos anseios sociais e que reproduzisse um complexo de normas que respondesse, de fato, às demandas de uma sociedade que urgia em se renovar.

Dispositivos como aqueles que previam o exercício da chefia da sociedade conjugal do marido, que a exercia apenas com a colaboração da mulher, ou mesmo normas que tratavam do pátrio poder como um *munus* exclusivo do homem e que estavam presentes no Código de 1916, não mais se justificavam numa sociedade que já debatia, e porque não dizer ansiava, pela igualdade jurídica entre homens e mulheres no casamento.

Na segunda metade do século passado esse era, pois, o panorama do Direito de Família: um complexo de normas previstas no retrógrado Código de 1916 e complementado por inúmeras leis esparsas – a exemplo das três leis aqui citadas - cuja principal incumbência era minimizar os impactos negativos de um Código distante da realidade social.

Essa nova realidade refere-se às transformações estruturais pelas quais passou a família brasileira mencionadas no primeiro capítulo desse trabalho e que representaram a passagem da grande família para a entidade nuclear, fato este que teve repercussões importantes no comportamento de seus integrantes. Para Orlando Gomes¹⁵¹, o desaparecimento da família patriarcal e a irrelevância dos vínculos consanguíneos segue a tendência da diminuição das famílias numerosas. Nessa família nuclear, contraem-se gradativamente os poderes do

¹⁵⁰ FARIAS, 2011.

¹⁵¹ GOMES, 1984, p. 23.

marido, que não é mais o cabeça do casal. A mulher divide agora com seu consorte a direção da família, concorrendo com o produto de seu labor para o sustento da prole. Nos dizeres do jurista, não havia mais espaço para “o marido tirano, a mulher submissa e os filhos aterrados”. O grupo mantém-se coeso, porém apoiado em outras bases que não a autoridade incontestável do marido, por meio do poder marital, e do pai, mediante o pátrio poder. É o nascimento da família que se fortalece para garantir a satisfação afetiva de seus membros.

Foi nesse ambiente que o jurista Miguel Reale apresentou seu projeto de criação do Novo Código Civil. A comissão elaboradora, composta pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Erbert Chamoun, Clóvis Couto e Silva e Torquato Castro, sob a coordenação de Reale iniciou seus trabalhos em 23 de maio de 1962. Em 1975, finalizou-se o trabalho da comissão e depois de várias revisões, o presidente Ernesto Geisel enviou ao Congresso Nacional o projeto de lei com o texto do novo Código Civil. Chegando ao Parlamento, sua tramitação foi longa: mais de duas décadas; o que reforça o que fora dito em momento anterior a respeito da morosidade e da dificuldade em se criar ou reformar um Código no Brasil. Tão longo foi seu trâmite que, nesse período, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou a Lei do Divórcio em 1977 e posteriormente a nova Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, alterando sobremaneira, o próprio conteúdo do projeto inicial de Miguel Reale.¹⁵²

Nesse contexto de conquistas democráticas e reformas, a Constituição de 1988 representou um marco na renovação civilística do direito brasileiro, em especial o Direito de Família. Embora a Carta Magna não tenha revogado expressamente o Código Civil de 1916, suas disposições acerca da igualdade jurídica de homens e mulheres na sociedade e no casamento acabaram resultando na não recepção dos dispositivos da legislação civil que previam tratamentos desiguais e discriminatórios.¹⁵³

¹⁵² A esse respeito, inclusive, observa-se que com a redemocratização do país exigindo uma nova carta constitucional houve a suspensão da tramitação do projeto de Reale a fim de que se aguardasse a inauguração da nova ordem e seus possíveis reflexos no direito privado.

¹⁵³ Dispõe o art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher .”

Com isso, diversos imperativos normativos viraram letra morta no ordenamento jurídico, acelerando assim, o processo de reforma do Código Civil. Após 25 anos de tramitação no Congresso nacional, em 10 de janeiro de 2002 finalmente publicou-se no Brasil a Lei 10.406 que institui o Novo Código Civil, consagrando, agora na legislação nacional, um novo modelo de família para a sociedade brasileira.¹⁵⁴

¹⁵⁴ REALE, 2002.

4 NOVOS PARADIGMAS A RESPEITO DOS PAPÉIS SOCIAIS DE HOMENS E MULHERES NAS FAMÍLIAS - ANÁLISES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA

A vida do Direito é o diálogo da História.

Miguel Reale

Os aspectos históricos e econômicos dispostos nos capítulos antecedentes evidenciam significativas mudanças no conjunto normativo regulamentador das relações de conjugalidade e de poder familiar nos núcleos familiares. A partir de uma nova visão, mais isonômica e constitucionalizada da família, o que se verifica na contemporaneidade é a proeminência, também no Direito de Família, dos discursos igualitários que acabaram influenciando fortemente as leis brasileiras no século XXI.

Para o civilista Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵⁵, o grande grito da atualidade é, de fato, o da igualdade. Igualdade entre homens e mulheres, entre raças, entre estrangeiros e nacionais e das classes sociais, entre outros. E essa ideia de igualdade interessa particularmente ao Direito, porque a ela encontra-se intrínseca a própria ideia de Justiça. Fulcrada, portanto, nessa equidade de tratamento legal de todos perante a lei, a Constituição de 1988, além de trazer previsões acerca da isonomia entre homens e mulheres, dispôs também de forma expressa em seu art. 226, sobre a igualdade jurídica entre os cônjuges nas relações jurídico-familiares.

Essa ideologia igualitária que permeou as normas constitucionais do texto normativo vigente é também representativa de um conjunto de valores e ideias relacionadas ao surgimento do Estado Social, rompendo com a tradição patrimonialista e patriarcal das normas civilistas da codificação de 1916.

Incompatível com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, as leis civis previstas no Código de Beviláqua foram sendo interpretadas à luz desses novos fundamentos constitucionais, e os pilares do direito civil, a saber, a família, a propriedade e o contrato, foram ganhando novos

¹⁵⁵ PEREIRA, 1999.

tratamentos jurisprudenciais. Gradativamente, a principal consequência da interpretação das normas civis à luz da Constituição foi o desaparecimento, nos discursos legislativos e nos precedentes jurisprudenciais, da hierarquia entre homens e mulheres, tão característica do modelo patriarcal de família.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil pôde ser compreendido como a elevação no plano constitucional dos princípios estruturantes do direito civil, estando a família incluída nessa nova ordem. Como resultado desse processo, a inserção dos valores constitucionais nos processos de interpretação das normas civis acabou por determinar, inicialmente, a não recepção de leis infraconstitucionais que não guardassem estreita conformação com os novos ditames previstos na carta magna. Posteriormente, esse mesmo fenômeno contribuiu para a edição de novas leis civis que pudessem ser compatíveis com a nova unidade hermenêutica constitucional.¹⁵⁶

É exatamente nesse contexto que foi publicado, em de 2002, o novo Código Civil, tendo este reproduzido, em alguns de seus dispositivos, a igualdade constitucional prevista na Carta Magna. Apesar de outras alterações que surgiram posteriormente a sua entrada em vigor, a redação final do novo Código Civil previu expressamente o exercício igualitário¹⁵⁷ da direção da sociedade conjugal por homens e mulheres e produziu importantes avanços normativos na definição de diversas normas familiaristas que dizem respeito à disciplina legal da guarda dos filhos menores.

Nas lições de Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁵⁸, o direito de família, enquanto parte integrante dessa codificação civil, foi um dos sub-ramos do Direito Civil que mais sofreu as vicissitudes dos movimentos igualitários do século passado e a mulher, até então ausente na codificação de 1916 enquanto sujeito de direitos, ganhou proeminência nos discursos jurídicos acerca da repersonalização do próprio direito privado.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa, n. 141 jan./mar. Brasília, 1999.

¹⁵⁷ Art. 1.567 do Código Civil. "A direção da sociedade conjugal é exercida, igualmente, pelo homem e pela mulher". BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁵⁸ LÔBO, 1999.

Instado a legislar um regramento civil mais isonômico e considerando ainda a nova visão restaurativa das normas de direito de família, as relações entre os cônjuges e destes para com seus filhos menores ganham nova roupagem jurídica a partir, principalmente, da acentuação da raiz antropocêntrica da pessoa e de seus direitos. Assim, como corolário da dignidade da pessoa humana, essa nova visão ontológica do direito impôs novos padrões normativos comprometidos, agora, com a restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis nas quais homens e mulheres participam como sujeitos de direitos, em clara consonância com os novos fundamentos constitucionais.

4.1 A FAMÍLIA BRASILEIRA NO PÓS-CONSTITUINTE: UMA REVISÃO JURÍDICA DOS PAPÉIS SOCIAIS MASCULINOS E FEMININOS À LUZ DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL

Com o advento da Constituição da República de 1988 e a nova codificação civil do ano de 2002, o tratamento legislativo dado à família brasileira sofreu profundas modificações. Para Lôbo¹⁵⁹, a família da contemporaneidade afasta a tradição centenária do patriarcado, relativizando sua função procracional. Desaparecem também suas funções política, econômica e religiosa, de modo que a família apresenta, no século XXI, uma função socializadora baseada principalmente na sócioafetividade.

Para Ana Paula de Barcelos¹⁶⁰, o constituinte de 1988 ao fixar a dignidade da pessoa humana como um princípio central do Estado acabou por jurisdicizar o valor humanista da família, numa clarividente contraposição à família patrimonialista do século anterior. Já o princípio da igualdade, previsto expressamente pelo novo constituinte, traz como consequência jurídica a paridade, pelo menos na lei, entre homem e mulher, tornando perempta toda a supremacia masculina própria do modelo patriarcal de família.

¹⁵⁹ LÔBO, 1999.

¹⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Nesse mesmo sentido, Orlando Gomes¹⁶¹ afirma que as mudanças pelas quais passou a sociedade brasileira desde a segunda metade do século passado contribuíram para o surgimento de novos modelos familiares, estruturados em três importantes pilares, quais sejam, o da liberdade, da igualdade e da solidariedade social. Nas palavras do jurista, a liberdade e a igualdade dos novos modelos familiares desenvolveu-se, principalmente, a partir de uma moderna “tendência antiautoritária no sentido da completa abolição do poder marital”.

Essa crescente democratização da família brasileira e o progresso da vocação jurídico-igualitária impulsionada pela emancipação econômica e jurídica da mulher também concorreram para o desenvolvimento de novos discursos jurídicos que fizeram sobressair a ideia da afetividade enquanto base principiológica do novo Direito de Família. Seja do ponto de vista das relações de conjugalidade, seja do ponto de vista das relações de filiação que unem os genitores e sua prole, a família brasileira chega ao século XXI alicerçada em relações de afeto, solidariedade e de cooperação.¹⁶²

Segundo Luiz Edson Fachin¹⁶³, o Direito de Família da virada do século proclama ainda a chamada concepção eudemonista dos agrupamentos familiares. Não é mais o indivíduo que existe para a família matrimonializada, mas sim a família e o casamento que existem para assegurar, dentro dos novos paradigmas, a realização pessoal dos indivíduos. Nessa nova família constitucionalizada, qualquer relação jurídico-familiar há de estar, forçosamente, pautada na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial o da dignidade e da igualdade jurídica.

Corroboram essa nova concepção eudemonista da família os estudos de Silvana Maria Carbonera¹⁶⁴ sobre a nova família brasileira, pois para a autora,

transformações jurídicas e sociais, informadas pelos processos de industrialização e de urbanização construíram, gradativamente, um modelo de família diverso. O centro das atenções descolou-se do grupo e da figura paterna para os sujeitos, entendidos

¹⁶¹ GOMES, 1984, p. 27.

¹⁶² O princípio jurídico da afetividade reconhece o valor afeto como um bem jurídico tutelável pela ordem legal e indispensável para a dignificação do ser humano.

¹⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁶⁴ CARBONERA, Silvana Maria Carbonera. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2000. p. 183.

individualmente. De uma concepção transpessoal chegou-se a uma noção eudemonista.

Nesse novo panorama em que se acentuam as relações de afetividade a família se torna o refúgio das pessoas contra as pressões da sociedade moderna. Centrada no afeto mútuo presente nos novos agrupamentos familiares, a nova família brasileira começa a, paulatinamente, rediscutir os papéis de homens e mulheres, pondo fim a rigidez de funções parentais característica da família patriarcal. Nas palavras de Carbonera,¹⁶⁵ “os papéis indispensáveis ao grupo familiar foram mantidos: o que modificou foi o modo como os mesmos passaram a ser desempenhados”.

Sob tal perspectiva, urge a necessidade de se discutir uma adequação jurídica às novas conformações familiares pautadas, desta feita, no exercício plural desses papéis sociais dentro das famílias. A igualdade se instalou nas bases jurídicas da família de modo que os sujeitos que compõem um determinado grupo familiar passaram a buscar novos ajustamentos. Sustentados agora num modelo jurídico mais pluralista de atribuições e exercícios dessas funções, a nova família se apresentava em evidente contestação à visão patriarcal que sempre impôs ao homem o papel social de provedor do lar e à mulher o papel de cuidadora dos filhos.

Destarte, o redimensionamento desses papéis prossegue deslocando o homem da chefia da sociedade conjugal e o colocando ao lado da mulher na gestão compartilhada da família, fenômeno que passou a exigir do legislador uma reformulação das bases normativas que regulamentavam os efeitos pessoais decorrentes das relações conjugais e de parentalidade. Chegava então o momento de se realizar uma ampla reforma das normas infraconstitucionais a fim de adequá-las a essa nova família constitucional - mais pluralista e igualitária.

Frente a essas novas exigências e tendo como ponto de partida a base principiológica trazida pela Constituição, a codificação civil de 2002 banuiu toda e qualquer discriminação entre homem e mulher no exercício de poderes parentais na constância do casamento. Pela substituição da expressão “pátrio poder” por

¹⁶⁵ CARBONERA, 2000, p. 183.

“poder familiar”, o novel diploma definiu o poder parental como o complexo de direitos e deveres que tem os pais com relação à pessoa e aos bens de seus filhos menores. O exercício dessa autoridade parental coube, nos termos do novo Código Civil, aos cônjuges em absoluta igualdade de condições, cabendo ao magistrado decidir em caso de conflitos entre os genitores.

Idêntica perspectiva igualitária e afetiva orientou também o constituinte na renovação do papel do filho dentro das famílias. Segundo Carbonera, nesse novo panorama não existe mais um único protagonista pois a dignidade da pessoa humana não distingue sexo ou idade. “No novo modelo de família, cada sujeito é protagonista de sua própria história”, aduz a autora.¹⁶⁶

Desse modo, além dos discursos igualitários que alcançavam homens e mulheres, a família foi também reestruturada segundo o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. Previsto no art. 226 do referido diploma legal, esse princípio erigiu à categoria de sujeito de direitos os filhos menores, assegurando-lhes garantias fundamentais para o seu pleno desenvolvimento.¹⁶⁷ Abre-se, segundo Silvana Maria Carbonera, para a inserção de novos sujeitos ao ambiente de tutela jurídica, uma vez que há “uma nota repersonalizante, fruto da valorização da dignidade humana, que coloca a pessoa como centro da tutela jurídica civil, mais que seu patrimônio.”¹⁶⁸

Com a prevalência dos interesses dos filhos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 - vem somar-se a essa nova diretriz dos modelos familiares contemporâneos, preocupados também com a condição política de absoluta prioridade desses filhos. Com ênfase à convivência das crianças com seus pais, o Estatuto deu a base de sustentação para que, posteriormente, se fizesse uma reformulação nas normas civis referentes à

¹⁶⁶ CARBONERA, 2000. p. 195.

