

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A MULHER E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SUAS CONQUISTAS
NA LEGISLAÇÃO CIVIL E CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

TÂNIA REGINA BICEGLIA

Presidente Prudente/SP
Novembro/2002

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A MULHER E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SUAS CONQUISTAS
NA LEGISLAÇÃO CIVIL E CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

TÂNIA REGINA BICEGLIA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Dra. Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP
Novembro/2002

A MULHER E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SUAS CONQUISTAS NA LEGISLAÇÃO CIVIL E CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão do Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Orientadora

Luis Ricardo Salles
1º Examinador

Moacir Alves Martins
2º Examinador

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2002.

*“A mulher inteligente edifica a sua casa, mas, a insensata,
com as próprias mãos a derruba.”*

(Provérbio de Salomão)

AGRADECIMENTOS

Para Gustavo e para meus pais Osmar e Claudina, pelo carinho e compreensão.

Para minha orientadora Gilmara, pela paciência, amizade e dedicação.

RESUMO

A mulher, desde a origem das civilizações, ocupou um papel de subordinação e opressão, era tida como um mero objeto. Enquanto solteira, era posse de seu pai, ao casar-se, este múnus passava a ser exercido por seu marido.

Com o advento do Código Civil de 1.916, a mulher ainda continuou, por mais das vezes, a ser um objeto.

Estava elencada no rol dos relativamente incapazes, precisava da ratificação do marido para que seus atos tivessem validade na órbita civil. Era mãe, mas o pátrio poder lhe era conferido de forma subsidiária.

Somente em 1.962, com a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada, a mulher foi liberada do autoritarismo masculino, à partir de então, uma série de sucessivas leis, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, buscaram efetivar as conquistas que foram precedidas de grande luta pelas mulheres brasileiras. Deveras, conquistas formalizadas em um texto de lei, ainda que na Lei Máxima de um país, quando não efetivamente aplicados, não passam de meras palavras jogadas ao vento.

A partir do momento em que as mulheres tiveram o reconhecimento de seus direitos, referendados, ainda, pelo novo diploma civil, essa luta histórica apenas começou, muito se fez, mas muito mais ainda precisa e deve ser feito.

ABSTRACT

The woman, since the begin of civilization tolded a subordinated and oppression position, was sun as a plain object. While she was single, was possession of her father, when she gets marry, this right passed to be exerted for her husband.

With the come of Civil Code from 1916, the woman still goes on, for any times, being an object.

This description in the roll of relative incapable needed of husband ratification to hers acts had validity in the civil order. She was mother, but the paternal power was given to her of a subsidize way.

It was only in 1962, with the begin of the Married Woman Statute, the woman was free of the male authority, since here, a sequence of sucesion law, that culminated with the promulgation of Federal Constitution from 1.988, looked for effect the conquests that were preceded of a great fight of brazilian women. So, conquests formalizeded in a law text, even in the maxim law of a nation, when not effecting applied, don't have any significancy.

Since the moment that the women had the recoguition of their rights, reaffirmed still, for the new civil code, this historic fight has just started so many things were done, but so much more still need must be done.

SUMÁRIO

Epígrafe.....	3
Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract	6
Introdução	10
Capítulo I A Família Greco-Romana	12
Capítulo II Da Família do Século Passado à Contemporânea	17
Capítulo III Marcos Sociais na Luta da Mulher pela Igualdade.....	20
Capítulo IV A Situação Jurídica da Mulher no Brasil e seus Aspectos Históricos.....	22
Capítulo V A Legislação Civil Brasileira.....	26
5.1 O Código Civil de 1.916.....	26
5.1.1 Incapacidade Relativa da Mulher.....	27
5.1.2 Da Mulher Casada.....	27
5.1.2.1 Domicílio da Mulher Casada.....	29
5.1.2.2 Capacidade Civil da Mulher Casada.....	29
5.1.2.3 Consentimento para o Casamento.....	30
5.1.2.4 Defloração da Mulher Ignorado pelo Marido.....	31
5.1.2.5 Chefia da Sociedade Conjugal.....	32
5.1.2.6 Nome da Mulher Casada.....	35
5.1.3 Do Pátrio Poder.....	35
5.1.4 Do Regime Dotal.....	37
5.1.5 Bens Reservados da Mulher.....	38
5.1.6 Considerações Finais.....	40
5.2 Estatuto da Mulher Casada.....	40
5.2.1 Capacidade.....	41
5.2.2 Chefia da Sociedade Conjugal.....	42
5.2.3 Domicilio Conjugal.....	43
5.2.4 Manutenção da Família.....	44
5.2.5 Direção Material e Moral da Família.....	45
5.2.6 Da Necessidade de Autorização Marital para a Prática de Certos Atos.....	45

5.2.7 Pátrio Poder.....	47
5.2.8 A Guarda dos Filhos no Desquite Litigioso.....	48
5.2.9 Sucessão.....	49
5.2.10 Dívidas Contraídas pelo Marido e pela Mulher.....	51
5.2.11 Considerações Finais.....	51
5.3 A Lei do Divórcio.....	52
5.4 Estatuto da Criança e do Adolescente.....	54
5.5 Do Concubinato e da União Estável.....	56
5.6 Considerações Finais sobre a Legislação Civil Brasileira.....	59

Capítulo VI

A Legislação Constitucional Brasileira.....	60
6.1 O Princípio da Igualdade entre Homens e Mulheres.....	60
6.2 Constituição de 1.824.....	61
6.3 Constituição de 1.891.....	62
6.4 Constituição de 1.934.....	62
6.4.1 Da Igualdade perante a Lei.....	62
6.4.2 Da Proteção do Trabalho da Mulher.....	63
6.4.3 Da Nacionalidade e da Cidadania.....	64
6.4.4 Do Direito ao Voto.....	64
6.4.5 Do Direito à Maternidade.....	65
6.4.6 Da Aposentadoria.....	65
6.5 Constituição de 1.937.....	66
6.5.1 Do Princípio da Igualdade.....	66
6.5.2 Da Proteção ao Trabalho da Mulher.....	66
6.5.3 Da Aposentadoria.....	67
6.6 Constituição de 1.946.....	68
6.6.1 Do Princípio da Igualdade entre os Sexos.....	68
6.6.2 Do Trabalho da Mulher.....	68
6.6.3 Da Nacionalidade.....	69
6.6.4 Do Direito ao Voto.....	69
6.7 Constituição de 1.967 e a Emenda Constitucional de 1.969.....	70
6.8 A Constituição de 1.988.....	71
6.8.1 Da Isonomia entre Homem e Mulher.....	71
6.8.2 Da Nacionalidade.....	72
6.8.3 Do Direito ao Voto.....	72
6.8.4 Do Direito à Maternidade.....	73
6.8.5 Dos Direitos ao Trabalho e Aposentadoria da Mulher.....	73
6.9 Considerações Finais.....	74

Capítulo VII

O Novo Código Civil.....	76
7.1 Da Capacidade Civil.....	77
7.2 Do Direito ao Nome e aos Apelidos de Família.....	79
7.3 Dos Direitos e Deveres da Mulher.....	80
7.4 Da Administração dos Bens Comuns.....	81
7.5 Da Outorga Uxória.....	82
7.6 Validade da Partilha por Ato “inter vivos”.....	83
7.7 Da Administração Legal dos Bens dos Filhos.....	83

7.8 Das Dívidas Contraídas pelos Cônjuges.....	84
7.9 Da Escolha do Domicílio Conjugal.....	85
7.10 Da Escusa da Tutela.....	86
7.11 Dos Herdeiros Necessários.....	87
7.12 Da Idade Mínima para o Casamento.....	88
7.13 Do Consentimento para o Casamento.....	89
7.14 Considerações Finais.....	90
Conclusão.....	91
Bibliografia.....	95

INTRODUÇÃO

Existiram várias modificações na estrutura familiar. Desde o surgimento da família até os dias atuais, houveram vários momentos em que a mulher se encontrou em situação inferior frente ao homem. Essa inferioridade, herança de civilizações antigas como a grega e a romana, que foram os iniciadores da instituição família, formaram idéias primitivas e que foram concebidas pelo homem como fonte de direitos.