¹⁶⁷ Art. 226. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL, 1988.

¹⁶⁸ CARBONERA, 2000. p. 38.

guarda de crianças e adolescentes, capazes de minorar as negativas repercussões que tem a dissolução do casamento na vida dos filhos.¹⁶⁹

No tocante à disciplina jurídica da guarda, o Novo Código Civil de 2002, em consonância com as regras constitucionais e aquelas previstas no Estatuto, inovou o Direito Civil ao estabelecer como critério para a definição da guarda o princípio do melhor interesse do menor. Sob o título “proteção da pessoa dos filhos”, estabeleceu, originariamente, novas diretrizes para a atribuição da guarda em casos de separação ou divórcio. Contrariando, pois, a lógica patriarcal prevista na legislação anterior e que atribuía precipuamente à mãe a guarda dos filhos em caso de dissolução do casamento, a redação original do novo diploma previu de maneira isonômica a atribuição da guarda aquele que tivesse melhores condições de cuidar dos filhos.¹⁷⁰ Afastava-se, com isso, ao menos no plano jurídico, toda a construção histórica acerca da divisão sexual das tarefas domésticas, conforme abordado em capítulos antecedentes, assentada principalmente na ideia de despreparo dos homens para o desempenho de funções tipicamente femininas.

Igualmente, restou sepultado o anacrônico regime previsto na lei divorcista de perda da guarda em caso de reconhecimento de culpa pelo fim do matrimônio. Do mesmo modo, ficou superada a antiga regra prevista na lei do divórcio, segundo a qual haveria prevalência materna na definição da guarda dos filhos menores em caso de reconhecimento de culpa recíproca.

¹⁶⁹ NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: In: BARRETO, V. (Org.). **A nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁷⁰ A norma aplicada anteriormente para a atribuição da guarda em casos de divórcio era aquela estatuída no art. 10 da Lei 6.515/77 cuja redação segue transcrita:

“Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa adv prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.” BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 dez.1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 11 nov. 2015.

Sob a égide da nova lei civil, o art. 1.584 estabeleceu uma nova regra para a atribuição da guarda em caso de dissolução do casamento assentada, primordialmente, na supremacia dos interesses do filho menor sobre os interesses paternos ou maternos. Dispunha o referido dispositivo: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”¹⁷¹

Baseada na primazia do melhor interesse da criança e do adolescente, a mudança na lei civil brasileira também estava influenciada pela nova ordem jurídica internacional que, desde 1989 fez ingressar no ordenamento jurídico a Doutrina da Proteção Integral através da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembleia das Nações Unidas. O reflexo desse princípio se fez perceptível tanto nas relações parentais quanto na disciplina da guarda e seu estabelecimento. Com efeito, sob essa nova perspectiva de valorização do filho e de seu papel social, qualquer decisão acerca de seu destino não pôde mais ser feita em desconformidade com seus interesses, sob pena de ofensa a sua dignidade bem como a dos demais sujeitos integrantes de um determinado grupo familiar.¹⁷²

Contudo, apesar dos notórios avanços na disciplina jurídica do instituto da guarda, o legislador mantinha no Código Civil de 2002 a guarda unilateral como modelo exclusivo de custódia em casos de dissolução do casamento. Compreendida como a guarda unipessoal do filho menor ou incapaz, a guarda única ou unilateral era atribuída a apenas um dos genitores ou quem lhes substituía após a ruptura do vínculo conjugal. Ao genitor não guardião era resguardado apenas o exercício do direito de visitação.

O deferimento dessa chamada guarda unilateral foi, portanto, um traço característico das ações dissolutórias após a lei divorcista. A partir de uma ideologia muito difundida no patriarcado do século passado- a rigidez dos papéis sociais - buscava-se na guarda unilateral aquele que pudesse exercer, em melhores condições, o papel social de cuidado dos filhos menores. Invariavelmente, como demonstram as estatísticas expostas no primeiro capítulo,

¹⁷¹ BRASIL, 2002.

¹⁷² CARBONERA, 2000.

esse papel social era exercido majoritariamente pelas mulheres, a quem competiu, historicamente, o exercício da função de maternagem.

Para Sérgio Eduardo Nick¹⁷³, com o advento da era moderna a divisão sexual das funções parentais- entre aquele que provê materialmente a família e aquele que cuida da casa e da prole- se acentua nos casais divorciados.¹⁷⁴ E isso se deve ao fato de que na vigência da sociedade conjugal ambos exercem a guarda conjunta de sua prole, uma vez que estão fisicamente e afetivamente unidos. No período pós-ruptura, cinde-se a guarda e cria-se, nos dizeres de Waldir Grizard Filho, uma espécie de família monoparental, na qual apenas um dos genitores a exercerá no âmbito da atuação prática e do cuidado diário. Ao outro, tem-se o exercício de papel de provedor da verba alimentar, e como dito acima, o direito de visitação do filho menor.

Nesse contexto, quando o casal se divorcia, o poder familiar acaba sendo exercido por aquele que det m a guarda do filho menor, de modo que o genitor não guardião sofre uma significativa diminui o em seu poder familiar. Carecendo do direito de convivência diária com os filhos e restringindo sua participa o apenas nos dias de visita, esse genitor muitas vezes se distancia de sua prole correndo o risco de tornar-se mero coadjuvante na dire o da vida de seu filho. Por isso, defende Schneebeli e Menandro¹⁷⁵, a questão da guarda   tão crucial. Não se trata, segundo as autoras, em se determinar com quem ficarão os filhos, “mas de quem ordenará sua vida, quem por eles será responsável e deles cuidar  cotidianamente.”

É preciso atentar ainda para os efeitos nocivos da guarda unilateral sobre os filhos menores. Com a concentra o de poderes parentais em um só genitor, aquele que não det m a guarda passa a exercer um papel acessório na vida do filho. Perde-se a convivência diária, agora substituída pelos lazeres episódicos de finais de semana alternados. Esse antagonismo entre os genitores cria uma rela o delineada por Menandro¹⁷⁶ como “guarda-poder e visita-lazer” que

¹⁷³ NICK, 1997.

¹⁷⁴ NICK, 1997

¹⁷⁵ MENANDRO, Maria Cristina Smith; SCHNEEBELI, Fernanda Cabral Ferreira. **Com quem os filhos ficarão? Representa es sociais da guarda de filhos após a separa o conjugal**. Vitória: Flor & cultura, 2012.

¹⁷⁶ MENANDRO, 2012.

comumente se estabelece em prejuízo para os filhos que, muitas vezes, vê o genitor-visitante apenas como aquele que irá lhe proporcionar alguns momentos de lazer e recreação.

Há ainda um outro efeito bastante danoso da guarda unilateral e do regime fixo de visitação. Segundo Waldir Grisard Filho¹⁷⁷, nesse modelo de custódia as visitas acabam ocasionando um afastamento entre os filhos e o genitor-visitante. E isso muitas vezes ocorre em razão das angústias geradas pelas separações sucessivas. O genitor não guardião, adstrito a uma convivência filial desumanizada pelas prévias estipulações de dias e horários em que terá a companhia de seu filho, fica impossibilitado de criar vínculos afetivos mais sólidos com a criança. Essa, por sua vez, muitas vezes impossibilitada de compreender o modo como serão realizadas as visitas em razão de sua tenra idade, sofre com a ausência desse genitor em sua vida diária. Os efeitos desse modelo de guarda para os filhos é, sem dúvida, desastroso.¹⁷⁸

Majoritariamente, nesse modelo de guarda, compete às mulheres o exercício do papel social de guardiã, com a responsabilidade legal e material dos filhos e, aos homens, o papel de genitor-visitante e provedor da verba alimentar destinada ao sustento da prole.¹⁷⁹

Trata-se, na verdade, das mesmas afirmações universais que foram culturalmente construídas ao longo da história, e que aprisionaram mulheres e homens em modelos sociais rígidos e ideologicamente valorizados como o da mulher-cuidadora e do homem-provedor. Por isso em caso de dissolução do casamento, tem-se a proeminência de guardas unilaterais maternas, que acabam reproduzindo no pós-divórcio, as mesmas concepções patriarcais vigentes durante o matrimônio.

Todavia, com os novos paradigmas igualitários que permearam as discussões jurídico-familiares no final do século passado, ficou cada vez mais difícil sustentar

¹⁷⁷ GRISARD FILHO, WALDYR. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 6ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

¹⁷⁸ GRISARD FILHO, 2013.

¹⁷⁹ Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE no ano de 2007 em 89% dos processos de separação ou divórcio a guarda dos filhos foi atribuída às mães e os 11% restantes, ao pai ou a terceiros com algum grau de parentesco com a criança. In: GRISARD FILHO, 2013.

o modelo unilateral de guarda com a atribuição desta a genitora. Para Grisard Filho, com o reingresso da mulher no mercado de trabalho e com discussões postas pelo movimento de mulheres, fatos esses que se intensificam na segunda metade do século passado, mudam-se as regras tanto no âmbito social como no familiar. Nas palavras do autor¹⁸⁰

[...] nesse novo contexto, os arranjos que bem definiam o *pai provedor* e a *mãe dona de casa* não funcionavam bem, pois desestimulavam aquele de exercer um papel parental ativo e sobrecarregavam esta com as exigências do dever de cuidar dos filhos. As falhas que os sistemas apresentavam, o movimento feminista, a facilitação do divórcio, a aceitação da união estável, levavam a constatação sobre os efeitos benéficos do envolvimento do pai na criação dos filhos, abrindo uma nova era nos arranjos de guarda e visita.

Sem embargo, a análise na evolução nos papéis sociais também perpassa pela evidência, cada vez mais frequente, de que novos homens estariam avançando na busca pela assunção de funções outrora atribuídas as mulheres.¹⁸¹ Nesse diapasão, o papel do pai da família contemporânea também sofre alterações, notadamente no que diz respeito aos cuidados com a prole. Em substituição ao pai provedor, autoritário e distante afetivamente de seus filhos, surge, paulatinamente, a figura moderna de um pai que participa ativamente do desenvolvimento escolar, afetivo e moral de seus filhos, em igual competência com a genitora.¹⁸²

Embora não seja o objeto de pesquisa deste trabalho, cita-se que determinados movimentos de pais no Brasil também reivindicaram a reformulação dos modelos de guarda parental. Movimentos de pais como a APASE (Associação de Pais e Mães Separados) e o Pai Legal, ambos de São Paulo, têm defendido no Brasil não só o compartilhamento da guarda no período pós-divórcio como também a imposição judicial desse modelo de guarda ainda que exista resistência da mulher.

Sobre o tema, advirta-se, porém, para o fato de que a igualdade formal, quando não acompanhada de mudanças no cotidiano das famílias, acaba por intensificar,

¹⁸⁰ GRISARD FILHO, 2013.

¹⁸¹ NICK, 1997

¹⁸² MENANDRO, 2013.

na verdade, um poder masculino travestido do suposto direito de paternidade. Como assevera Carmen Susana Tornquist, em nome dos filhos, muitos desses movimentos de pais representariam, na verdade, uma reação ao avanço nas recentes aquisições de direitos obtidos pelos novos “sujeitos contemporâneos: as mulheres e as crianças”.¹⁸³

Disso resulta a importância em se questionar, como tem feito os movimentos feministas, a imposição obrigatória da guarda compartilhada. Segundo Tornquist, a imposição judicial, feita por um magistrado e sem a aquiescência da mulher, pode resultar em uma reestruturação do próprio patriarcado. Segundo a autora, a determinação desse modelo às famílias, a partir das correntes igualitárias que elogiam os novos comportamentos paternos pode, em alguns casos, significar uma nova forma de opressão, legitimando o poder do masculino agora sobre a mulher no período pós-divórcio.

Serão abordados, a seguir, os aspectos normativos da guarda compartilhada impositiva e como os movimentos feministas estão discutindo a imposição judicial desse modelo de guarda, demanda exclusiva do movimento de pais. Por ora, apenas cita-se a existência também dessas reivindicações paternas nas alterações legislativas acerca da guarda compartilhada no Brasil.

4.2 A GUARDA COMPARTILHADA COMO UM MODELO IGUALITÁRIO DE RESPONSABILIDADE PARENTAL - ANÁLISES HISTORIOGRÁFICAS DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DE FONTES LEGISLATIVAS

Foram muitas as contestações de especialistas das mais diversas áreas que rejeitavam o modelo unilateral de guarda nas famílias do final do século passado. Para Grizard Filho¹⁸⁴, a prevalência da cultura dos melhores cuidados dos filhos pela genitora de forma unilateral e exclusiva, por contrariar os princípios da igualdade e da correponsabilidade parental começou a entrar em declínio no

¹⁸³ TORNQUIST, Carmen S. **Em nome dos filhos ou o retorno da lei do pai: entrevista com Martin Dufresne**. Estudos feministas, Florianópolis, 16(2): 613-629, maio-agosto/2008, p. 617.

¹⁸⁴ GRISARD FILHO, 2013.

período pós-constituente. O modelo de guarda exclusiva começou a ser questionado e outras formas de custódia, como a guarda compartilhada, ganharam relevo no final do século passado.

Inspirada em precedentes internacionais, a guarda compartilhada surge no direito brasileiro no ano de 2008, através da Lei 11.698. Profundamente influenciada pela ideia da igualdade dos direitos conjugais e da primazia dos interesses da criança e do adolescente, a guarda compartilhada no Brasil seguiu uma forte tendência, no plano legislativo, de adoção de um modelo de custódia que pudesse garantir o pleno desenvolvimento dos filhos após a ruptura da sociedade conjugal de seus genitores, além de proporcionar o exercício da coparentalidade entre os genitores.

São fartas as experiências jurisprudenciais e legislativas de diversos Estados estrangeiros com o instituto da guarda compartilhada no último quartel do século passado. No direito português, a guarda conjunta, inicialmente sem previsão legal, passou a ser admitida pelos tribunais em processos de divórcio não- litigiosos quando em 1999 foi criada a Lei nº 59 que permitiu o exercício conjunto do poder parental quando os pais estivessem em comum acordo.

Em 2008, foi dado um importante passo na implementação definitiva da guarda compartilhada através da publicação da Lei nº 61 que tornou o regime de corresponsabilidade parental o modelo prioritário em caso de dissolução do casamento. No direito americano, a chamada “dupla custódia” é intensamente discutida por juízes e advogados. Com políticas públicas dos Estados, buscou-se assegurar ao menor o frequente e ininterrupto contato com ambos os pais após a ruptura do casamento, com fortes incentivos ao compartilhamento dos direitos e das responsabilidades parentais.

Como nos Estados Unidos cada estado tem autonomia para criar suas próprias leis civis, a fim de garantir uma maior uniformidade no tratamento das lides envolvendo conflitos pela guarda de filhos menores foi criada a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, adotada por inúmeros Estados americanos. Segundo levantamento recente realizado por Grizard Filho¹⁸⁵, atualmente 45 desses

¹⁸⁵ GRISARD FILHO, 2013.

Estados autorizavam a guarda compartilhada e em 12 deles, esse modelo de guarda era presumido.

No Direito brasileiro, o instituto da guarda compartilhada surgiu inicialmente nos precedentes judiciais para só depois ser incorporada à legislação civil. Como dito alhures, a família brasileira experimentou, nas últimas décadas, sucessivas alterações que a reestruturaram sob o pálio da igualdade e da afetividade. Não obstante, o direito legislado muitas vezes tarda em acompanhar a dinâmica dos fatos sociais. Com a guarda compartilhada, assim como em outros institutos de direito de família, não foi diferente¹⁸⁶. Inicialmente, competiu à jurisprudência reconhecê-la como um modelo legítimo de custódia para só depois o Estado criar as bases normativas que assegurariam, com maior amplitude, sua aplicabilidade nos processos judiciais de disputa de guarda.

Segundo historia Grisard Filho¹⁸⁷, data de 1986 o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada no Brasil. Desenvolvido pelo juiz de direito e hoje desembargador aposentado Sérgio Gischknow Pereira o instituto começou a ser pesquisado no Rio Grande do Sul e envolveu profissionais das mais variadas áreas como Direito, Psiquiatria, Educação, dentre outros. Embora inexistisse norma expressa que autorizasse a sua implementação, a guarda compartilhada mostrava-se juridicamente viável, sobretudo por ser a única capaz de assegurar o exercício isonômico das funções parentais por homens e mulheres após a dissolução do casamento. Isso sem olvidar os aspectos jurídicos já abordados e que se relacionam à proteção do melhor interesse dos filhos menores, que indubitavelmente, são beneficiados com um modelo mais compartilhado de convivência familiar.

Desse modo, sem grandes esforços, os tribunais brasileiros passaram a admitir a guarda compartilhada, invocando diversos dispositivos normativos constantes do texto constitucional¹⁸⁸, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do

¹⁸⁶ Os efeitos jurídicos decorrentes da união estável, tais como o direito ao pensionamento e o direito de meação, também fora inicialmente assegurados pelos tribunais brasileiros. Após amplo reconhecimento jurisprudencial é que, finalmente, a união estável foi regulamentada pelas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. O mesmo se sucede com a união homoafetiva, reconhecida pela jurisprudência como entidade familiar, porém até hoje pendente de regulamentação legislativa.

¹⁸⁷ GRISARD FILHO, 2013.

¹⁸⁸ Artigos 5º, I (igualdade jurídica entre homem e mulher), 226 § 5º (igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal) e art. 226 § 7º (que reclama a paternidade responsável)

Adolescente¹⁸⁹ (Lei 8.069/90) para dar sustentação jurídica a esse novo modelo de guarda nas sentenças homologatórias de separação judicial ou divórcio.¹⁹⁰

É o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, em 2005, por ocasião do julgamento de uma Apelação Cível, fez expressa menção ao compartilhamento da guarda mesmo diante da lacuna existente na lei civil brasileira, conforme consta da ementa do respectivo julgado:

Separção judicial consensual - Guarda compartilhada - Interesse dos menores - Ajuste entre o casal - Possibilidade - Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos. (TJMG, Apelação Cível Nº 1.0024.03.887697-5/001, em 24/02/2005, Quarta Câmara Cível, Relator Des. Hyparco Immesi, Belo Horizonte).¹⁹¹

No campo legislativo, apenas em 2002, foi apresentado no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.350 que instituiu a guarda compartilhada no direito brasileiro. A proposta, todavia, não teve o condão de criar um regramento minucioso sobre esse novo modelo de guarda, mas tão somente prever a possibilidade de sua adoção nos processos de dissolução do casamento.

Desse modo, sem criar uma legislação extravagante sobre o tema, o projeto de lei tinha por objeto principal apenas alterar o Código Civil brasileiro para inserir o modelo de guarda compartilhada, colocando-a como segunda opção além da já existente guarda unilateral ou exclusiva.

¹⁸⁹ Eram citados dispositivos constantes do Estatuto que garantem à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar (art. 1º; art. 16, V, art. 19 e 21)

¹⁹⁰ Frisa-se que, inicialmente, a guarda compartilhada foi admitida pelos tribunais brasileiros apenas quando resultasse de um acordo entre os genitores. A imposição desse modelo de guarda pelo magistrado era, segundo o entendimento da época, incompatível com a essência do compartilhamento, que pressupunha bom diálogo e relacionamento entre os pais.

¹⁹¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Guarda Compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe?** Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia>>. Acesso em 14 mai. 2015.

Apresentada em 20 de março de 2002 pelo então deputado federal mineiro Tilde Santiago, o projeto que pretendia a instituição da guarda compartilhada baseava-se em dois importantes princípios constitucionais do Direito de Família, quais sejam, o da isonomia de tratamento entre homem e mulher (art. 5º e 226 da CF/88) e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 226 da CF/88).

Fazendo uma análise da exposição de motivos do projeto e dos debates parlamentares realizados à época de sua tramitação, foram encontrados relatórios, substitutivos e emendas que evidenciavam a necessidade da implementação de um novo modelo de guarda que pudesse atender às novas demandas sociais que envolviam os conflitos familiares resultantes de rupturas conjugais. Buscava-se assim, seguir a tendência internacional dos países europeus e da América de Norte de promoção da guarda conjunta. Além desse desiderato, era também necessário dar executoriedade aos comandos constitucionais supramencionados, a partir da criação de leis infraconstitucionais capazes de dotar o sistema legal de mecanismos eficazes para a consecução dos objetivos do constituinte de 1988. Suprir a lacuna legislativa existente nas leis civis brasileiras era, portanto, uma necessidade para garantir maior completude ao sistema jurídico e conformá-lo com a nova ordem constitucional.

As principais razões que impulsionaram o legislador para essa mudança normativa certamente estão relacionadas às análises historiográficas feitas nos capítulos antecedentes e que podem ser resumidas pela passagem da família patriarcal para modelos mais isonômicos e democráticos de entidades familiares. Todos os fatos econômicos e sociais enunciados anteriormente constituem, portanto, uma relevante fonte material para o legislador no limiar deste século.

Neste momento, faz-se imprescindível trazer à lume conceitos elementares da Dogmática Jurídica¹⁹², em especial os que se relacionam às fontes do direito,

¹⁹² Na visão de Dantas, a Dogmática Jurídica ergue o próprio sistema jurídico, explicando a relação e a interdependência dos comandos, destacando os institutos inclusos, hierarquizando princípios, exercendo um papel revelador da excelência ou da imprestabilidade da norma jurídica. Posteriormente, Miguel Reale a concebeu como a interpretação da realidade ou da experiência jurídica de um povo em dada época se desdobrando no fino labor de interpretação das normas, na construção dos institutos e na organicidade do próprio sistema. In: VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. O Direito, a Ciência Jurídica e a Dogmática Jurídica: uma questão de política judiciária. **Novos Estudos Jurídicos**. Ano IV n. 7. Out/1998.

para uma clara compreensão das causas ensejadoras da criação da guarda compartilhada prevista no Projeto de lei nº 6.350.

Isso porque, perquirir os motivos que levam o legislador a disciplinar ou alterar uma determinada norma jurídica remete, invariavelmente, ao estudo das diversas fontes materiais do Direito. Sem embargo de outras definições igualmente apropriadas para a sua conceituação, citam-se os ensinamentos de Abelardo Torr ¹⁹³, para quem referidas fontes “são os elementos e fatores capazes de determinar o cont do das normas jurídicas, influenciando em sua elaboração e posteriormente, em sua interpretação e aplicação”.

São comumente citadas como fontes materiais do Direito a realidade social - assim compreendida como o complexo de fatores sociais, políticos e econômicos que condicionam o Direito; e os valores informativos desse sistema legal- esse último relacionado à própria ideologia que direciona a ordem jurídica.¹⁹⁴

Nesse contexto, Reale¹⁹⁵ enuncia que a fonte material nada mais   do que o estudo filosófico ou sociológico dos motivos  ticos e dos diversos fatores sociais e econômicos que condicionam o aparecimento das leis. Fácil é perceber que o fundamento  tico ou social situa-se, portanto, fora do próprio campo da Ciência Jurídica, aproximando o hermeneuta de outras ciências como a Filosofia, a Sociologia, a Economia e a História. Sobre essa última,

[...] costuma-se dizer que a História   mestra da vida, no sentido de que a experiência passada deve servir-nos de exemplo, e o mesmo se poderá dizer da Sociologia e da Economia, mas nenhum de seus cultores, enquanto se mant m no plano objetivo de suas pesquisas, pensa em converter suas convicções em normas ou regras para o comportamento coletivo. É com base nas apreciações ou valorações econômicas, sociológicas, históricas, demográficas etc. que o legislador (ou, mais genericamente o político) projeta normas, sancionando as que considera devem ser obedecidas.¹⁹⁶

A norma jurídica surge, portanto, quando uma dada realidade cultural envolve uma tomada de posição do legislador que reconhece a obrigatoriedade de um

¹⁹³ TORR , Abelardo. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires. Perrot, 1965.

¹⁹⁴ HERKENHOFF, João Baptista. **Introdução ao Direito: abertura para o mundo do Direito, síntese de princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Thex, 2006.

¹⁹⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 27  ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁹⁶ REALE, 2002, p. 29.

comportamento transformando-o em regra ou norma. Refere-se aqui à realidade cultural, pois a própria sociedade em que vivemos é, em suma, uma realidade construída culturalmente e não um mero fato natural.¹⁹⁷ Exemplificadamente, e com enorme clareza didática, Reale cita a sociedade das abelhas e dos castores como um simples dado da natureza, “porquanto esses animais vivem hoje como viveram no passado e hão de viver no futuro. A convivência dos homens, ao contrário, é algo que se modifica através do tempo, sofrendo influências várias”.¹⁹⁸

Feitos esses esclarecimentos, o que se verifica é que com a guarda compartilhada, os movimentos emancipatórios protagonizados pelas mulheres e descritos no primeiro capítulo desta dissertação foram imprescindíveis para a reformulação das normas constitucionais e civis da família, agora sustentada num modelo mais igualitário e democrático, com vistas à dignificação de todos dos sujeitos que participam desse núcleo (genitores e filhos). Além de fonte material para a regulamentação jurídica da guarda compartilhada, a emancipação econômica e jurídica da mulher foi o vetor de sustentação do princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres, durante e após o desfazimento dos vínculos matrimoniais.

Fontes comprobatórias desta tese são as análises que podem ser feitas dos documentos oficiais que se encontram acostados ao processo legislativo do Projeto de Lei nº 6.350/2002 obtidos junto à Câmara dos Deputados.

Publicada em abril de 2002 no Diário da Câmara, a justificativa parlamentar para o referido projeto de lei civil fazia expressa menção à necessidade de se readequar o Código Civil às novas realidades judiciárias e propunha a alteração de dois dispositivos da lei civil. Num primeiro momento, postulava-se a inserção dos parágrafos 1º e 2º ao artigo 1.583 do mencionado diploma. O primeiro parágrafo evidenciava o importante papel do juiz na fixação do modelo de guarda quando das dissoluções consensuais, prevendo que o magistrado deveria evidenciar às partes as vantagens no sistema de guarda compartilhada. O segundo parágrafo conceituava a guarda compartilhada como “o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal

¹⁹⁷ REALE, 2002.

¹⁹⁸ REALE, 2002, p. 31.

ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar”¹⁹⁹.

Ao apresentar sua justificação para as referidas alterações na lei civil brasileira, o relator²⁰⁰ do projeto afirma que

A justificativa para a adoção desse sistema está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

Em outro momento, ratifica a tendência dos discursos igualitários, manifestando que a própria noção da guarda compartilhada surge do desequilíbrio dos direitos parentais. Para o autor do projeto a nítida preferência dada à genitora para a guarda dos filhos menores sempre foi criticada. Em outro momento qualifica essa preferência materna como “abusiva e contrária à igualdade”.

Em seguida o relator do projeto conclui que “a guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação como pai e mãe, havendo uma coparticipação em igualdade de direitos e deveres.” Um regime mais igualitário, assevera o relator, só aproxima o filhos de seus pais, de modo que os benefícios para o bem-estar de todos são grandiosos, “não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes”.²⁰¹

Com especial ênfase ao princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, o deputado Homero Barreto também posicionou-se favoravelmente à aprovação do projeto de guarda compartilhada, sem mencionar, contudo a necessidade de se estabelecer um modelo de custódia que assegure a igualdade constitucional dos genitores envolvidos. Para o parlamentar,²⁰²

A guarda compartilhada é um avanço protetivo da família brasileira, que pode ter se transformado conforme os costumes sociais se modificaram, mas ainda tem que ser o nicho seguro, a base da formação do caráter de nossos cidadãos. Não é mais tempo de “pais de fim de semana” ou “mães de feriados”. É preciso que os genitores compreendam que sua presença diária é indispensável, e que seus deveres não cessam com o fim do

¹⁹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002.

²⁰⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002.

²⁰¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002.

²⁰² CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002.

casamento. Os filhos são laços eternos entre os que se separaram ou divorciaram.

Posteriormente, em 11 de novembro de 2004 é apresentado pela deputada Jandira Feghali na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados voto em separado no qual a parlamentar qualifica-se como defensora intransigente da igualdade entre homens e mulheres. Para a parlamentar, o regime de corresponsabilidade “desonera as mulheres com relação aos filhos, na medida em que, de fato, divide o peso da criação dos filhos entre pai e mãe”. Além disso, favorece o exercício comum da autoridade parental, uma vez que cada genitor, marca sua presença de maneira mais eficiente conservando assim “o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”.²⁰³

As análises dos respectivos discursos parlamentares demonstram que as motivações para a criação da guarda compartilhada ora evidenciavam uma proeminência dos argumentos igualitários no processo discursivo, ora demonstravam a importância em se realçar os interesses dos filhos menores nas definições de guarda. Todavia, não só nos discursos parlamentares, mas também nas decisões judiciais que serão a seguir examinadas, há uma forte tendência em se invocar o princípio do melhor interesse do filho na defesa do compartilhamento, muitas vezes em detrimento de justificativas pautadas na igualdade de gênero.

Não há dúvidas de que ambos os fatores influenciaram na criação da guarda compartilhada. Todavia, a proeminência de alguns discursos que invocavam a proteção dos filhos menores pode ser respondida a partir das análises da teoria argumentativa do filósofo Chaim Perelman, consolidadas em sua obra Teoria da Argumentação. O conceito básico de sua teoria é o de auditório (auditoire), assim compreendido como o conjunto dos indivíduos sobre os quais o orador quer influir por meio de seu discurso. Segundo Alexy, o auditório de um congressista no parlamento, segundo a teoria de Perelman, pode ser parte do parlamento, todo o parlamento ou mesmo o povo e “a finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. Para consegui-lo, o orador deve adaptar seu

²⁰³ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002.

discurso ao auditório.”²⁰⁴ Com vistas a influenciar um parlamento majoritariamente masculino, parece clarividente que o auditório dos parlamentares que se pronunciaram sobre o referido projeto eram outros deputados. Nesse contexto, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de forte apelo popular e ideologicamente mais próximo dos deputados, acabou prevalecendo em alguns discursos.