O presente trabalho tem por escopo a análise de como evolui a situação jurídica da mulher, em seus direitos e obrigações, ao longo das legislações civil e constitucional brasileira.

Partindo de um estudo sobre a origem histórica da opressão feminina, inclusive no contexto das civilizações grega e romana, berço maior de nosso direito moderno, fez-se necessário também uma abordagem histórica, mencionando os movimentos que desencadearam a reação das mulheres contra essa situação de inferioridade e submissão.

A análise das legislações pertinentes (civil e constitucional), dentro de sua evolução cronológica, foi feita sob o pano de fundo de uma análise subsidiária da sociedade, da forma como essas conquistas se desenvolveram, lenta e gradativamente, por vezes, até mesmo com retrocessos.

O presente estudo, isento de pretensões de cunho político, revela sua intenção de apresentar-se como uma ferramenta de análise e até mesmo de valorização, dessas árduas e duras conquistas, que percorreram um grande processo de discussão, luta e valorização dos cidadãos brasileiros do sexo feminino.

Embora inseridas no contexto de uma sociedade em grande parte eminentemente machista e preconceituosa, que fez, e faz, com que muitas dessas disposições não passem de fórmulas abstratas, dentro de um plano ideal, sem aplicabilidade prática, é fundamental a cobrança de sua efetiva proteção e aplicação.

Toda cobrança, para se auto sustentar, deve ser precedida de estudo e análise para que possua consistência.

Sem a arrogância de acreditar fornecer toda a consistência necessária para uma conscientização completa, almeja-se, ao menos, contribuir, ainda que de forma modesta, para o ciclo de transformações sociais que a sociedade brasileira contemporânea vem passando através dos tempos.

CAPÍTULO I

A FAMÍLIA GRECO-ROMANA

Desde a Antiguidade, a mulher vive em situação de inferioridade frente ao homem. O próprio direito Romano e Grego, que fora o berço de nossa cultura jurídica, colocava a mulher em situação de subordinação.

A religião era o ditame da época. Dela surgia a figura da família, era a chamada Religião Doméstica. Esta religião foi a norma constitutiva da família antiga. Todo e qualquer ato relevante girava em torno do deus por eles adorado.

Cada família tinha o seu deus, não existindo contudo, nenhuma regra uniforme e nenhum ritual comum. O membro morto da família – ressalte-se homem – era adorado por seus descendentes, cultura esta que se transmitia de pai para filho homem. A mulher apenas acompanhava a religião de sua casa, e , quando já casada, abandonava aquele deus e passava a cultuar o deus adorado por seu marido.

Quando morta, a mulher não recebia a mesma parte no culto e nas cerimônias de banquete¹ que eram oferecidas ao homem após sua morte. Desde então denota-se com extrema clareza a desigualdade dos sexos nos costumes antigos.

A origem da família antiga não se fundava no afeto natural que hoje é presente e essencial, não havia qualquer tipo de ligação sentimental. Por mais que pudesse o pai amar sua filha, não poderia legar-lhe seus bens. Havia uma berrante superioridade da força masculina sobre a feminina, como do marido sobre a esposa, do pai sobre as filhas. O que unia as famílias não era o amor despendido pelos pais e sim o culto de sua religião.

¹ Cerimônia onde o túmulo era rodeado de plantas e flores, com diversas oferendas, traduzida numa espécie de comemoração em que acreditavam alimentar o falecido, saciando suas necessidades.

A primeira instituição que fora criada pela religião Doméstica foi o casamento.

Através deste fato, a mulher, como já dito anteriormente, abandonava o deus que adorou e cultuou durante toda a sua infância. Dali em diante, colocava-se sob o império de um deus até então desconhecido, passando a se sacrificar aos manes do marido, praticando outros ritos e recitando outras orações.

Havia porém diferença de fases entre os atos de composição do casamento entre gregos e romanos. Assim ensina Fustel de Coulanges (1.996, pág. 36/37)

Entre os gregos a cerimônia do casamento compunha-se, digamos, de três atos. O primeiro oficiava-se diante do fogo sagrado² do pai, enhyesis; o terceiro, no fogo sagrado do marido, télos, sendo o segundo o da passagem de um para o outro, pompê.

Assim, vê-se que a mulher continuava sempre a cultuar os mortos, porém não mais aos seus antepassados, pois não tinha mais esse direito, mas aos deuses de seu marido, visto que não pertencia mais à sua família de origem, o que trouxe conseqüências relevantes ao direito de sucessão.

O casamento era um contrato realizado com o intuito de perpetuar a família, assim, se fosse a mulher estéril poderia este contrato ser anulado, porém se o inverso ocorresse, esta instituição era perpetuada. O objetivo principal era o nascimento de um filho homem para que se pudesse continuar o culto entre as gerações. O nascimento de uma menina não satisfazia o objetivo do casamento, ela não era necessária, porquanto não era ela por quem os antepassados e fogo sagrado reclamavam.

Esse dever de perpetuar a família, fez com que surgisse a figura da adoção, hoje muito utilizada no direito civil brasileiro. Porém, somente os homens eram adotados. O intuito era de zelar pela continuidade da religião doméstica, tendo assim quem conservasse aceso o fogo sagrado, presidisse o culto, enfim

² O fogo era considerado divino, sendo adorado e cultuado, como se agradassem a um deus. O dono da casa possuía verdadeira obrigação de mantê-lo aceso, sob pena de ver a sua família desgraçada.

zelar pelos manes dos ancestrais, evitando a extinção do culto, por isso permitida a adoção somente a quem não pudesse ter filhos.

Havia grande correlação entre a adoção e a emancipação, porquanto quem se emancipasse perdia todo o direito a participação no culto familiar, não sendo mais considerado um membro da família, bem como não seria considerado filho para as questões de direito. Já o filho adotado, havia sido associado ao culto da família que o adotara, tendo direito à herança.

Dentre todas essas figuras de direito então, surge a sucessão, sendo esta talvez a que apresente a mais drástica disparidade entre homem e mulher no que tange ao princípio da igualdade.

A filha não era considerada apta para o ato de herdar. A regra era a mesma da religião: se a mulher não está apta para presidir o culto, filiando à religião, ao deus de seu marido ao casar-se, e conseqüentemente renunciando ao culto de seu pai adotando o do esposo, também deveria ser considerada inapta para receber sua herança.

Ao desligar-se da família de origem, dilaceravam-se os laços de direito até então existentes.

Assim, a filha estava claramente excluída do direito de sucessão, atribuindo à filha mulher uma situação de grande inferioridade frente ao filho homem, conseqüência grave que fora atribuída pela religião àqueles povos.

A sucessão então passava sempre aos varões e aos filhos dos varões.

Nota-se então, que a mulher era sempre como uma parte integrante de seu pai ou seu esposo. Não tinha direito nada, a ser endeusada pela religião familiar, religião esta que era modificada ao casar-se, como já anteriormente exposto.

Na morte ou na vida era a mulher sempre considerada como parte integrante de seu esposo.