Do mesmo modo, foi citado pelo autor do projeto, deputado Tilden Santiago, a importância dos movimentos de pais na discussão da guarda compartilhada, evidenciando que esta seria uma conquista muito mais afeta ao universo dos homens do que uma conquista que teve como seu ponto de partida as contestações femininas da ordem patriarcal e da rigidez e hierarquização dos papéis sociais dentro das famílias. Consta do processo de elaboração da lei o seguinte discurso parlamentar

[...] louvo a iniciativa da Associação Pais para Sempre, do APASE Brasil - Associação de pais Separados do Brasil, movimentos de cidadania para o reconhecimento dos direitos e deveres daqueles pais e mães, que mesmo após o rompimento conjugal, querem manter o relacionamento com os filhos, além de poderem exercer suas responsabilidades e obrigações. A separação e o divórcio devem acontecer somente entre os pais, não entre pais e filhos.²⁰⁵

Esse discurso é uma clara evidência de como as discussões sobre relações de poder e gênero ainda encontram resistência em determinados segmentos da sociedade. Apesar de existir consenso entre historiadores, sociólogos e juristas sobre a influência da emancipação feminina na ressignificação dos papéis sociais masculinos e femininos na família contemporânea, em diversos momentos soou mais alto, entre os parlamentares, o argumento político segundo o qual a criação da guarda compartilhada originou-se e teria seu principal fundamento na doutrina da proteção integral dos filhos menores, conforme já exposto alhures.

Ainda no tocante às fontes legislativas, deve ser ressaltada a publicação, no ano de 2014, de uma nova lei da guarda compartilhada no Brasil. Embora não seja

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 159.

²⁰⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002.

objeto do presente trabalho, em razão do marco temporal previamente estabelecido para as análises historiográficas (2007 a 2012), reputa-se de grande relevância a citação, no âmbito deste trabalho, da Lei nº 13.058 do ano de 2014.

Referida norma jurídica, nasce como resposta aos anseios dos movimentos de pais citados acima e, buscando também aumentar os baixos índices de guarda compartilhada verificados no Judiciário, instituiu a chamada guarda compartilhada obrigatória ou decorrente de imposição judicial. Nos termos da nova lei, o modelo de compartilhamento passa a ser adotado, prioritariamente, nas ações de dissolução de casamento ou união estável, apenas sendo afastado pelo magistrado se um dos genitores declararem, de forma expressa nos autos, o seu desinteresse ou sua discordância quanto à guarda compartilhada.

Com essa nova alteração, o ordenamento jurídico inova ao prever a imposição desse modelo de custódia, uma vez que antes da referida mudança, a guarda compartilhada apenas poderia advir de soluções conciliatórias. Nos termos do novo § 2º do art. 1.584, o legislador passa a prever que mesmo inexistindo acordo, “encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”²⁰⁶

Constata-se, segundo ratifica o jurista Flávio Tartuce²⁰⁷, que esse compartilhamento passa ser a prioridade das demandas judiciais, devendo o magistrado perseguir esse modelo de custódia ainda que o casal divorciante não tenha se pronunciado anteriormente nesse sentido. Em consonância também com entendimentos jurisprudenciais anteriores, novamente o legislador traz para o texto legal, entendimentos que se consolidavam no âmbito dos tribunais. Nesse sentido, traz-se à baila importante aresto proveniente do Superior Tribunal de Justiça que, no ano de 2014, mesmo ano de edição da lei da guarda compartilhada obrigatória, manifestou-se no sentido de que a guarda

²⁰⁶ BRASIL, Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 22 ago. 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁰⁷ TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória- Análise crítica da Lei 13.058/2014.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes>>. Acesso em 12 jun. 2016.

compartilhada deveria ser imposta ao casal litigante ainda que não existisse consenso entre os genitores.

Um pequeno excerto do referido julgado revela que a guarda compartilhada deve ser o ideal buscado no exercício do poder familiar, mesmo que isso demande dos genitores divorciantes “reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial.”

Sem embargo de outros posicionamentos favoráveis à guarda compartilhada impositiva e que encontrariam amparo no princípio do melhor interesse dos filhos menores, atenta-se para o fato de que, muitos homens estão atualmente se valendo dos mesmos discursos igualitários ecoados pelos movimentos feministas para obterem novas formas de controle da família recém-dissolvida. São, portanto, reivindicações masculinistas que, segundo Martin Dufresne²⁰⁸, revelam na verdade uma contraposição sexista às conquistas femininas. Segundo o autor canadense, ancorado nos supostos “direitos dos homens”, o masculinismo investiu muito nessas fórmulas de guarda das crianças e da autoridade parental conjunta para apresentar resistência aos discursos e às conquistas feministas.

Desse modo, há que se ressaltar a importância em se verificar, à luz do caso concreto, os reais motivos que levam os homens a reivindicar o modelo de compartilhamento quando há contestação por parte da mulher. Situações em que a guarda compartilhada pode ocasionar um acirramento ou um prolongamento do litígio entre os genitores ou, quando há histórico de violência doméstica contra a mulher, jamais podem permitir a imposição desse modelo pelo magistrado, sob pena de se manter as mesmas estruturas patriarcais outrora combatidas pelas lutas das mulheres.

²⁰⁸ TORNQUIST, 2008.

4.3 A GUARDA COMPARTILHADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: SENTENÇAS JUDICIAIS DE GUARDA PROFERIDAS NA COMARCA DE VITÓRIA – 2007 A 2012.

As explanações feitas até o momento reforçam a importância dos fatos históricos para a criação das normas jurídicas. Com efeito, o direito forma-se a partir de uma determinada realidade social. Nas palavras de Michel Mialle “toda essa perspectiva mostra bem que, quer ao nível da sua elaboração, quer ao nível da sua aplicação, o direito é investido pelos factos.”²⁰⁹ Impossível, pois, olvidar a contribuição dos aspectos sociais para a criação da norma e posteriormente para sua interpretação, razão pela qual os processos históricos de hermenêutica jurídica também constituem-se em importantes mecanismos para a compreensão da norma. Posteriormente, quando da aplicação do Direito, todos os elementos exteriores à norma jurídica, mas que influíram para a sua criação, podem ser considerados na busca da satisfação plena do Direito.

Essa questão representa, nos dizeres de Reale²¹⁰, o cerne da atividade jurisdicional, uma vez que é função primordial do magistrado declarar o direito *in concreto*. Portanto, a análise hermenêutica dos preceitos normativos de uma determinada ordem jurídica envolve não só a interpretação do ordenamento vigente com também abrange o modo como as leis são aplicadas pelo Estado quando os litígios lhe são apresentados o que, inevitavelmente, leva o pesquisador a se debruçar sobre uma fonte valiosa de pesquisa, a dos processos judiciais.

No âmbito da presente pesquisa foram analisadas, também como fontes primárias, 344 (trezentos e quarenta e quatro) sentenças judiciais em ações de dissolução do casamento por separação judicial ou divórcio. O levantamento dos dados se deu no Fórum Cível de Vitória, em uma das Varas de Família que compõem a estrutura judiciária da comarca da capital.

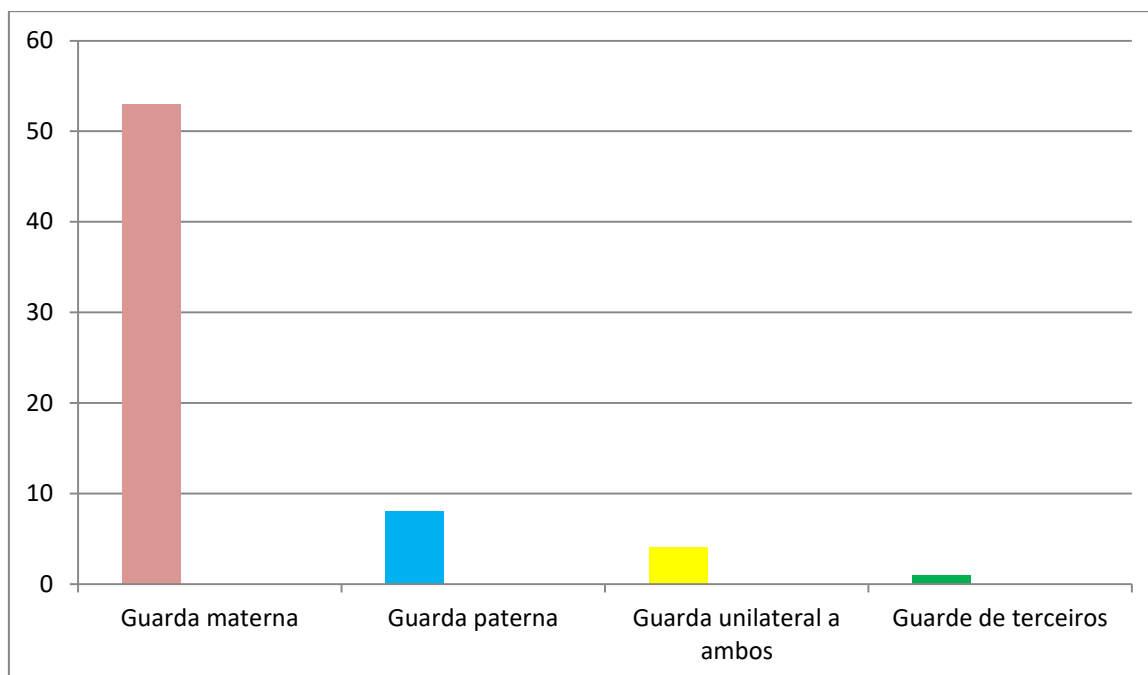
²⁰⁹ MIALLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Editora Estampa, 1994.

²¹⁰ REALE, 2002.

Na análise das fontes e na discussão dos resultados, foram preservados quaisquer dados que pudessem levar à identificação das partes, tais como, nome das partes, número do processo, endereço, e outras descrições pessoais ou mesmo relacionadas às exposições de fatos trazidos pelas partes e que possam, de algum modo, comprometer o sigilo processual. Ressalta-se que o sigilo das ações judiciais de família é protegido pelo Código de Processo Civil brasileiro²¹¹. A presente pesquisa só foi possível após autorização obtida do juiz titular da respectiva Vara e mediante a apresentação do Termo de Confidencialidade que se encontra em anexo ao presente trabalho.

O primeiro levantamento de dados refere-se ao conjunto de provimentos jurisdicionais proferidos pelo magistrado no ano de 2007, um ano antes da publicação da Lei da Guarda Compartilhada. Foram analisadas 66 (sessenta e seis) sentenças judiciais em ações de separação judicial, divórcio e guarda de filhos menores. Em alguns casos, as sentenças resultam de acordo entre as partes, ocasião em que são meramente homologatórias, e, em outros casos, resultam de decisões judiciais proferidas no término do processo pelo juiz. Do total dessas sentenças, em 53 (cinquenta e três) processos a guarda foi atribuída à genitora, em 08 (oito) a guarda dos menores foi atribuída ao pai, em 04 (quatro) processos foi atribuída guarda unilateral a ambos os pais e em apenas 01 (um) processo a guarda foi atribuída à avó materna. O gráfico a seguir demonstra os números que foram obtidos através do levantamento realizado.

²¹¹ Nos termos do art. 189 do CPC, tramitam em segredo de justiça as ações que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes.

Gráfico 02- Sentenças judiciais -Ano 2007

Fonte: sentenças judiciais- ano 2007.

Registra-se que, num universo de 66 (sessenta e seis) processos analisados cujas sentenças datam do ano de 2007, não há homologações ou decisões judiciais sobre guardas compartilhadas entre os genitores, não obstante, essas já existissem na jurisprudência brasileira.

A guarda unilateral atribuída a ambos os genitores foi verificada em 04 (quatro) processos analisados no ano de 2007. Todavia, não se trata de compartilhamento de custódia, mas tão somente de casos em que os genitores acordaram a guarda unilateral de determinados filhos. Assim, consta em uma das sentenças homologatórias a seguinte cláusula

[...] os filhos do casal Samanta, Mirela e Marcos ficarão na companhia do pai e Carla, Sara e João ficará na companhia da mãe, assegurados aos pais o direito/dever recíproco de visitação de modo que restem respeitados os horários escolares dos menores e de repouso.²¹²

²¹² São utilizados prenomes fictícios para preservar a identidade dos menores.

Não se trata, e isso precisa ser evidenciado, de estabelecimento de guarda compartilhada. Não obstante, o que se verifica nessa sentença é um compartilhamento da tarefa de cuidado da prole. Esse modelo de custódia, embora possa ser prejudicial às crianças, que ficam privadas do convívio dos irmãos, já revela um anseio dos genitores em dividir a função familiar de cuidar e educar os filhos menores, tendo-os em sua companhia.

Nas sentenças judiciais onde foi atribuída a guarda unilateral ao genitor, o que se verifica é a prevalência da motivação judicial baseada na manutenção do chamado *status quo ante*, ou seja da permanência da criança com aquele que já detém a chamada guarda de fato. São comuns, portanto, sentenças que apenas regularizam uma situação fática pré-existente. Em casos assim, não há sentença judicial que se revista do caráter de substitutividade e o provimento jurisdicional apenas homologa aquilo que já se encontra estabelecido no plano fático. Cláusulas como “os menores continuarão na companhia de seu pai, com quem já se encontram”, são muito comuns nos processos em que se verifica a atribuição da guarda ao pai dos menores.

Também são bastante frequentes as fixações de guarda paterna nos casos em que a mesma resulta da ocorrência de fatos extremamente graves e que desabonam a conduta da mulher, revelando assim sua inaptidão para o exercício do encargo. Em uma das sentenças analisadas a Requerida perdeu a guarda dos seus filhos, pois estava custodiada no sistema prisional. Nas palavras do juiz, “a prisão da requerida mostra, por si só, que a mesma não tinha condições de manter a guarda de seus filhos”.

Em outro processo, foi pleiteada pela Autora a guarda de seus filhos, alegando ter sido vítima de violência doméstica. Em contestação, o Requerido alegava que faltava à Autora condições morais e emocionais para ter os filhos em sua companhia pelo fato de ser ela usuária de álcool e estar morando com pessoa com a qual mantinha relacionamento homossexual. A Autora refutou todas as alegações do Requerido em sua Réplica e o magistrado, ao final, decidiu pela manutenção da guarda com a genitora. Consta da fundamentação de seu *decisum* que, “subtrai-se dos autos que os menores se encontram sob a proteção de sua genitora, a requerente, que lhes tem garantido a assistência material,

moral e educacional, atendendo satisfatoriamente os seus interesses”. Não se vislumbrou, portanto, qualquer óbice à decretação de guarda a seu favor, apesar das imputações negativas que lhes foram atribuídas pelo requerido, as quais não restaram provadas. Ao final, a guarda foi mantida com a mãe, tendo em vista a inexistência nos autos de qualquer registro de que a permanência das crianças com sua genitora pudesse causar qualquer algum prejuízo às mesmas.

O que se verifica na presente sentença é um posicionamento reiterado dos tribunais brasileiros, no sentido de apenas conferir ao pai a guarda dos filhos quando as situações fáticas revelaram ocorrência de fatos graves que possam justificar o afastamento da genitora do exercício do encargo.

Conforme se extrai da jurisprudência abaixo transcrita, os tribunais acabaram por reproduzir, durante muito tempo, a tradicional divisão de tarefas do patriarcado, acometendo às mães do cuidado diário de seus filhos. São exemplos dessas jurisprudências²¹³

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE FILHA MENOR. IDÊNTICAS CONDIÇÕES DOS PAIS. PREFERÊNCIA DA MÃE. APELO IMPROVIDO. UNANIMIDADE. A mãe, em geral, tem preferência da guarda dos filhos menores, devendo ser destituída da incumbência somente em casos extremos, quando, comprovadamente, esta não tiver capacidade de prover um desenvolvimento psicologicamente equilibrado e saudável à criança. Quando pai e mãe disponham das mesmas condições morais e materiais, esta, por razões biológicas, oferece maiores condições de ter a guarda da menor.