Fustel de Coulanges, referindo-se a lei de Manu, prescreve (1.996, pág. 69):

A mulher, durante a sua infância depende de seu pai; durante a juventude, de seu marido; por morte do marido, de seus filhos; se não

tem filhos, dos parentes próximos de seu marido; porque a mulher jamais deve governar-se à sua vontade.

Ainda, seguindo esta linha de raciocínio, continua o autor:

As leis greco-romanas dizem o mesmo. Enquanto moça está sujeita a seu pai; morto o pai, a seus irmãos e aos seus agnados; casada, a mulher está sob a tutela do marido; morto o marido, não volta para a sua própria família porque renunciou a esta para sempre, pelo casamento sagrado; a viúva continua submissa à tutela dos agnados de seu marido, isto é, à tutela de seus próprios filhos, se os tem, ou, na falta destes, à dos mais próximos parentes do marido. O marido tem sobre ela tanta autoridade que pode, antes de morrer, designar-lhe tutor, e até mesmo escolher-lhe novo marido.

A mulher era um ser considerado tão inferior, que nem mesmo poderia ser testemunha perante um Tribunal. Aliás, somente o pai era quem podia comparecer perante o tribunal da cidade. E se o crime cometido foi de autoria da mulher, esta não podia ser condenada pela justiça do Estado, mas pela justiça da própria família, visto que o pai, bem como o marido, tinham o encargo de pronunciarem as sentença pois eram considerados os juízes das mulheres, seu único magistrado.

Traz-se por oportuno, brilhante conclusão do autor (1.996, pág. 77):

Essa moral doméstica prescreve ainda outros deveres. E assim diz à esposa que ela tem o dever de obedecer, e ao marido de mandar. Ensinou que a ambos a obrigação de se respeitarem mutuamente. A mulher tem direitos, porque tem seu lugar no lar, sendo a encarregada de olhar para que não se extinga o fogo sagrado. É a mulher, sobretudo, quem deve estar atenta para que este fogo se conserve puro; invoca-o e oferece-lhe sacrifícios.

(...)

Ubi tu Caius, ego Caia – fórmula com a significação de que se, na casa, a mulher não tem autoridade igual à do marido, tem pelo menos igual dignidade.

Do todo o exposto, nota-se a grande desigualdade entre homem e mulher desde o surgimento das civilizações. Grande parte dessa disparidade fora extinta com o passar dos anos, dos séculos, porém ainda se encontra aceso no íntimo dos cidadãos a fragilidade dos direitos a ela inerentes.

CAPÍTULO II

DA FAMÍLIA DO SÉCULO PASSADO À CONTEMPORÂNEA

Tomando-se por base a origem da família e os direitos a ela inerentes, várias transformações ocorreram no século passado, até chegar-se ao modelo de família contemporânea.

O regime patriarcal, onde a mulher e os filhos deviam submissão ao pai, era a estrutura preponderante daquela época.

Os filhos eram educados por mulheres que seguiam as idéias impostas pelas gerações anteriores. Assim, era difícil não educar a criança sem a idéia de que a mulher, bem como os filhos, deviam inteira submissão ao pai, que era considerado o antigo deus da família.

Essa família não tinha direito ou vontades próprias. Subjugava-se ao conceito ditado por seus ancestrais. Não tinha nenhuma inovação, apenas e tão somente seguiam os ritos e costumes de seus antepassados, estruturando a família num modelo ultrapassado.

Existia uma tentativa de manter-se o equilíbrio social da época, o conceito de família era voltado para a manutenção do patrimônio e a sua permanência, criando cidadãos atrelados aos costumes dos antigos, de seus antepassados.

Ao pai lhe era dado o poder de julgar o certo e o errado. Competia a ele decidir o futuro dos filhos, levando sempre em conta não o interesse individual do ser humano, mas, tão somente, o interesse da família.

A mãe não opinava, não tinha autoridade suficiente para dirigir, ou até mesmo auxiliar o marido no que tange a direção e o destino da família.

O pai, ser supremo que era, encarregava-se de manter a família dentro dos padrões sociais ditados pela época.

A filha mulher, ao casar-se, seguia os mesmos passos da mãe. Se optasse por não se casar, restava-lhe apenas o celibato ou a vida religiosa.

Trabalhar, estudar, ter vontades próprias, tudo era defeso à mulher, que, ao sair do lar em que fora criada, iria para outro, tornando-se subalterna a seu marido, assim com fora sua mãe em relação a seu pai.

Todavia, essa repressão e subordinação trouxeram, gradativamente, um intenso desejo de liberdade. O anseio de realização profissional e pessoal, foram ganhando dimensões drásticas e profundas, determinando intensas transformações no âmbito familiar.

Já não eram mais desejos enrustidos, escondidos no íntimo de cada mulher, representados por pensamentos secretos e escritos em diários proibidos. Passavam a rogar por todo o tipo de liberdade, seja ela de pensamento, sentimento ou opinião.

A mulher começou a se rebelar contra a autoridade do pater-familia, até então constituída, tendo como grave punição o exílio, culminando com a expulsão da entidade familiar.

As mulheres passam a exigir espaço daquela sociedade machista e paternalista. Clamavam por direitos de igualdade frente ao homem, bem como as obrigações que deles poderiam surgir.

Como hoje, toda mulher aspirava viver plenamente a vida, com liberdade, sem ter quem lhes dissesse o certo ou o errado, o justo ou o injusto, direcionando suas vidas como se fossem incapazes de agir, pensar, lutar por seus direitos.

Assim, esses fatores externos, que se implodiam no íntimo das mulheres, ajudaram de forma razoável este movimento rumo a libertação das mulheres.

O todo poderoso pai aos poucos vai deixando de ser considerado o centro do universo, o deus da família a quem todos deviam submissão.

Já havia perdido a condição de todo poderoso, detentor do conhecimento supremo. Os filhos, bem com sua esposa, passavam a exteriorizar pensamentos, conhecimentos próprios, superando em muitos momentos a sabedoria supostamente exclusiva do patriarca.

Travou-se uma revolução cultural, onde o pai não mais direcionava o futuro dos filhos, da esposa, modificando definitivamente a estrutura familiar até então existente.

Essa inferioridade feminina vivida por muitos anos, desde a concepção da instituição familiar, é muito discutida até os dias atuais.

Há quem diga que a mulher subordinou-se ao homem, sofrendo opressões por ter uma constituição física mais frágil. Outros, já analisam não só as condições naturais atribuídas divinamente às mulheres, mas também fatores culturais que não podem deixar de ser explicitados.

Estes últimos, conferem ao sexo feminino a fragilidade e ao homem o poder de decisão e direção. Defendem que os papéis desenvolvidos de maneira tão divergentes são frutos não apenas da fragilidade do sexo feminino, mas sim das grandes variações culturais que houveram no tempo e no espaço.

Assim, se à mulher fora dado o papel de submissão e opressão, e ao homem o de direção, tal fato somente prosperou porquanto houve plena aceitação da sociedade na definição de cada função, dando a cada um o preparo e a educação diferenciados. Para a mulher cabia a submissão e ao homem a educação, não sendo assim inerente à natureza a desigualdade entre homens e mulheres, e sim graças ao tipo de aprendizagem oferecido e ao tipo de comportamento exercido por cada um.

Para decepção de muitos homens, percebe-se que a ciência não conseguiu demonstrar evidências de superioridade de algum dos sexos. Destarte, cada um deles possui funções orgânicas, e até mesmo sociais, que se complementam. De mais valia seria a busca pela harmonia e cooperação do sexos, onde, por mais que se possa argumentar, sempre se esbarra no lugar comum: “homens e mulheres se complementam”.

CAPÍTULO III

MARCOS SOCIAIS NA LUTA DA MULHER PELA IGUALDADE

Com o advento do mercantilismo, onde o homem desempenhava a função de desbravador, conquistador e dominador do mundo novo, à mulher restava o papel secundário de instrumento de tutela do pai e do marido, afastada de maiores instruções, embora cortejada e cantada pela literatura.

A Revolução Francesa, marco que consolidou a vitória da burguesia, representou um pequeno avanço nos direitos das mulheres. Concedeu-se, por exemplo, direitos privados como herança, divórcio e testemunho. Restringiram-se, entretanto, aqueles atinentes a deliberações políticas e funções públicas, como o direito ao voto.

Carente de registros históricos, no Brasil verifica-se a participação das mulheres em rebeliões e lutas políticas, sobremaneira na luta contra a escravidão. Todo esse movimento, culminou com a elaboração de duas grandes leis, assinadas pela princesa Isabel: Lei do ventre livre (1871) e Lei Áurea (1888), a primeira, declarou livres os filhos de mulheres escravas nascidos a partir de 28 de setembro daquele ano, a segunda, abolindo a escravidão negra no Brasil.

No início do século XIX iniciou-se uma verdadeira revolução cultural, beneficiando a condição das mulheres, atuantes operárias, que progressivamente foram adquirindo direitos, como a participação de associações profissionais onde podiam fazer deliberações e votar. Situação em que não pode ser negado um enfoque crítico, correspondente ao desaparecimento da sociedade artesanal, que levou as mulheres a buscarem trabalho nas manufaturas, onde, a medida em que aceitavam salários inferiores aos dos homens, eram melhores acolhidas. A exploração das operárias, a miséria e a prostituição daí decorrentes, lentamente trouxeram consciência dos problemas resultantes da inserção da mulher na sociedade industrial. Os homens, demasiadamente ocupados com as máquinas, foram entregando a educação dos filhos às mães, em casa, e às professoras, nas

escolas para as crianças, fato esse verdadeiramente novo, porque, até então, a educação dos meninos era de responsabilidade do pai, por vezes confiada a mestres e preceptores.

Com o advento da 1ª Guerra Mundial, em 1914, em razão do envio dos homens aos campos de batalha, as mulheres tem de exercer funções e ofícios anteriormente a elas restringidos, adentrando em escritórios, comércios, serviços públicos e até mesmo profissões liberais, proporcionando a elevação de seu nível de instrução, aliado a sua peculiar destreza, considerada superior a do homem. Conseqüentemente, suas reivindicações e aspirações passam a merecer maior atenção, em razão da importância econômica que passam a exercer. Assim, com o fim da 2ª Guerra Mundial, finalmente, as mulheres vêm assegurada na Declaração universal dos direitos do “homem”, a consagração de seus direitos, sem distinção de sexo, igualando, para todos os efeitos, homens e mulheres.

Todos esses acontecimentos tiveram como pano de fundo um movimento de luta das mulheres por seus direitos. O movimento social que surgiu em defesa dos direitos de igualdade entre homens e mulheres, para assegurar a liberdade em seu aspecto mais amplo, recebeu a denominação que hoje conhecemos por Feminismo, que renasceu com força redobrada no período que prosseguiu após a Segunda Grande Guerra. No Brasil, ele teve papel fundamental nas principais conquistas, concernente à evolução da situação jurídica da mulher.

CAPÍTULO IV

A SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO BRASIL E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS

O primeiro ponto a ser considerado, para uma análise da evolução histórica da situação jurídica das mulheres no Brasil, é o aspecto do colonialismo cultural, de raízes que remontam o Brasil-colônia, e que tem influenciado diretamente a produção legislativa nacional.

Por certo, em razão de profunda relevância, deve ser ressaltada e considerada a significativa diferença no estágio cultural da sociedade brasileira, quando comparada ao das nações utilizadas como modelos para o desenvolvimento da normatividade pátria. Insere-se daí, portanto, o patente artificialismo e ilusão de grande parte de nossas leis.

Em lição de Sílvia Pimentel (1.978, pág. 13):

O Brasil-colônia regulava-se pelas leis portuguesas. Quando se tornou independente politicamente, não possuindo capacidade de organização necessária para se auto-regular, continuou valendo-se de leis alienígenas.

Por mais de três séculos vigoraram no Brasil as Ordenações Filipinas, legislação conservadora, inspirada no poder patriarcal vivido na idade média, completamente diferente dos usos e costumes vividos pela sociedade da época. De acordo com referida legislação, permitia-se, por exemplo, a aplicação de castigos corporais a mulher sem que fosse aplicada qualquer sanção para coibi-los, o pátrio poder era exclusividade do marido, a mulher dependia de sua autorização para a prática dos mais simples atos da vida civil. Estas Ordenações vigoraram no Brasil até o ano de 1.916.

O Código Comercial de 1.850 representou um importante passo para a autonomia financeira da mulher, admitindo como comerciante, as mulheres casadas, desde que autorizadas pelos maridos.

Com a Proclamação da República, importante legislação abordando a questão feminina foi o advento do Decreto n.º 181 de 24 de janeiro de 1.890, onde, em seu bojo, atenua o domínio patriarcal, que permanece de forma mais amena, retirando o direito de imposição de castigos corpóreos à esposa e filhos.

Na elaboração do Código Civil de 1.916 pouco se inovou com relação aos princípios conservadores que nortearam toda a legislação vigente até então. O homem continua como chefe da família, não sendo raras as demonstrações de discriminação para com as mulheres, que serão oportunamente analisadas.

No ano de 1.932, com o advento do Código Eleitoral, a mulher teve reconhecido o direito ao voto, aos vinte e um anos de idade. Porém, somente no ano de 1934, quando fora promulgada a nova Constituição, teve reduzida a idade para dezoito anos.

Importante marco foi o advento da Lei n.º 4.121/62, denominada Estatuto da Mulher Casada, ocasionando significativas mudanças no diploma civil, garantindo a igualdade entre homens e mulheres, abolindo diversas normas discriminadoras da mulher.

Quinze anos depois, precisamente em 26 de dezembro de 1.977, a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), desempenha um papel onde estabelece a reciprocidade do casal, em um tratamento extremamente isonômico.

Com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1.990), consagra-se, finalmente, a igualdade de condições do pai e da mãe no exercício do pátrio poder, de tal forma que o sustento, guarda e educação dos filhos caberá a ambos.

Finalmente, o novo Código Civil, a entrar em vigor em 11 de janeiro de 2.003, veio consolidar todas as alterações legais e construções doutrinárias e jurisprudências que disciplinavam a questão da luta contra a discriminação da mulher, pouco inovando.

No campo constitucional, verifica-se uma lenta e gradual evolução dos direitos assegurados as mulheres.

A Constituição de 1.824, chamada Constituição do Império, foi a primeira carta a dispor sobre do princípio da igualdade, porém, limitava-se a afirmar de forma genérica a igualdade de todos perante a lei.

Em 1.891, com o advento de nova Constituição, agora já em período republicano, o princípio da igualdade fora novamente reconhecido de forma genérica, não havendo qualquer mudança relevante em matéria de evolução aos direitos inerentes a mulher.

A Carta de 1.934, trouxe relevantes mudanças no campo constitucional, beneficiando de plano as mulheres. Pela primeira vez em toda a história, o legislador demonstrou preocupação com a situação jurídica da mulher até então vivida, proibindo expressamente quaisquer privilégios ou distinções por motivo de sexo. Dispôs sobre a proteção ao trabalho da mulher, bem como assegurou o direito da mãe determinar a nacionalidade aos filhos nascidos no estrangeiro.