Ementa: Guarda. Preferência da mãe. Ausência de razões para modificação. Interesse do menor. A preferência para a guarda dos filhos é da mãe, principalmente quando ausentes razões excepcionais a ensejar a modificação, sempre considerando o interesse do menor no caso concreto.

Com as referidas citações jurisprudenciais, é forçoso concluir que os tribunais brasileiros estiveram, durante muito tempo, influenciados pelos padrões

²¹³ BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**. Apelação Cível nº 50912006. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4719646/apelacao-civel-ac-50912006-ma>>. Acesso em 20 jun 2016; BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**. Apelação Cível nº 00124668520108220002. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em 06 jun. 2016.

dicotômicos de divisões de tarefas do patriarcado e que constantemente fazia alusões às condições biológicas da mulher para o exercício da guarda. Em sentido oposto, ao homem competia o exercício de atividade laborativa para que pudesse prover o sustento dos filhos menores. Esse modelo histórico, que fixava suas bases no exercício de uma função pública por parte do homem e remetia a mulher aos cuidados com os filhos consolidou, nas lições de Ramires, como o principal patrimônio da família nuclear burguesa. Nesse modelo, continua a autora, o que há é uma construção das identidades sociais a partir de valores sociais para cada um dos sexos como se, de fato, se tratassem de atributos naturais.²¹⁴

Embora os julgados acima transcritos refiram-se a um período em que a lei civil brasileira já dispunha sobre o critério do melhor interesse do menor na definição do guardião, o Judiciário insistia em atribuir apenas à mãe o papel de guardiã exclusiva de seus filhos. Afastar essa natural preferência materna na atribuição da guarda somente era admitida quando existisse algum elemento grave e que pudesse colocar em risco o bom desenvolvimento dos infantes.

No mesmo sentido, a definição de uma guarda paterna representava, também sob o aspecto das identidades sociais e das relações de gênero, uma ruptura das prescrições normativas impostas historicamente. Aproximando-se das lições de Bourdieu, para quem “a divisão do trabalho de procriação e de reprodução operam como a mais fundada das ilusões coletivas”, o que se verifica é que o masculino, ao ser associado à produção de riqueza, afastou-se do mundo da reprodução.²¹⁵

O conceito de masculinidade vinculou-se, pois, a dinâmica paterna que relacionou a paternidade à figura do macho, viril, indispensável ao ato de reprodução, mas que deveria manter-se distante de qualquer envolvimento emocional ou afetivo com seus filhos. Como bem delineou Lyra, à invisibilidade das mulheres na vida pública corresponde à invisibilidade dos homens nos aspectos relativos à vida reprodutiva.²¹⁶

²¹⁴ RAMIRES, Vera Regina. **O Exercício da Paternidade Hoje**. Ed. Rosa dos Ventos, São Paulo, 1997.

²¹⁵ LYRA, Jorge. MEDRADO, Benedito. Gênero e Paternidade nas Pesquisas Demográficas: o viés científico. **Estudos feministas**. 2000.

²¹⁶ LYRA, 2000.

Ainda na análise das fontes do ano de 2007, no tocante ao direito de visitação, percebe-se que houve dois modelos de visitas adotados nas sentenças consultadas. A primeira delas é a chamada visita livre, sem menção a dias e horários previamente estabelecidos. Essa modalidade é mais comum nos processos de dissolução do casamento em que se percebe a existência de um relacionamento mais harmonioso entre os genitores no período pós-divórcio. No outro modelo de visitação, são estipulados previamente os dias e horários em que o filho irá usufruir da companhia do genitor não-guardião. Esse modelo de visitas é constantemente adotado nos processos dissolutórios em que não há um comportamento colaborativo entre os pais no período pós-divórcio. Verifica-se na pesquisa realizada a existência da seguinte cláusula padrão

a) o Pai exercerá o direito/dever de visitar o filho menor no segundo final de semana de cada mês, apanhando-o na sexta-feira, em casa entre às 17:00 e 19:00, devolvendo-o o domingo às 20:00; b) nas férias escolares, ficará dividido pela metade, cabendo à mãe o primeiro período das férias, ao pai, o segundo; c) Carnaval, nos anos pares, com a mãe e, nos anos ímpares, com o pai; d) Na Páscoa, nos anos pares, com o pai e, nos anos ímpares, com a mãe; e) No dia dos pais, com o pai e no dia das mães com a mãe; f) Natal (dia 24 e 25) nos anos pares com a mãe, nos anos ímpares, com o pai; g) Ano Novo/Reveillon (31.12 e 1º), nos anos pares com o pai, e nos anos ímpares, com a mãe; h) no aniversário do pai, com este, no aniversário da mãe com aquela; i) no aniversário do filho na forma como convier ao mesmo.

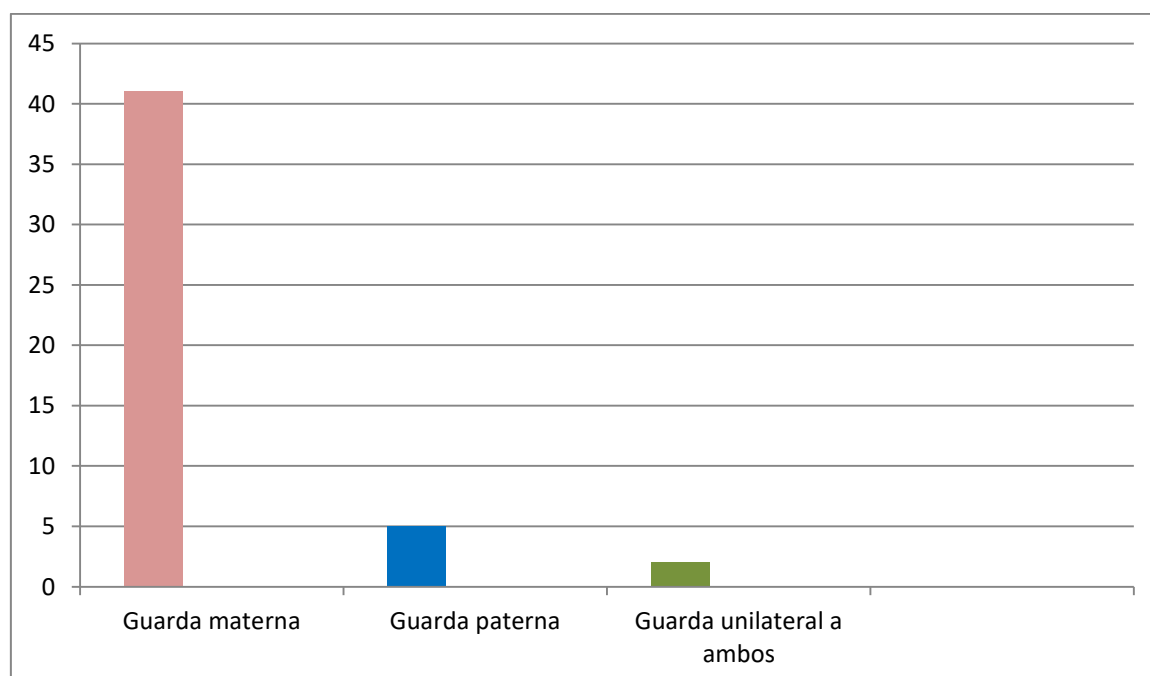
É significativa a existência dessas cláusulas rígidas de visitação nas guardas unilaterais. Dos 66 (sessenta e seis) processos analisados no ano de 2007, em 50 (cinquenta) houve o estabelecimento do regime de visitação dos filhos menores. Da análise das respectivas sentenças, o que se verifica é que, na guarda materna, o padrão rígido de visitação esteve presente em 39 (trinta e nove) processos, ao passo que nas guardas paternas, a visitação com padrões rígidos de visitação para a genitora esteve presente em 04 (quatro) processos. As visitas flexíveis estiveram presentes em 05 (cinco) processos de guarda materna e 02 (dois) processos de guarda paterna.

O estabelecimento de um regime rígido de visitas, com horários preestabelecidos e com longos períodos de ausência de um dos genitores, tem sido muito criticado por especialistas das mais diversas áreas. Com a perda do convívio diário desse genitor, são frequentes as associações guarda-poder e visita-lazer. O genitor

visitante, distante do cotidiano de seu filho, acaba assumindo muitas vezes um papel lúdico em sua educação.²¹⁷ Em outros casos, em razão dos longos intervalos entre as visitas, tem-se um afastamento afetivo entre genitor-visitante e sua prole que, invariavelmente, levam a prejuízos do desenvolvimento do infante. Entretanto, mesmo com as referidas críticas, prevaleceu no ano de 2007, e também nos anos seguintes, esse padrão rígido de visitação.

Em 2008, foram analisadas 48 (quarenta e oito) sentenças judiciais em ações de dissolução de casamento e guarda. Nesse universo, foram encontradas 41 (quarenta e uma) guardas maternas, 05 (cinco) guardas paternas e 02 (duas) guardas unilaterais atribuídas a ambos os pais referentes a filhos distintos, conforme gráfico a seguir. Não foi encontrada, nos processos avaliados nesse ano, qualquer ação judicial em que se tenha atribuído a guarda compartilhada ao casal litigante, não obstante, a Lei da Guarda Compartilhada já estivesse em vigor desde o dia 14 de agosto de 2008.

Gráfico 03- Sentenças judiciais -Ano 2008.



Fonte: Sentenças judiciais- ano 2008.

²¹⁷ MENANDRO, 2003.

No que se refere ao direito de visitação, observa-se também uma prevalência do padrão rígido de dias e horários previamente estabelecidos para as visitas. Nas guardas maternas, foram encontradas cláusulas rígidas de visitação para o pai em 28 (vinte e oito) sentenças. Nas guardas paternas, esse número foi de apenas 02 (dois) para a genitora-visitante. Observa-se, portanto, que a visitação livre superou a visitação rígida apenas nos casos em que o genitor-visitante era a mulher.

Esse dado reforça o entendimento segundo o qual haveria nos processos judiciais que tramitaram no Judiciário uma prevalência materna não só para a atribuição da guarda como também para a fixação de visitas livres, essas últimas verificadas nas excepcionais situações em que a guarda paterna se impunha aos filhos. Em 2008 e também nos anos seguintes, a visitação livre, sem qualquer rigidez quanto a dias e horários, foi mais frequente quando a mãe estava na condição jurídica de genitor-visitante. Uma herança, indiscutivelmente, das bases patriarcais que consideravam a mulher mais apta para o exercício de funções parentais relacionadas ao cuidado dos filhos. Resquícios também de uma construção jurídica e cultural tendente a conceber o direito de visitação não como um direito do filho que pudesse afastar os efeitos nefastos da separação, mas sim como um direito dos pais em relação aos filhos.²¹⁸

Apesar de não ter sido verificada a existência do compartilhamento da guarda e ainda que tenha prevalecido a guarda unilateral com padrões muito rígidos de visitação, uma alteração nas visitas merece destaque. Pela primeira vez, surge nas sentenças judiciais uma cláusula de visitação que reforça a importância do genitor-visitante acompanhar a vida escolar de seus filhos. Também foi encontrada uma cláusula que impede o genitor-guardião de inviabilizar a comunicação entre os filhos menores e o genitor-visitante. A referida cláusula, encontrada em 06 sentenças com estabelecimento de visitas paternas, tem a seguinte redação:

Durante as visitas, o pai deverá cuidar para que o filho cumpra as obrigações familiares, sócias e escolares, zelar para que receba toda assistência material e imaterial que necessitar, assim como vigiá-lo e fiscalizar sua manutenção e educação. A mãe poderá corresponder-se livremente com os filhos, devendo o guardião respeitar o sigilo dessa

²¹⁸ GRISARD FILHO, 2013.

comunicação, porém fica vedada toda e qualquer forma de comunicação após às 21:00.

A inclusão dessa cláusula, até então inexistente nos processo de guarda, revela a importância da manutenção dos vínculos afetivos entre o genitor não guardião e os filhos. Além disso, quando se compartilham as responsabilidades parentais, como a função de acompanhamento escolar da criança, reduzem-se as perturbações psicoemocionais que emergem do divórcio, contribuindo para a superação das perdas naturais que se tem com os inevitáveis afastamentos de um dos genitores e seus filhos e fazendo com que esses sintam-se mais próximos do genitor também em sua vida cotidiana. Afastam-se com isso, os irreparáveis prejuízos que se tem no estabelecimento de visitas que se limitam à convivência de pais e filhos em períodos recreativos ou datas comemorativas.²¹⁹

Sob o ponto de vista das relações de gênero, a referida cláusula representa uma importante alteração nos papéis sociais de homens e mulheres no que diz respeito ao cuidado dos filhos. Isso porque na lógica das estruturas patriarcais, apresentar-se próximo dos filhos no acompanhamento de sua vida escolar ou manter diálogos e vínculos de afeto era mostrar-se feminilizado. Por isso, mesmo quando o homem se vinculou às atividades domésticas, essas referiam-se às atividades externas, como o cuidado com o jardim e o carro. As tarefas domésticas internas, incluindo o acompanhamento do cotidiano dos filhos, sempre foi, nessa dinâmica, incumbência da mãe, afetuosa, sensível e acolhedora.²²⁰

Também chama atenção, na análise das fontes, a referência à guarda compartilhada em uma das ações em que foi fixada a custódia unilateral materna. Em 19 de setembro de 2008, portanto um mês após a publicação da Lei 11.698/2008, foi proferida uma sentença para a revisão de uma determinada cláusula de visitação fixada anteriormente. Na referida ação proposta pelo pai da criança, este sustentava a necessidade de acompanhar seu filho menor e tê-lo em sua companhia também durante a semana, razão pela qual postulava a inclusão da quarta-feira à noite. Na fundamentação do magistrado, que acolheu o pleito paterno, consta que

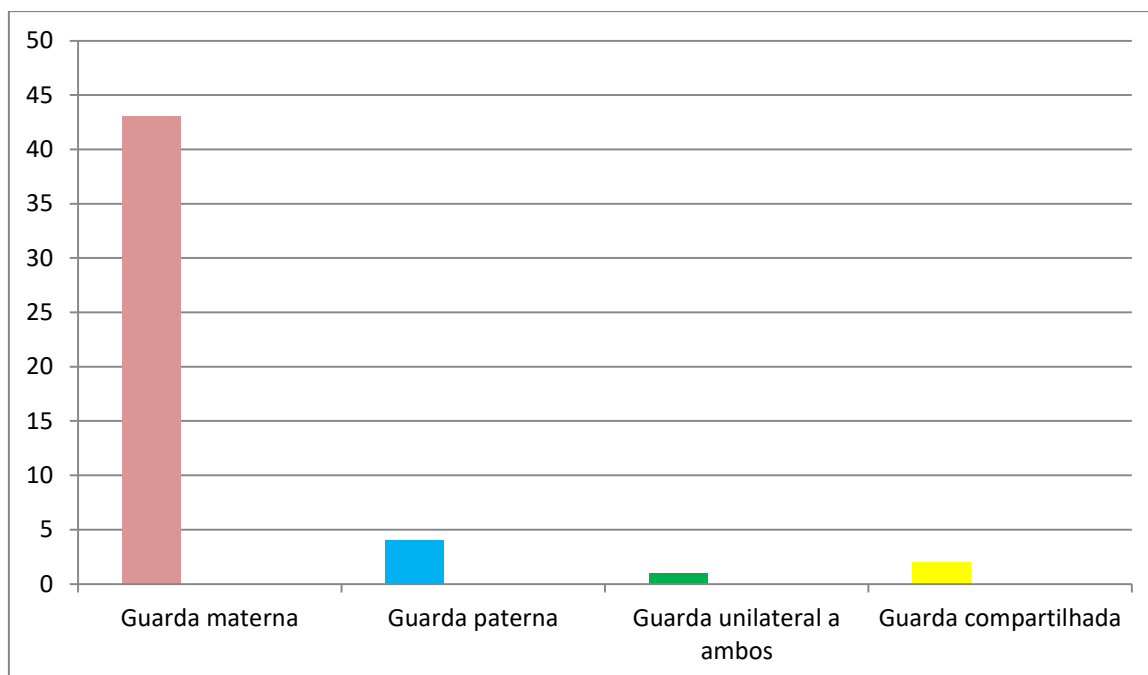
²¹⁹ GRISARD FILHO, 2013.