Esta Carta Constitucional fora a primeira a assegurar o direito ao voto entre as mulheres. Inovou, ao assegurar o direito à maternidade e à infância, como também ao tratar em primeiro plano sobre a aposentadoria compulsória aos 68 (sessenta e oito) anos de idade.

A Constituição de 1.937, de certa forma, representa um retrocesso com relação à mulher. O princípio da igualdade volta a ser assegurado de forma genérica. Manteve-se o dispositivo sobre a proteção do trabalho da mulher e a aposentadoria compulsória. Quanto ao voto, foi omissa, assim como em relação à proteção à maternidade.

Em 1.946, o trabalho da mulher recebeu grande inovação, por dispor a nova constituição sobre previdência em favor da maternidade. Somente a partir desta, passou-se a considerar a nacionalidade de ambos os pais com relação aos filhos estrangeiros nascidos no Brasil. Com relação ao voto, fora garantido a mulher a igualdade como o homem em votar e ser votado. A partir desta Carta, todas as posteriores trataram dessa forma. No que tange ao direito de se aposentar, o cidadão passou a exercê-lo apenas aos 70 (setenta) anos ou após completar 35 (trinta e cinco) de serviço.

A Constituição de 1.967, a primeira após a Declaração Universal do Direitos do Homem, prevê a igualdade de sexos. Assegurou o direito de proteção

ao trabalho feminino, o direito à nacionalidade, voto, maternidade. Sobre a aposentadoria, manteve o disposto no texto anterior com relação a idade de 70 (setenta) anos, mas modificando o tempo de serviço para 35 (trinta e cinco) anos quando homem, e 30 (trinta) quando mulher.

No ano de 1.969, com o advento da Emenda Constitucional nº 1, não houve nenhuma mudança relevante, mantendo o disposto na Carta anterior, assegurando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, nacionalidade, voto, maternidade e aposentadoria.

Em 1.988, promulgava a Constituição vigente, assegurando novamente o princípio da igualdade entre os cidadãos, nacionalidade, voto, maternidade. A mesma Carta ampliou os direitos trabalhistas, da proteção do trabalho da mulher e diminuiu o tempo para requerer a aposentadoria, sendo atualmente de 65 (sessenta e cinco) anos para homem, 60 (sessenta) para mulher, reduzindo em 5 (cinco) anos para os trabalhadores rurais.

Percebe-se contudo que, paulatinamente, a mulher vem conquistando seu merecido espaço na sociedade, iniciado em 1.824 através da Constituição do Império, culminando com a atual Constituição Federal. Contudo, ainda existem pontos a serem considerados, eis que muitos direitos ainda precisam ser reconhecidos.

CAPÍTULO V

A LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

Neste capítulo, serão apenas e tão somente abordadas, as principais leis que marcaram as conquistas da mulher na legislação civil brasileira.

A primeira delas, correspondeu às Ordenações Filipinas, normas lusitanas, que estiveram em vigor até a promulgação do Código Civil de 1.916.

O trato desumano e a coisificação da mulher era bastante nítida. Neste período, o direito do marido em aplicar castigos físicos à esposa era permitido, bem como lhe tirar a vida, ao lhe pairar a dúvida de ser ou não sua mulher adúltera.

Somente a partir da promulgação do Código de 1.916 as conquistas da mulher tornaram-se evidentes, consoante se passará a abordar.

5.1. O Código Civil de 1.916

O Código Civil de 1.916 (em vigor em 1.917), manteve em seu contexto, latente desigualdade de direitos entre os sexos. Por mais uma vez, a mulher fora considerada como relativamente incapaz de responsabilizar-se por seus atos.

Era comparada ao menor, ao silvícola e ao pródigo. Sujeitava-se ainda aos domínios do pai, e quando casada, aos do marido. Às mulheres, impunha-se a humilhante situação de subordinação.

Assim, passa-se a avaliação pormenorizada dos dispositivos civis que dão ênfase a situação jurídica da mulher.

5.1.1 Incapacidade Relativa da Mulher

O homem é capaz de direitos e obrigações. Segundo certas circunstâncias, esta capacidade poderá ser plena ou relativa.

Plena, é a capacidade que não sofre restrições, podendo qualquer pessoa, sem qualquer tipo de limitação, adquirir direitos e exercitá-los livremente.

Relativa, porém, é aquela em que a pessoa, sujeito de direitos, não pode dispor livremente de seus bens e praticar todos os atos relativos à sua pessoa, por essa razão denominada relativamente incapaz.

As mulheres, na concepção desta legislação, eram tidas como relativamente incapazes.

Os atos da vida civil somente poderiam ser praticados se assistidos por representante legal, qual seja, seu pai, e quando casada, seu marido.

Sem a anuência de seu representante, o ato jurídico por ela praticado era anulado, tornando-se válido apenas se ratificado.

Somente com o advento do Estatuto da Mulher Casada, em 1.962 (item 5.2), a mulher adquiriu a capacidade plena.

5.1.2 Da Mulher Casada

Em lição de Carlos Roberto Gonçalves (2000, pág. 01):

“Casamento é a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem família legítima.”

Para que seja um ato perfeito, o casamento necessita de certas formalidades, exigidas pela legislação.

Obrigatoriamente essa união precisa ser entre um homem e uma mulher, até o momento é vedada a união matrimonial de pessoas de mesmo sexo,

embora cuidar-se de assunto pertinente e bastante discutido por nossa sociedade, em sua maioria ainda bastante conservadora nesse aspecto.

Com o casamento, cercado por suas formalidades, a família ocupa uma posição de destaque em nosso ordenamento jurídico. É a chamada família legítima, reconhecida pelo artigo 229 do Código Civil.

Inovações sociais e culturais clamam pelo reconhecimento da denominada família natural, que se verifica com o advento da Carta Magna de 1.988, momento em que a união estável é reconhecida como entidade familiar.

Muito embora a doutrina tenha desenvolvido vários conceitos de casamento, em suas variadas correntes (contratualista, institucionalista ou eclética)³, nota-se, em todas elas, que o casamento é um ato praticado por pessoas de sexos diferentes, e que, por mútuo consenso, formam uma família com o compromisso de fidelidade recíproca e mútua assistência.

Por esses motivos, fundados na própria natureza, no conceito desta instituição, não poderia vigorar mais em nossa legislação, frente à realidade hodierna, a discriminação, o papel apenas de colaboradora da sociedade conjugal determinado às mulheres.

Os dispositivos deste Código, em sua grande maioria, estão ultrapassados. O Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, e principalmente, a Constituição de 1.988, que assegurou mais uma vez, e desta o fez com maior ênfase, o princípio da igualdade entre homens e mulheres, principalmente no tocante à sociedade conjugal, revogaram tacitamente estes dispositivos.

Algumas situações merecem atenção especial para uma melhor compreensão da situação jurídica nesse contexto em que inseriu-se o Código Civil de 1.916.

5.1.2.1 Domicílio da Mulher Casada

³ Para os CONTRATUALISTAS o casamento pode ser: a) um contrato comum, regido pelas regras comuns a todos os contratos e que se consuma pelo consentimento dos nubentes; b) ou um contrato *sui generis*, de Direito de Família, que não versa sobre questões meramente patrimoniais, possuindo caracteres particulares onde predomina o acordo de vontade dos nubentes; para os INSTITUCIONALISTAS o casamento é uma Instituição Social, com forma, normas e efeitos estabelecidos em lei; finalmente, os ECLÉTICOS entendem o casamento com sendo, em um só tempo contrato (em sua formação) e instituição (em seu conteúdo).

Art. 36. os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes.

Parágrafo único. A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada (art. 315), ou lhe competir a administração do casal (art. 251).

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)

Compete-lhe:

(...)

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

(...)

O Código Civil de 1.916, manteve esta disposição (art. 36) do Código anterior, fixando o domicílio da mulher casada como sendo o de seu marido.

Porém, este dispositivo, bem como o subsequente, deve ser considerado inexistente, face ao princípio da igualdade entre os cônjuges, apregoado pela Carta Magna de 1.988.

No novo diploma civil⁴, que entrará em vigor no ano de 2.003, caberá a ambos os cônjuges a fixação do domicílio conjugal. Havendo divergência, devem socorrer-se ao Estado-juiz para a elucidação do litígio.

5.1.2.2 Capacidade Civil da Mulher Casada

A mulher casada, como já analisado no item 5.1.1 deste trabalho, tinha capacidade apenas e tão somente relativa. Era necessário a representação de seu marido, para que os atos por ela praticados gerassem efeitos na órbita jurídica.

Se não fossem ratificados, seriam estes atos anuláveis.

À luz da igualdade jurídica entre homens e mulheres, e em especial na sociedade conjugal, forçosa se faz a correção do dispositivo civil aos moldes da nova concepção jurídica.

⁴ Observações elencadas no cap. VII do presente trabalho.

5.1.2.3 Consentimento para o Casamento

Art. 185. Para o casamento dos menores de 21 anos, sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os pais.

Art. 186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge com quem estiverem os filhos.

Existe dualidade nesses dispositivos de 1.916, com conseqüências para a sua aplicação prática.

A primeira é que não se pode mais consentir o uso da palavra filho *legítimo*.

A Magna Carta de 1.988, em seu artigo 227 § 6.^o ⁵, estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não podendo mais se ter a antiga concepção de filhos legítimos, ilegítimos e legitimados.

Hoje tem-se apenas filhos, sejam eles havidos na constância do casamento, ou não, bem como os adotados, são todos iguais em direitos e obrigações.

Em seguida, para que o menor de 21 (vinte e um) anos se case, é necessário o consentimento dos pais.

Porém, ao haver discordância no consentimento ou negativa para a realização do casamento, segundo a legislação de 1.916, deveria prevalecer a vontade paterna.

Nota-se como um absurdo, incabível nos dias atuais, a prática desses dispositivos, principalmente após a Constituição Federal de 1.988, onde a interpretação dos referidos artigos deve ser feita à luz do princípio da igualdade.

⁵ “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (§ 6º do art. 227)”.

No caso de divergência entre os cônjuges em consentir com a realização do casamento de seus filhos, ao invés de ser dado ao marido a prevalência de opinião, deve-se levar ao Estado-juiz o litígio, decidindo por eles o futuro da prole.

O Novo Código Civil, que entrará em vigor no ano de 2.003, apenas tipificou este entendimento que tem sido aplicado desde 1.988 por nossos tribunais.

5.1.2.4 Defloração da Mulher Ignorado pelo Marido

Art. 218. É também anulável o casamento, se houver por parte de um dos nubentes, aos consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:
(...)

IV – o defloração da mulher ignorado pelo marido.

Extrai-se o seguinte conceito de defloração⁶, segundo Plácido e Silva:

Em regra, o defloração, conseqüente da posse carnal de mulher virgem, ou seja, da primeira cópula, materializa-se por lesões advindas aos órgãos genitais da mulher, notadamente da ruptura do hímen, pela introdução do órgão genital masculino, ou pênis, nas partes genitais da mulher.”

É em síntese, desvirginar a mulher, mantendo com ela conjunção carnal; é lhe “tirar as flores”.

Sempre se teve valorizada a virgindade da mulher, desde os tempos antigos. A moral, os costumes estavam diretamente ligados a este pormenor físico. Tanto que o Código de 1.916, no artigo 219, condenou a mulher que se casasse deflorada, pois implicitamente, torna insuportável a vida do outro cônjuge, no tocante à sua reputação, à sua moral.

⁶ Deflorar, tirar as flores, tirar a virgindade de (Larousse, 1.998, pág. 1.794). Desflorar. Estuprar. Compilar as melhores passagens (Aurélio, 1.995, pág 198).

Esse dispositivo civil, fere as atuais concepções jurídicas, tendo-se em vista a evolução dos costumes. Sempre se defendeu a virgindade da mulher até o casamento, mas atualmente, este artigo tem validade discutível.

O Código o trata como sendo erro essencial sobre a pessoa, cujo rol é taxativo, prescrevendo em 10 (dez) dias a ação do outro cônjuge enganado (marido) para anular o casamento⁷.

Este dispositivo legal, tem sido muito criticado, pois ao incluir no rol as causas de anulação do casamento por erro essencial o defloramento da mulher ignorado pelo marido, este motivo é considerado injusto e retrógrado, frente aos costumes dos dias atuais.

Ademais, pode-se afirmar que, com o advento da Constituição de 1.988, também este dispositivo pode ser considerado revogado tacitamente, porquanto a isonomia jurídica por ela apregoada, não poderia mais existir tratamento desigual à mulher.

Ora, se o homem não tem obrigação de casar-se virgem, por que teria a mulher se há isonomia entre os indivíduos? E mais, como comprovar que o marido casou-se casto?

5.1.2.5 Chefia da Sociedade Conjugal

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 (art. 240, 247 e 251).

I – a representação legal da família;

(...)

Por este artigo, fica evidente que cabia apenas ao marido a chefia da sociedade conjugal.

⁷ Art. 178. Prescreve:

§1º. Em 10 (dez) dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com a mulher já deflorada (arts. 218, 219, IV, e 220).

Porém, quando tratasse de assunto que atingisse os interesses comuns do casal e dos filhos, poderia a mulher atuar como mera “colaboradora de seu senhor”.

Como o Código foi escrito em 1.916, existe flagrante dificuldade em adaptar certos dispositivos com a realidade vivida nos dias atuais.

Instante em que se transcreve a justa lição de Clóvis Beviláqua, apud Pimentel (1.978, pág 47):

... realmente, a mulher possui capacidade mental equivalente à do homem e merece igual proteção do Direito. Já é um sacrifício à Justiça submetê-la à autoridade do marido, pela necessidade de harmonizar as relações da vida conjugal ... não é a inferioridade mental a base da restrição imposta à capacidade da mulher, na vida conjugal é a diversidade das funções que os consortes são chamados a exercer.

Nota-se que o referido estudioso, ao elaborar o Código Civil de 1.916, não referiu-se como sendo a mulher um ser inferior ao homem. Apenas, de modo dualístico, objetivou estabelecer os papéis de cada um dos cônjuges na sociedade conjugal.

Dualístico porque ao interpretarmos o dispositivo, notamos evidente preconceito e desrespeito à capacidade mental, de direitos e obrigações despendida às mulheres. É injusto submeter a mulher à autoridade do marido como se fosse um ser inferior.

Confunde-se a fragilidade da mulher com a incapacidade, o que é absurdo nos dias modernos.

A sociedade conjugal deve ser dirigida em comunhão, em cumplicidade entre os cônjuges.

Com o primado da igualdade, desapareceu a autoridade do poder marital descrito no referido artigo.

Como chefe da sociedade conjugal, cabe ao marido, segundo o seu inciso I, a representação legal de toda a família.