²²⁰ NOLASCO, 1993.

Nestes termos, convencido de que um acompanhamento próximo de ambos os pais é capaz de gerar um melhor desenvolvimento social, intelectual e educacional da prole, e, inclusive, em consonância com as últimas alterações legislativas que regulamentam a guarda compartilhada, tenho que quanto mais estreito o laço familiar melhor será a ida do menor no presente e no futuro.... “Nesse sentido, calha registrar que se afigura temerário privar o menor e seu pai de usufruírem de momentos que jamais voltarão, porquanto o direito de visitas reporta-se ao vínculo sentimental e espiritual do visitante para com o visitado, e vice-versa. Logo, no caso presente há de ser sopesado múltiplos interesses, quais sejam: do menor, em manter-se integrado na comunidade familiar; dos pais, pela preservação do indispensável convívio com os parentes; e destes (parentes), na distribuição de seu afeto natural.

Ao final, na parte dispositiva da sentença, foi inserida a regra de visitação que permitiu ao pai ter, além dos finais de semana, das férias e datas comemorativas, uma pernoite semanal em quartas-feiras alternadas, a fim de que o genitor pudesse estar mais próximo do cotidiano de seu filho.

O terceiro levantamento realizado diz respeito ao ano de 2009 quando foram analisadas 50 (cinquenta) sentenças judiciais com fixação de guarda de filhos menores. Nesse universo, em 43 (quarenta e três) processos houve a atribuição da guarda à mãe; 04 (quatro) ao pai; 01 (um) processo com guarda unilateral atribuída a ambos e 02 (dois) processos com fixação de guarda compartilhada. No âmbito deste trabalho, foi a primeira vez que apareceu o compartilhamento da guarda nas ações judiciais analisadas desde agosto de 2008, data em que entrou em vigor a lei que permitia a guarda compartilhada no Brasil. O gráfico a seguir demonstra os números das guardas unilaterais e compartilhada.

Gráfico 04- Sentenças judiciais- Ano 2009

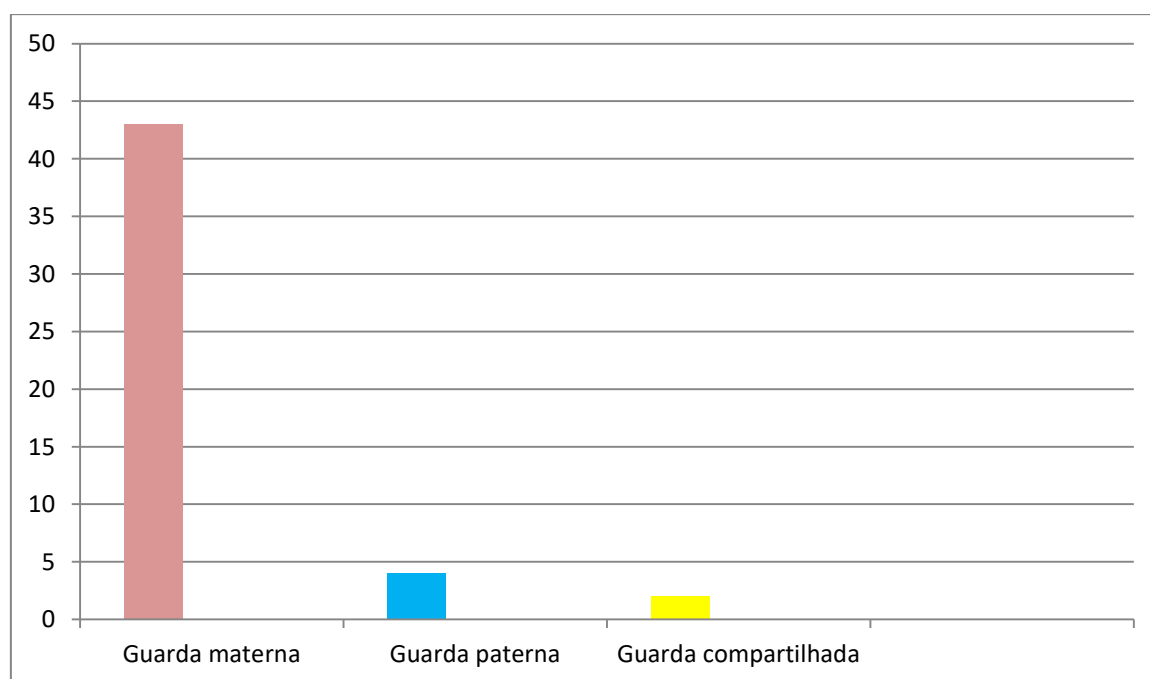
Fonte: sentenças judiciais- ano 2009.

Dentre os autos pesquisados, a primeira guarda compartilhada foi homologada em 18 de fevereiro de 2009. Nesses autos, houve a fixação de visitas em finais de semana alternados e compartilhamento também de férias e datas comemorativas, como já previa a praxe forense. Entretanto, foi a primeira vez em que se verificou uma divisão mais equânime do tempo dos filhos com ambos os genitores. Consta da cláusula avençada que guarda seria compartilhada, tendo a mãe o direito de estar com os filhos menores “todas as terças e quartas-feiras, com pernoite, devendo ser entregues na quinta-feira na instituição de ensino. O pai pernoitará com os filhos menores todas as segundas-feiras e quintas-feiras”, concluía a avença.

A segunda sentença de guarda compartilhada foi homologada em 17 de dezembro do mesmo ano. Nesse acordo, os genitores optaram pelo compartilhamento num claro sinal de que ambos sentiam-se corresponsáveis pela única filha. Foi inserida a cláusula que resguardava ao pai o direito de comunicar-se com sua filha e cláusula que o impunha a sua vigilância escolar. Entretanto, a visitação foi mantida como usualmente era estipulada nas ações com guarda unilateral, tendo o genitor a companhia de sua filha apenas em finais de semana alternados, bem como férias e datas comemorativas com divisão igualitária.

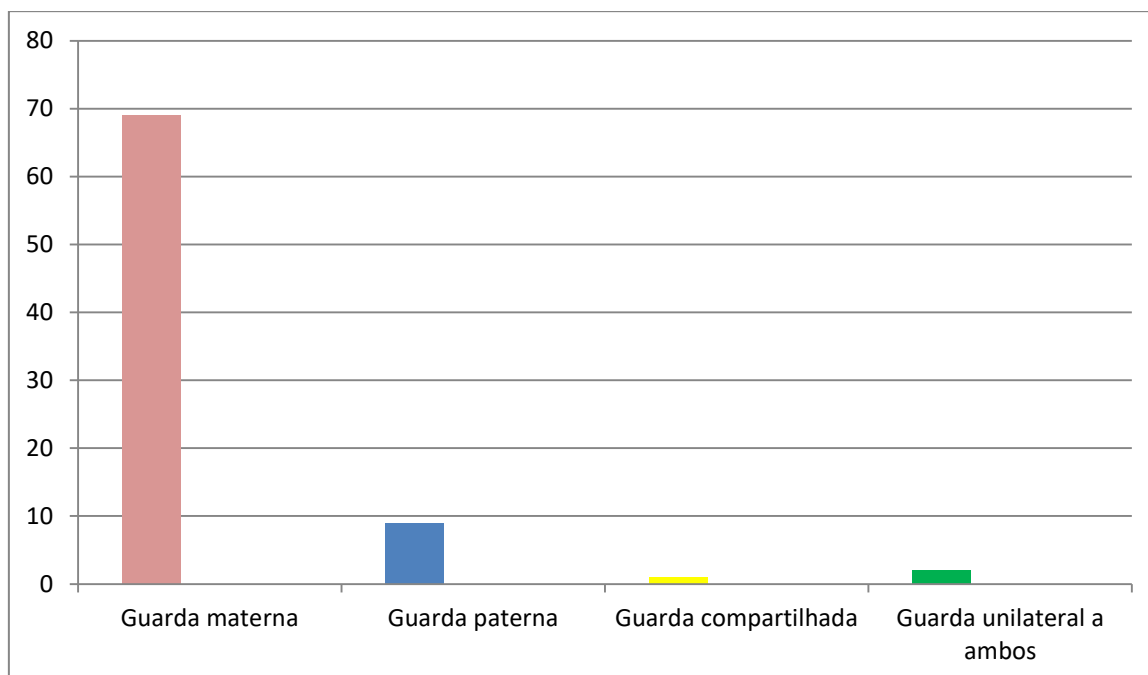
Em 2010 e 2011 manteve-se o mesmo número de sentenças homologatórias de guarda compartilhada. Em 2010, foram analisadas 50 (cinquenta) sentenças judiciais com 02 (duas) homologações de guarda compartilhada. O número de guardas maternas e paternas manteve-se estável sendo encontrada 43 (quarenta e três) de guardas unilaterais atribuídas às mães e 4 (quatro) de guardas atribuídas ao pai.

Gráfico 05- Sentenças judiciais - Ano 2010



Fonte: Sentenças judiciais- ano 2010.

No ano seguinte, em 2011, foram compilados dados existentes em 81 (oitenta e uma) sentenças. Dessas, 69 (sessenta e nove) eram de provimentos que estabeleciam a guarda materna; 09 (nove) de guarda paterna; 01 (uma) sentença com guarda unilateral para ambos e, novamente, 02 (duas) sentenças homologatórias de guarda compartilhada, conforme gráfico abaixo.

Gráfico 06- Sentenças judiciais- Ano 2011

Fontes: sentenças judiciais- ano 2011.

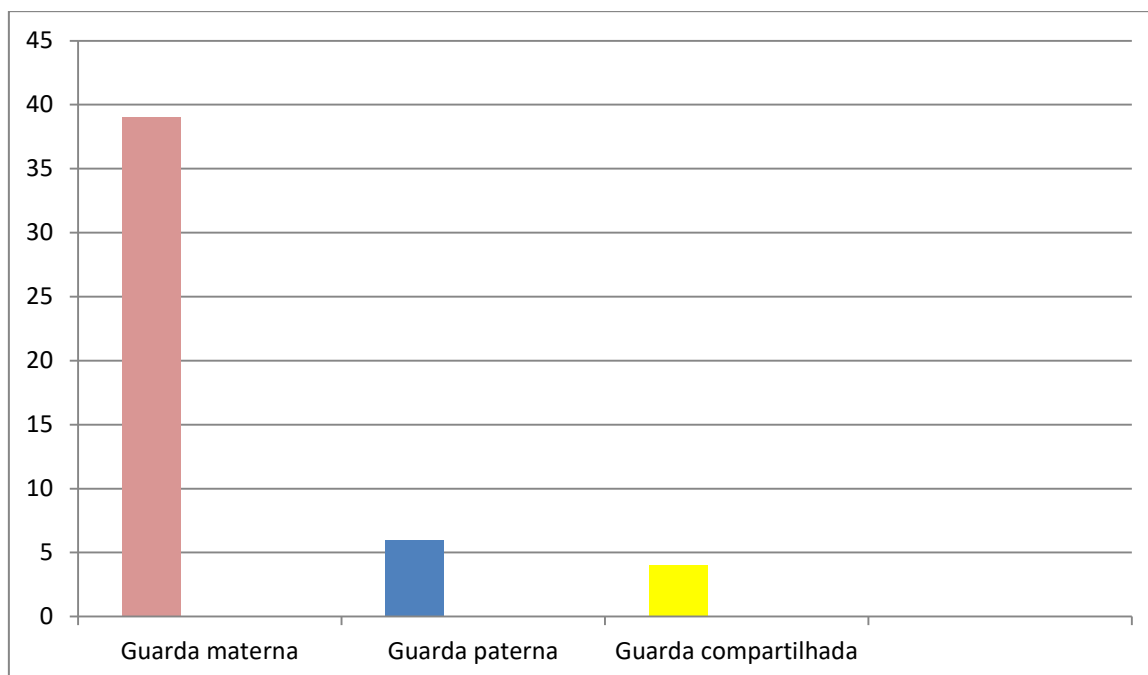
Nesse ano, uma das sentenças homologatórias de guarda compartilhada datada de 09 de fevereiro merece destaque. A cláusula pactuada previa que a filha menor passaria as noites de sábado, domingo e segunda, quarta e quinta do domicílio materno e as noites de terça e sexta no lar paterno. Todavia o que merece destaque no presente acordo não é a forma de estipulação da custódia física da criança, e sim, a cota do representante do Ministério Público que exarou seu parecer ministerial na audiência de conciliação cujos termos segue

MM. Juiz, a guarda compartilhada acolhe o princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher, que possuem idênticos direitos e deveres, que exige de ambos uma paternidade responsável, que se submetem ao princípio do melhor interesse do infante. Tal instituto tem como fundamento reduzir os efeitos patológicos que o impacto da separação possa ocasionar, gerando sofrimentos durante a formação do menor. Assinala-se, ainda, que tal guarda visa a participação em nível de igualdade dos pais nas decisões relacionadas aos filhos, é uma contribuição justa dos pais, quer na educação, quer na formação da saúde moral e espiritual, até que atinjam a plena capacidade. Por último, calha assinalar a posição desse membro do Ministério Público ser prescindível a regulamentação de regras acerca da guarda compartilhada, pois se presumem que os pais, melhores do que ninguém, estão aptos a regular a convivência com o guardando. Não obstante tal posicionamento, opina pela chancela da avença formulada.

Da transcrição e análise da referida cota ministerial, verifica-se que foi a primeira vez que foi feita, nos autos que se constituem fontes primárias da pesquisa realizada, menção expressa à igualdade jurídica entre homem e mulher. Embora seja uma manifestação do representante do Ministério Público em uma sentença homologatória de dissolução matrimonial, revela um comprometimento das diversas autoridades brasileiras na busca de uma solução que se apresente como um reflexo das modificações operadas na sociedade sobre a igualdade jurídica entre homens e mulheres e sobre a indispensabilidade do pai e da mãe na formação dos filhos menores.²²¹

O último ano analisado refere-se ao de 2012, período em que foi verificado um aumento no número de guardas compartilhadas nas ações de dissolução do casamento ou da união estável. Nesse período, foram analisadas 49 (quarenta e nove) sentenças judiciais sendo, 39 (trinta e nove) de guarda materna, 06 (seis) de guarda paterna e 04 (quatro) de guarda compartilhada, conforme apresentação no gráfico a seguir.