Ora, isto lembra a figura dos pater-família do Direito Romano. Claro que hoje, a mulher moderna se iguala ao homem, ou quase, não por razões legais

mas muito mais inerentes a cultura de nossa sociedade, machista por natureza, onde as mulheres, ainda hoje, recebem salários menores pelos mesmos serviços. Deveras, para não fugir ao tema proposto, entrando em uma discussão eminentemente sociológica, cabe destacar, tão somente, que também este dispositivo transformou-se em letra morta.

Importante prescrever o artigo 251 do referido diploma civil:

Art. 251. À mulher compete a direção e administração do casal, quando o marido:

I – estiver em lugar remoto, ou não sabido;

II – estiver em cárcere por mais de 2 (dois) anos;

III – for judicialmente declarado interdito.

Parágrafo único. Nestes caso, cabe à mulher:

I – administrar os bens comuns;

II – dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido;

III – administrar os do marido;

IV – alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz.

Este é um outro dispositivo legal superado pela nova concepção de igualdade jurídica entre homens e mulheres, pois mais uma vez, à mulher era dado o papel secundário de direção. Somente em casos excepcionais – quando o marido estivesse impossibilitado – a mulher poderia administrar e direcionar a sociedade conjugal.

5.2.1.6 Nome da Mulher Casada

Art. 240. a mulher com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção e moral desta.

Parágrafo único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido.

Com o casamento, somente á mulher era permitido acrescentar ao seu nome o nome de família de seu marido.

Porém, há tempos tem-se entendido, através de posicionamentos jurisprudenciais que este direito é recíproco.

Com o advento da Carta Magna de 1.988, inovou-se este artigo com o princípio da igualdade nela protegido, pois ao equiparar homens e mulheres em direitos e obrigações, autorizou-se, ainda que indiretamente, a possibilidade do marido acrescentar ao seu nome o nome de família de sua esposa.

Este tema, será abordado no cap. VII, 7.7.2, deste trabalho monográfico, ao tratar do Novo Diploma Civil Brasileiro.

5.1.3 Do Pátrio Poder

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

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

O pátrio poder, pode ser conceituado como sendo um conjunto de direitos, delegado aos pais, para que possam gerir seus filhos, desempenhando o papel de formação, guarda, educação e defesa, propiciando-lhes assim, o desenvolvimento integral de sua personalidade.

Hoje, o pátrio poder não é tão severo quanto ao defendido pelo direito romano. A figura do pai, não é mais a de senhor da verdade e ditador do futuro dos filhos e da família. Surgiu a figura da mãe como também colaboradora na educação e formação dos filhos.

Este artigo, 380, surgiu apenas em 1.962, com a Lei nº 4.121. Foi uma inovação ao diploma civil, pois concedeu o direito do pátrio poder à mulher em caso de impedimento do marido.

Antes, aplicava-se o artigo correspondente ao Decreto 181, no qual somente era concedido este múnus à mulher, no caso de morte do marido, e

ainda assim, se não fosse a mulher bínuba, ou seja, mulher que não tenha contraído novas núpcias.

Pelo artigo transcrito, fica evidente que à mulher era atribuído o papel de mera colaboradora, prevalecendo a decisão do pai, em caso de divergência sobre a direção dos filhos.

O papel da mulher era subsidiário, sendo a ela conferido no caso de ausência do pai.

Atualmente, o pátrio poder assegurado por este artigo perdeu eficácia, em virtude do diploma constitucional que assegura a isonomia de direitos entre homens e mulheres, bem como pelo artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (item 5.4), que asseguram a igualdade de condições entre os pais para a prática do pátrio poder, podendo, em caso de divergência, recorrer ao Estado-juiz para a solução do empate.

Outrossim, insta ressaltar que o pátrio poder exercido em igualdade de condições pelos pais, apenas pode recair sobre o filho menor.

Os maiores e incapazes não estão sujeitos ao pátrio poder, porquanto quem os representa é o curador nomeado pelo juiz.

Quanto à administração dos bens do filho menor, pelo disposto no art. 385, não poderia a mãe exercer este direito, o qual seria permitido somente na falta do pai.

Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto n art. 225.

O Novo Código Civil, (item 7.7), modificou este dispositivo legal, evoluindo no sentido de igualar os direitos conferidos aos pais. Hoje, a administração dos bens dos filhos não é dever do pai e subsidiariamente da mãe, mas de ambos os cônjuges, que se encontrem no efetivo exercício do pátrio poder, conforme será tratado no item 5.4 deste trabalho, ao se analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

5.1.4 Do Regime Dotal

O regime dotal, apresenta-se nos artigos 278 a 311 do Código Civil de 1.916.

Em definição de Clóvis Beviláqua, apud Silva (1.999, pág. 47), dote assim se conceitua:

Como a porção de bens que a mulher ou alguém por ela, transfere ao marido para, do rendimento deles, tirar subsídio à sustentação dos encargos matrimoniais, sob a condição de os restituir depois de dissolvida a sociedade conjugal.

O dote, assim resumindo, era uma doação nupcial feita somente à filha. É um regime altamente ofensivo à mulher, no que tange aos direitos de sua personalidade. Pode-se entender como letra morta, superado desde a Magna Carta de 1.988.

O Novo Código Civil, que entrará em vigor em 2.003, não recepcionou este capítulo, no título que disciplina o regime de bens entre os cônjuges.

Os bens que formam o patrimônio dotal, pertencem exclusivamente à mulher, mas, no entanto, seriam administrados pelo marido para a manutenção da família.

Poderia o dote ser instituído pelos pais, pela própria nubente ou por terceiros (tio, primo), ou seja, podem instituir o conjunto de bens que serão levados a dote, que têm como objetivo retirar o sustento da família.

Por ser um regime de bens que não o legal, é necessário que se faça Pacto Antenupcial⁸.

Estes bens são gravados com cláusula de incomunicabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. Para os atos de gravação, bem como de alienação, faz-se necessária a autorização judicial.

⁸ O Pacto Antenupcial pode ser entendido como toda convenção promovida pelos nubentes, anterior às núpcias e de efeito suspensivo, no fito de estabelecer o regime matrimonial de bens, ou para regular, respeitadas as regras legais, as relações econômicas entre os cônjuges, após o casamento.

Findo o casamento, o dote deve ser devolvido para a esposa se fora ela quem o instituiu; se pelos pais, até o montante da legítima; e se por terceiro, a ele deve ser entregue.

Ainda, neste mesmo capítulo V do Código Civil, que dispõe sobre o regime de bens entre os cônjuges, trata dos bens parafernais, nos artigos 310 e 311.

Os bens parafernais, são bens reservados à mulher, não integram o dote. São bens trazidos pela mulher em razão do casamento, que não foram incluídos no dote, e cuja a administração a mulher reservou para si. São bens que embora não sejam dotais, a mulher trouxe para si em razão do casamento.

5.1.5 Bens Reservados da Mulher

Art. 246. A mulher que exerce profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido e os bens com ele adquiridos constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III do art. 242.

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.

Art. 263. São excluídos da comunhão:

(...)

XII – os bens reservados (art. 246, parágrafo único);

(...)

Hoje, não há mais como se falar em bens reservados da mulher, ou seja, em bens que não integram a comunhão, não se comunicando aos bens do casal.

Pode-se apenas e tão somente falar-se em bens particulares dos cônjuges, em face do disposto no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal. Assim:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

(...)

Este dispositivo constitucional, que estabelece o princípio geral da isonomia, prescreve que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, e implica na revogação de toda norma que traduza superioridade ou comando de um dos cônjuges sobre o outro, ou outorgue privilégios ou vantagens a um deles em detrimento do outro.

Não pode haver, de forma alguma, qualquer tipo de desigualdade entre homem e mulher, seja pessoal ou patrimonial.