²²¹ GRISARD FILHO, 2013.

Gráfico 07- Sentenças judiciais -Ano 2012

Fonte: Sentenças judiciais – ano 2012.

Apenas no ano de 2012, portanto quase cinco anos após a vigência da lei da guarda compartilhada, é que pôde ser percebido um número maior de homologações desse modelo de custódia, embora ainda pequeno se comparado ao número de guardas maternas. E mesmo com um aumento no número de homologações, ainda era pequeno o estabelecimento de regimes mais igualitários de convivência. Na análise das respectivas sentenças, em um dos provimentos, restou homologada a guarda compartilhada de filha menor com divisão equânime do tempo de convivência e repartição, também igualitária, das despesas com a criança.

A menor ficará sob a guarda compartilhada dos genitores, estabelecendo-se que nos dias de terça e quinta e finais de semana alternados a menor ficará na companhia paterna. As despesas da menor serão divididas no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada genitor.

À guisa de esclarecimentos, cumpre ressaltar que a guarda compartilhada nem sempre irá resultar em uma divisão exata do tempo da criança com ambos os

genitores. A guarda compartilhada busca, segundo Grisard Filho, reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e também maior proximidade da criança com ambos os pais, algo que a guarda uniparental nem sempre permitia.²²²

Trata-se, como bem preconiza Paulo Luiz Netto Lobo, da necessidade de se garantir um envolvimento afetivo mais intenso entre os filhos e seus pais, que assumiriam, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e de mãe, malgrado estejam residindo em lares distintos.²²³ Na guarda compartilhada pretende-se que o filho sinta a presença de ambos em seu cotidiano, de modo que as relações parentais não se resumam a meros encontros periódicos de lazer e entretenimento.

Em termos práticos, na guarda compartilhada, o filho tem o seu domicílio na casa de um dos seus genitores, porém a autoridade parental é exercida conjuntamente e igualitariamente por ambos, que devem acompanhar todo o processo de formação daquele menor. Isso não necessariamente implicará dupla residência da criança, todavia é bastante recomendável que o período de convivência seja o mais igualitário possível.

Nesse ponto, merece destaque a afirmação de inúmeros juristas para quem a guarda compartilhada nem sequer reclamaria a necessidade de estabelecimento de uma rotina de visitas, já que pressupõe a participação de ambos no cotidiano dos filhos.²²⁴ Assim, defendem alguns operadores do direito que o prévio estabelecimento de uma agenda de convivência evitaria a busca pela tutela do Estado para resolver conflitos relacionados a questões amiúdes afetas à rotina da criança.

Decisões como a apontada acima evidenciam a importância na distribuição mais igualitária do tempo da criança com ambos os pais. Como reflexo, tem-se a possibilidade de que sejam minoradas as consequências negativas provocadas pelo distanciamento natural ocorrido com a cisão do núcleo familiar, além de desonerar aquele que, antes, exercia a guarda unilateral dos filhos menores.

²²² GRISARD FILHO, 2013.

²²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2013.

²²⁴ LÔBO, 2013.

Os processos analisados no âmbito do presente estudo também permitiram fazer uma correlação entre o estabelecimento da guarda compartilhada e o exercício de atividade laborativa por parte da mulher. Em 02 (dois) desses autos, que ainda estavam disponíveis em cartório, foi possível fazer uma pesquisa aprofundada das circunstâncias sociais e econômicas que envolvem os genitores nas disputas judiciais de guarda de filhos menores.

No primeiro processo, tem-se como objeto de análise uma ação de regulamentação de guarda e direito de visitação proposta pelo pai em face da genitora de sua filha, com quem conviveu em união estável por 05 (cinco) anos. Em sua inicial, alega que, desde que saiu do lar conjugal, há aproximadamente seis meses, a menor encontrava-se sob a companhia da mãe. Como esta trabalha fora, a criança estaria sendo cuidada, na parte da manhã, por seus avós maternos, inaptos, porém, para o exercício da função. Essa inaptidão resultaria, segundo o autor da idade avançada e dos recorrentes problemas de saúde dos avós. Sustenta que teria melhores condições de ter a companhia da criança uma vez que seus genitores, fisicamente mais dispostos, poderiam lhe auxiliar nessa função. Consta em uma de suas peças que

Atualmente, assim como sempre o foi, é o Autor quem cuida da saúde da menor, seja acompanhando-a às consultas e exames, seja custeando, **integralmente**, todos os gastos necessários ao seu bem-estar, o que inclui o pagamento de um plano de saúde na modalidade de co-participação (portanto bastante oneroso), pagamento de vacinas particulares e remédios. [sic]

Em sua contestação, a Requerida rechaça as alegações do Requerente afirmando que, embora esteja exercendo atividade laborativa em tempo integral, vem desempenhando bem sua função maternal, acompanhando, diariamente, todas as atividades da criança. Diz ainda possuir uma funcionária doméstica que cuida de sua filha quando esta, eventualmente, fica na residência dos avós.

No outro processo, ambos os pais também exercem atividade laborativa e passam o dia fora de casa no exercício de suas respectivas funções profissionais. Com ambos exercendo atividade em tempo integral, o filho de apenas 02 anos foi matriculado em uma creche também de tempo integral. Não houve, nesse caso, divergência dos pais quanto ao compartilhamento da guarda do filho menor,

estando controvertido, nos presentes autos, apenas questões patrimoniais com a contribuição que cada um iria dar para o sustento da criança.

Em ambos os processos, restou acordado, em audiência de conciliação designada para esse fim, o estabelecimento da guarda compartilhada com fixação do domicílio base da criança no domicílio materno. Também foram fixados, como de praxe, os dias e horários em que a criança passaria à companhia do outro genitor, estabelecendo-se no primeiro caso 02 (dois) pernoites semanais com o pai e no segundo processo (01) pernoite semanal e mais 02 (dois) encontros no horário do almoço do genitor com seu filho.

Trata-se de uma amostra representativa de que os esquemas de acesso/visitas usualmente adotados tão importantes para que se mantenham fortalecidos os laços de afeto entre pais e seus filhos, foram sendo cada vez mais utilizados nos processos de guarda. Também resta comprovada que, nos processos em que há o estabelecimento da guarda compartilhada, esses acessos são mais frequentes que nas guardas unilaterais. Com uma convivência estabelecida também durante os dias da semana, permite-se um acompanhamento da vida escolar dos filhos pelos pais e também da rotina de trabalho dos pais pelos filhos, o que acaba resultando na aproximação e no fortalecimento dos vínculos parentais.

E isso, invariavelmente, representa também uma ressignificação de papéis sociais de homens e mulheres no exercício de suas funções parentais. Com a inserção da mulher no mercado de trabalho e seu consequente afastamento da residência no período em que dedica-se à atividade externa, tem-se igualmente o recurso a outros mecanismos capazes de auxiliar o genitor nos cuidados diários da criança. Assim, recorrer às escolas de tempo integral, ao auxílio de funcionários domésticos, ou mesmo a uma rede de apoio formada por parentes, principalmente avós, ou irmãos mais velhos, tem sido práticas cada vez mais comuns de mulheres que exercem atividade fora de casas e detêm a guarda unilateral ou compartilhada de seus filhos.

Essas análises são também demonstrativas da importância de se conquistar padrões mais isonômicos de atribuição de guarda. E nesse ponto, grande foi a influência do movimento feminista para verbalizar a tomada de consciência das mulheres a respeito das implicações sociais e políticas da maternidade, em

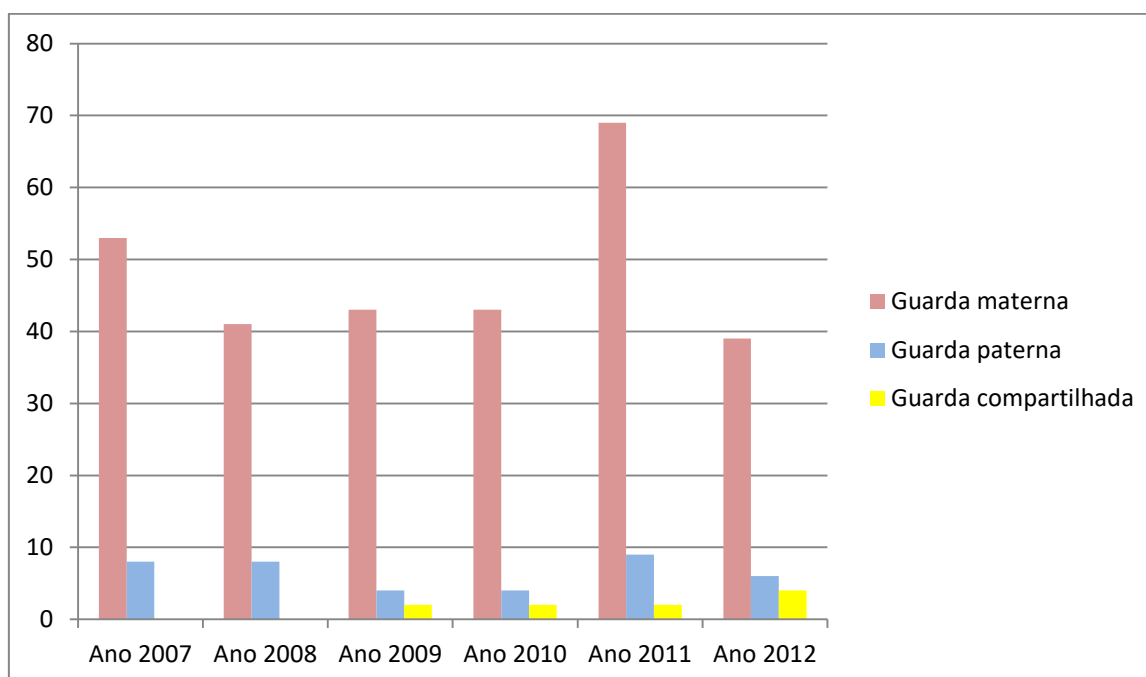
especial do feminismo global descrito no primeiro capítulo. Ao propor discussões relativas a temas como maternidade, igualdade de gêneros e coparentalidade, esse novo feminismo concentra-se nos desafios que tem a mulher para conciliar a maternidade e o trabalho externo. Corrobora esse entendimento a constatação, na atualidade, de um número significativo de mulheres que adotam o modelo de maternidade reduzida como forma de reduzir a ambiguidade entre a vida profissional e a vida familiar. Nas palavras de Scavone²²⁵,

Entre o modelo reduzido de maternidade com uma variedade crescente de tipos de mães (mães donas de casa, mães chefes-de-família, mães “produção independente”, “casais igualitários”) e as diversas soluções encontradas para os cuidados das crianças (escolas com tempo integral, creches públicas, babás, escolinhas especializadas, vizinhas que dão uma olhadinha, crianças entregues a seus próprios cuidados, avós solícitos), a maternidade vai se transformando, seguindo tanto as pressões demográficas - natalistas ou controlistas - como as diferentes pressões feministas e os desejos de cada mulher.

As análises qualitativas feitas nos processos supracitados revelam, pois, como o trabalho externo da mulher e o recurso a formas alternativas de cuidados dos filhos são cada vez mais frequentes, ao passo que também reforça a necessidade de que os modelos de custódia compartilhada sejam cada vez mais adotados pelos casais.

Todavia, apesar de serem notórios os avanços da normatização da guarda compartilhada para o combate e o enfrentamento dos estigmas sexistas que sempre impediram o exercício da coparentalidade nas famílias, ainda é muito baixo o índice de compartilhamento da guarda. No âmbito da presente pesquisa, o gráfico abaixo demonstra a evolução do instituto nos anos que se seguiram ao da publicação da lei que previu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

²²⁵ SCAVONE, Lucila. **Maternidade: transformações nas famílias e nas relações de gênero**. Interface – Comunic, Saúde, Educ. v. 5, n. 8, p. 47-60, 2001. 8, São Paulo: 2001.

Gráfico 08- Evolução da guarda compartilhada nas fontes pesquisadas

Outra questão que também precisa ser objeto de análise refere-se às críticas que são feitas à forma como a guarda compartilhada vem sendo implementada no Brasil. Nas palavras de Ligia Ziggiotti de Oliveira e Ana Karla Harmatiuk

Dadas as condições de um patriarcado até pouco tempo normatizado, e até hoje profundamente sentido, alerta-se para os perigos de que a guarda compartilhada sirva menos para responsabilizar o homem pelos cuidados efetivos e mais para que ele tenha acesso, **quando pode**, aos filhos.²²⁶ [sic]

Além disso, é necessário ressaltar a crescente demanda de pais pelo exercício da guarda compartilhada com o exclusivo propósito de eximir-se do pensionamento alimentar. Tal conduta foi tão recorrente nos últimos anos, que acabou levando o Conselho da Justiça Federal a editar o seguinte enunciado de número 607: “A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.” São, portanto, duas situações distintas. Compartilhar a direção e a educação dos filhos intensificando o acompanhamento de seu desenvolvimento não vai

²²⁶ OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo.** Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 750-778, set/dez. 2014.

redundar na ausência do pagamento da verba alimentar, principalmente, porque ainda há, em muitos casos, a fixação do domicílio base da criança na residência de um dos genitores.

Outra crítica que tem sido feita por especialistas de diversas áreas é o fato de que a normatização da guarda compartilhada muitos vezes não resultou na imediata mudança dos papéis sociais dentro das famílias. Não raro, são encontrados processos judiciais com guarda compartilhada em que se verifica, na verdade, uma guarda unilateral com uma convivência um pouco mais ampliada, mas que na prática, está muito distante do modelo de responsabilização conjunta. Pernoites, uma ou duas vezes por semana com um dos genitores, evidentemente, não afastarão as dicotômicas divisões sexuais das familiares e que, atualmente, acabam por sobrecarregar as mulheres que ocupam os espaços públicos outrora masculinos.

Disso resulta, segundo Oliveira, a importância de se combater também as desigualdades dentro das famílias por meio da implementação de políticas públicas capazes de reduzir o abismo existente entre os gêneros no exercício dos papéis familiares. Por isso, democratizar as funções familiares pressupõe integrar diversas frentes de discussão em prol da promoção de melhores condições da mulher no âmbito profissional e em prol de uma responsabilização mais efetiva do homem no âmbito doméstico.²²⁷

Não obstante, restou verificado que, com o advento da lei que define a guarda compartilhada, ocorreu um avanço rumo a uma família mais igualitária. Basta comparar os números de 2007 com os números obtidos no último ano da pesquisa para se chegar a essa conclusão. Todavia, ainda há um longo caminho a percorrer. De fato, não se pode desprezar o fato de que a norma jurídica contribui consideravelmente para uma mudança de paradigmas. Todavia, acredita-se que a principal mudança tenha se operado na sociedade antes de qualquer atividade parlamentar. São anos de reivindicações e lutas das mulheres pela igualdade de direitos e pela democratização dos papéis econômicos e afetivos dentro das famílias.

²²⁷ OLIVEIRA, 2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família brasileiro passou por profundas modificações no século XX, acompanhando as mais recentes alterações verificadas no seio das famílias e que podem ser resumidas pela passagem da família patriarcal, matrimonializada e patrimonialista, para uma família nuclear, plural e afetiva. No contexto dessas mudanças, a busca pela igualdade foi a grande tendência nas sociedades contemporâneas. Objetivamos no presente trabalho, discorrer sobre as alterações sociais e econômicas ocorridas na sociedade brasileira e que repercutiram nos papéis sociais de homens e mulheres nas famílias. Consideramos, para esse fim, as relações entre os gêneros no que se refere ao exercício de seus direitos e deveres parentais, dando especial ênfase à criação do instituto da guarda compartilhada.

De fato, falar da família brasileira na contemporaneidade é enveredar-se pelo caminho das lutas femininas pela igualdade. Como bem assevera Rodrigo da Cunha Pereira²²⁸, nessa busca pela isonomia, foi necessário falar da supremacia masculina, das relações de poder, do aprisionamento da mulher no âmbito doméstico e do lugar de inferioridade ocupado por elas, sujeitas a uma incontestável autoridade por eles exercida.

Analisamos, pois, essas e outras questões a partir do redirecionamento dos papéis desempenhados por homens e mulheres no seio das famílias. Centramos nossas discussões a partir da lógica patriarcal mãe-cuidadora e pai-provedor, para analisar, sob a ótica da normatividade jurídica, a ressignificação dos papéis sociais referentes às relações parentais.

Buscando respostas acerca dos fatores que influenciaram os novos comportamentos parentais referentes aos cuidados com os filhos menores, encontramos, na emancipação feminina, a justificativa para as profundas mudanças pelas quais passou a família brasileira, e que, inevitavelmente, foram também acompanhadas pela legislação familiarista. Enquanto a mulher permaneceu sob a dependência econômica do homem, aceitou sua denominação

²²⁸ PEREIRA, 1999.

e as relações familiares, conjugais e parentais, caracterizavam-se pela hierarquia entre os gêneros. Mas, a partir do momento, que a mulher se incorporou à atividade produtiva e passou a ocupar também os espaços públicos outrora reservados ao homem, observamos significativas mudanças na família brasileira, o que acabou influenciando na posição jurídica dessa nova mulher. Os exitosos movimentos feministas no final do século passado também contribuíram para a discussão de parâmetros mais igualitários de responsabilidade parental. Diante dessas mudanças, as leis e o Código Civil brasileiros, que ainda conservavam em suas disposições um Direito de Família aristocrático, patriarcal e retrógrado, foram gradativamente sendo substituídos por disposições capazes de consagrar o novo paradigma axiológico do período pós-constituente pautado, desta feita, na paridade entre os gêneros e na afetividade mútua entre os diversos componentes de uma entidade familiar.

Para Gomes,²²⁹ a emancipação econômica da mulher concorreu para a modificação de sua própria vida conjugal, fazendo com que o poder marital, expressão máxima do preconceito sexista, finalmente deixasse de existir no bojo das disposições familiaristas. Tem-se aqui, a emancipação econômica da mulher como causa de sua posterior emancipação jurídica e os efeitos foram sentidos por todos aqueles que integram um determinado grupo familiar. A emancipação feminina levou ainda à própria reformulação das bases da família, que após o processo de constitucionalização revelou-se mais democrática e afetiva. Seja do ponto de vista das relações entre os consortes, seja do ponto de vista das relações parentais, a família brasileira chega, ao século XXI, disciplinada por normas civis que repousam sobre as bases principiológicas da isonomia e do afeto.

Para analisar essas ressignificações dos papéis masculinos e femininos no tocante aos cuidados com filhos menores, propusemos uma abordagem das relações entre os gêneros à luz da guarda compartilhada. Modelo de custódia de filhos menores que fundamenta-se na paridade entre os genitores, o compartilhamento da guarda dos filhos no período pós-divórcio, revelou-se como

²²⁹ GOMES, 1984.

um importante mecanismos de reformulação da lógica patriarcal que sempre naturalizou a função feminina de maternagem.

Utilizamos como fontes primárias, debates parlamentares e processos judiciais que pudessem nos indicar as causas para a implementação do novo modelo de corresponsabilidade parental. Enveredamo-nos pelos discursos políticos que, ora evidenciavam a importância de se criar um modelo mais igualitário de guarda de filhos menores, ora ressaltava a importância para estes últimos, do duplo referencial, paterno e materno, para seus desenvolvimentos.

No âmbito dos processos judiciais analisados neste trabalho, deparamo-nos com a persistência da dicotômica relação mãe-guardiã e pai-provedor no período pós-divórcio. Os resultados apresentados por esta pesquisa comprovam, de fato, a influência do patriarcado nas atribuições de guarda. Em todos os levantamentos realizados, foi possível constatar uma prevalência da guarda unilateral materna. Foram poucas as sentenças judiciais que homologavam ou mesmo impunham a guarda unilateral paterna. Nos escassos processos em que as encontramos, as guardas paternas, na verdade, apenas representavam uma regularização de uma situação fática já existente.

Após o advento da guarda compartilhada, no ano de 2008, pudemos observar um número crescente de custódias conjuntas homologadas pelo magistrado, embora ainda pequeno, se comparado ao número de guardas unilaterais, principalmente as maternas. Observamos também que, muitas vezes o modelo de guarda conjunta é adotado, mas, na essência, o que se tem são os mesmos padrões de convivência e visitação adotados nas guardas unilaterais.

Esse talvez seja o grande desafio na contemporaneidade. Criar práticas que sejam verdadeiramente emancipadoras e capazes de instaurar, no âmbito das relações parentais, padrões mais isonômicos de guarda e cuidados de filhos menores. Não permitir que a guarda conjunta se apresente apenas formalmente é, pois, nosso grande desafio. Não obstante, o primeiro passo já foi dado. A normatização da guarda compartilhada, fruto das conquistas femininas, pode ser o início de um novo padrão comportamental rumo a uma família mais igualitária.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTI, V. **História oral: a experiência do CPDOC**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÀRIES, Philippe. **História Social da Família e da Criança**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Guarda Compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe?** Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

_____. **XY: sobre a identidade masculina**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BARBOZA, Heloísa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século CC*. In: BARRETO, V. (Org.). **A nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: A experiência vivida**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1970.

BETHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução: Luiz João Barúana. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1917.

_____. **Direito de Família**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

_____. **Em Defesa do Projeto do Código Civil**. Francisco Alves, Rio, 1906.

BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. **A pedagogia do movimento feminista na luta contra o preconceito e pelos direitos das mulheres**. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 7- UFSC, Florianópolis (SC), 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República. Brasília, 05 de out. de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Diário [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 26 ago. de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12318.htm>. Acesso em 03 ago. 2015.

_____. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 22 ago. 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 02 mai. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.** Apelação Cível nº 50912006. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4719646/apelacao-civel-ac-50912006-ma>>. Acesso em: 20 jun 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.** Apelação Cível nº 00124668520108220002. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em 06 jun. 2016.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. **Mulher, casa e família: cotidiano nas camadas médias paulistanas.** São Paulo: Fundação Carlos Chagas: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei nº 1.804, de 31 de março de 1952.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=196374>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. **Projeto de Lei nº 6.350 de 20 de março de 2002.** Brasília, 20 de mar. 2002. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46748>> Acesso em: 05 jan. 2015.

CAMPOS, Paulo Fernandes de Souza. **A preservação de documentos provenientes do Poder Judiciário.** Rev. de Ciênc. Jur. e Soc. da Unipar, Toledo-PR, v.4, n. 1, p.37-41, jan./jun. 2001.

CARBONERA, Silvana Maria Carbonera. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada.** Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2000.

CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira. **Caderno de Pesquisa**, São Paulo, v. 37, p. 5-16, maio. 1981. Disponível em:
<<http://educa.fcc.org.br/pdf/cp/n37/n37a01.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento feminista no Brasil: dinâmica de uma intervenção política. In: **Olhares Feministas.** Brasília: Ministério da Educação, 2006.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

DANTAS, São Tiago. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** 12ª. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1981.

ESPÍRITO SANTO, **Código de Normas.** Disponível em <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direito das Famílias.** 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Waldyr Grizard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FONSECA, Cláudia. **A História Social no Estudo da Família: Uma Excursão Interdisciplinar.** ANPOCS, Rio de Janeiro, n. 27, p. 51-73, 1º sem. 1989.

FREITAS, Maria Carmelita de. Gênero/Teologia feminista: interpelações e perspectivas para a teologia – relevância do tema. In: SOTER (org.) **Gênero e Teologia: Interpelações e perspectivas.** São Paulo: Ed. Loyola, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa- Grande & Senzala**. 41.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GALEAZZI, Irene M. S. **Mulheres trabalhadoras: a chefia das famílias e os condicionantes de gênero**. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/mulheretrabalho/article/view/2669/2991>> Acesso em: 28 jun. 2015.

GOMES, Orlando. **A reforma do Código Civil**. Salvador: Universidade da Bahia, 1965.

_____. **Direito de Família**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Martins Fontes, 2003.

GOODE, W.J. & HATT, P.K. **Métodos em Pesquisa Social**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1969.

GRISARD FILHO, WALDYR. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 6ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

HAHNER, June Edith. **Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850 – 1940**. Tradução de Eliane Lisboa; apresentação de Joana Maria Pedro. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul. EDUNISC, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. **Introdução ao Direito: abertura para o mundo do Direito, síntese de princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Thex, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

LIMA, Ricardo Pereira. *Breve estudo sobre as entidades familiares*. In **A nova Família: problemas e perspectivas**. Org. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

LYRA, Jorge. MEDRADO, Benedito. Gênero e Paternidade nas Pesquisas Demográficas: o viés científico. **Estudos feministas**. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, n. 141 jan./mar. Brasília, 1999.

LOURO, Guacira Lopes. Mulheres na sala de aula. In DEL PRIORI, Mary (Org.) **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997.

MARQUES, Tereza Cristina de Novaes. **A mulher no Código Civil de 1916. Ou, mais do mesmo**. Textos de História. Vol. 12, 2004.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes; MELO, Hildete Pereira. **Que sejam felizes para sempre! A mulher e seus direitos na sociedade conjugal. Um exame do Estatuto Civil da Mulher Casada de 1962**. Disponível em: <http://historia_demografica.tripod.com/bhds/bhd39/estatuto.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

MENANDRO, Maria Cristina Smith; SCHNEEBELI, Fernanda Cabral Ferreira. **Com quem os filhos ficarão? Representações sociais da guarda de filhos após a separação conjugal**. Vitória: Flor & cultura, 2012.

MENEZES, Raimundo de; AZEVEDO, Manoel Ubaldino de. **Clóvis Beviláqua**. São Paulo: Livraria Martins, 1960.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MULLER, apud FIORUCCI, Rodolfo. **Considerações acerca da História do Tempo Presente**. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

NADER, Maria Beatriz. A condição masculina na sociedade. **Dimensões**. Revista de História da Ufes. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, nº 14, p. 461-480, 2002.

_____. **Paradoxos do Progresso: a dialética de relação mulher, casamento e trabalho**. Vitória: EDUFES, 2013.

NARVAZ, Martha Giudice. **Submissão e resistência: explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5442/000470918.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2014.

_____; KOLLER, S. H. Família e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. **Psicologia e sociedade**, Porto Alegre, jan/abr. 2006. p. 50. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2015.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: In: BARRETO, V. (Org.). **A nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOLASCO, Sócrates. O masculino: um dilema contemporâneo? In.____. **O mito da masculinidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

OKIN, Susan Moller. **Gênero, o público e o privado**. Estudos feministas, Florianópolis, 16(2): 305-332, mai-agosto/2008.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo**. Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 750-778, set/dez. 2014.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**, 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polit.**, Jun 2010, vol.18, no.36, p.15-23. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em 15 jun. 2014.

PRADO, Danda. **O que é família**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo: colônia**. 12 ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

RAGO, Margarath. **Os feminismos no Brasil: dos anos de chumbo à era global**. Disponível em:
<<http://www.tanianavarroswain.com.br/labrys/labrys3/web/bras/marga1.htm>>
Acesso em 20 mai 2016.

RAMIRES, Vera Regina. **O Exercício da Paternidade Hoje**. Ed. Rosa dos Ventos, São Paulo, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Movimentos sociais: A face feminina. In: CARVALHO, N.V. (Org.). **A condição feminina**. São Paulo: Vértice, 1988.

_____. **O Trabalho da Mulher no Brasil**. São Paulo: Perspectivas, 1982.

_____. Rearticulando gênero e classe social. In. COSTA, Albertina de Oliveira e BRUSCHINI, Cristina. **Uma questão de gênero**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

_____. **As mulheres, o poder e a família. São Paulo, Século XIX.** São Paulo: Editora Marco Zero, 1989.

SCAVONE, Lucila. **Maternidade: transformações nas famílias e nas relações de gênero.** Interface – Comunic, Saúde, Educ. v. 5, n. 8, p. 47-60, 2001. 8, São Paulo: 2001.

SOIHET, R.. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. DEL PRIORE, M. (Org.). **História das mulheres no Brasil.** 8. ed São Paulo: Contexto, 2006.

TERUYA, Marisa Tayra. **A família na historiografia brasileira: Bases e perspectivas teóricas.** Disponível em:
<<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000>> Acesso em: 15 out. 2015

TORRÉ, Abelardo. **Introducción al Derecho.** Buenos Aires. Perrot, 1965.

THERBORN, Göran. **Sexo e Poder, a família no mundo (1900-2000).** São Paulo: Contexto, 2006.

TORNQUIST, Carmen Susana. **Em nome dos filhos ou o retorno da lei do pai: entrevista com Martin Dufresne.** Estudos feministas, Florianópolis, 16(2): 613-629, maio-agosto/2008.

VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. O Direito, a Ciência Jurídica e a Dogmática Jurídica: uma questão de política judiciária. **Novos Estudos Jurídicos.** Ano IV n. 7. Out/1998.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Brasília: Editora da UNB, 2009.

ANEXO - TERMO DE CONFIDENCIALIDADE E SIGILO

Eu, **RENATA RANGEL SPELTA HACKBARDT**, brasileira, casada, inscrita no CPF nº 084.905.567-92, professora universitária e mestranda em História Social das Relações Políticas pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES, assumo o compromisso de manter confidencialidade e sigilo sobre todas as informações processuais e outras relacionadas ao projeto de pesquisa intitulado **“Relações de Poder e Parentalidade: Uma abordagem de gênero à luz da guarda compartilhada”**, a que tiver acesso nas dependências da Vara de Família da Comarca de Vitória-ES.

Por este termo de confidencialidade e sigilo comprometo-me:

1. A não utilizar as informações confidenciais a que tiver acesso, para gerar benefício próprio exclusivo e/ou unilateral, presente ou futuro, ou para o uso de terceiros;
2. A não efetuar nenhuma gravação, fotocópia ou cópia da documentação confidencial a que tiver acesso;
3. A não repassar o conhecimento das informações confidenciais, responsabilizando-se por todas as pessoas que vierem a ter acesso às informações, por seu intermédio, e obrigando-se, assim, a ressarcir a ocorrência de qualquer dano e / ou prejuízo oriundo de uma eventual quebra de sigilo das informações fornecidas;
4. A não utilizar na pesquisa qualquer informação, tais como nome, endereço, profissão, número do processo ou quaisquer outros que possam levar à identificação pessoal das pessoas envolvidas no litígio;
5. A não publicar os resultados da pesquisa em qualquer veículo de comunicação.

Pelo não cumprimento do presente Termo de Confidencialidade e Sigilo, fica o abaixo assinado ciente de todas as sanções judiciais que poderão advir.

Vitória-ES, 11 de maio de 2015.

Pesquisador(a) Responsável