Os bens reservados, dão à mulher certos privilégios, e como são iguais em direitos e obrigações no exercício dos direitos da sociedade conjugal, deve este dispositivo ser entendido como revogado. Aliás, o Novo Código Civil não recepcionou este dispositivo.

5.1.6 Considerações Finais

Demonstra-se quase que incontestável que não há mais aplicabilidade de quase todos os artigos acima descritos, que foram derogados ou até mesmo revogados pela Magna Carta de 1.988, por nossos Tribunais através de posicionamentos jurisprudenciais, e pela realidade dos dispositivos legais inseridos em 1.962, 1.977 e 1.990.

O Novo Código Civil, que entrará em vigor em 2.003, trouxe mudanças significativas, onde inclusive retirou da órbita jurídica civil essas verdadeiras aberrações ao nosso padrão de civilização.

5.2. Estatuto da Mulher Casada

Em 1.962, com o advento da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada – verifica-se, em verdade, o primeiro marco histórico relevante à luta da liberação da mulher no Brasil.

Referida lei revogou diversas normas discriminadoras, principalmente no tocante à incapacidade feminina, tão nítida no Código Civil de 1.916.

Contudo, não conseguiu excluir totalmente o arbítrio masculino até então existente.

Algumas desigualdades ainda continuaram a vigorar, porém, à partir do Estatuto, a mulher iniciou suas conquistas, culminadas com o advento da Constituição de 1.988, onde passa a ter garantida a sua isonomia tão almejada.

Oportuno se faz, transcrever o entendimento de Valdeana Ferreira, (1.985, pág. 53):

De acordo com o nosso Código Civil, até a edição da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1.962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, continuava esta, ferida de incapacidade civil para a prática de determinados atos reservados ao marido, sob o pressuposto de que os deve absorver com exclusividade, a bem da unidade de direção da sociedade conjugal.

Esta Lei, *emancipou* a mulher casada, até então tida como subalterna. Outorgou-lhe direitos que até então, somente os homens tinham. Inovou-a na concepção de família, para colaboradora e não como apenas cumpridora das obrigações impostas pelo marido.

Seguindo esta linha de raciocínio, ESTRELA (apud FERREIRA, 1.985, pág. 56):

A reforma almejada veio, finalmente, concretizar-se na atual Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1.962. a bem dizer, esse diploma legal não fez mais que sancionar a realidade em que estava já a viver a mulher casada, no tocante ao livre acesso a cargos públicos e profissões. Se não em termos de técnica jurídica, pelo menos praticamente, se tinham como derogados pelos costumes em contrário, aquelas disposições legais, que ainda vedavam à casada o exercício desse direito. Por este aspecto, pois aquela lei de 1.962 consoa perfeitamente com a realidade objetiva, a que se endereça.

Não se precisa afirmar que, com a Constituição de 1.988, o princípio da isonomia, estes dispositivos apesar de inovadores à mulher, tornara-se quase letra morta.

5.2.1 Capacidade

Código Civil de 1.916:

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 e menores de 21 anos (art. 154 e 156);

II – as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal;

III – os pródigos;

IV – os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Estatuto da Mulher Casada:

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 e menores de 21 anos (art. 154 e 156);

II – os pródigos;

III – os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Como já exposto (item 5.1), a mulher, antes da vigência do Estatuto da Mulher Casada, não tinha capacidade plena, sendo necessário a representação de seu marido, ou posterior ratificação, para que seus atos tivessem validade na órbita civil.

A outorga marital era fundamental, traduzindo-se numa constante.

A mulher não podia praticar sozinha os atos que ao marido era permitido sem a anuência da esposa.

Nota-se que o inciso II, do artigo 6º do Código de 1.916, foi suprimido com o advento do EMC. Este equiparava a mulher aos pródigos e aos silvícolas. Foi um avanço, porém não tão satisfatório, já que várias outras restrições continuaram a existir em desfavor da mulher.

5.2.2 Chefia da Sociedade Conjugal

Código Civil de 1.916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.
(...)

Estatuto da Mulher Casada:

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)
(...)

Ao analisar de forma comparativa os dois dispositivos, nota-se que o marido não é mais *exclusivamente* o chefe da família conjugal, passando a exercer a chefia da sociedade conjugal em colaboração com a mulher ao tratar-se de interesse do casal e dos filhos.

Para a época, foi uma grande inovação, não podendo mais atribuir à mulher a função de “atendente” do marido, mas sim, de colaboradora.

Evidente, porém, que ao marido ainda se estatuiu competir o papel de representante da família, competência que deveria ter desaparecido com o advento do EMC.

Como resolver tal impasse, se o homem não poderia exercer sem a colaboração da mulher a chefia da sociedade conjugal, mas a ele competia representar a família?

Torna-se assim, esta última observação “letra morta”, sem qualquer validade, sendo apenas um resultado de tradições obsoletas que ficaram impressas no papel.

5.2.3 Domicílio Conjugal

Código Civil de 1.916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

(...)

III – o direito de fixar e mudar o domicílio da família (artigo 36).

Estatuto da Mulher Casada:

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 (art. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

(...)

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

(...)

Não compete mais ao marido, a escolha onipotente do domicílio conjugal e familiar. À mulher é permitida a possibilidade de recorrer ao Estado-juiz nos casos em que se sinta prejudicada com a escolha.

5.2.4 Manutenção da Família

Estatuto da Mulher Casada:

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 (art. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

(...)

IV – prover a manutenção da família.

Há tempos, a mulher veio lutando por igualdade de condições frente ao homem. A igualdade, porém, deve ser em relação aos direitos e obrigações atribuídas.

Neste dispositivo em particular, o Estatuto inovou no tocante às obrigações conferidas à mulher. Deve ela, contribuir para as despesas em comum, qualquer que seja o regime de bens.

Realmente, da tão almejada independência, decorreu o ônus, que deve ser arcado pela mulher, em atenção a igualdade não apenas formal, mas substancial, cercada de benefícios e dissabores.

5.2.5 Direção Material e Moral da Família

Código Civil de 1.916:

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (artigo 324)

Estatuto da Mulher Casada:

Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Por esta nova disposição, nota-se que a mulher ainda era obrigada a assumir o nome de família do *de cuius*, consagrando dessa forma um costume.

Mudança apresentou-se no tocante às expressões “auxiliar” e “colaboradora”, pois pela nova disposição, a mulher não precisava mais se ater às ordens do marido, mas sim, velar pela direção da sociedade conjugal em comunhão com seu consorte.

5.2.6 Da Necessidade de Autorização Marital para a Prática de Certos Atos

Código Civil de 1.916:

Art. 242. a mulher não pode, sem autorização do marido (artigo 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, ns. 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 múnus público;

VI – litigar em juízo cível ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251;

VII – exercer profissão (artigo 233, IV);

VIII – contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal;

IX – aceitar mandato (artigo 1.299).

Estatuto da Mulher Casada:

Art. 242. a mulher não pode, sem autorização do marido (artigo 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, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310);

III – alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;

VIII – contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

Quase que em totalidade, o art. 242 de 1.916, manteve-se em 1.962. Apenas os incisos IV a VII e IX não foram recepcionados. Para a prática desses atos, foi abolida a autorização marital para que eles se efetivassem, tendo assim validade funcional.

Desde então, os atos que permaneceram, são aqueles que necessitam também de outorga uxória para que se concretizem.

5.2.7 Pátrio Poder

Código Civil de 1.916:

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (artigo 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.

Art. 248. Independentemente de autorização, pode a mulher casada:

I – exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas dos filhos do leito anterior (art. 329);

(...)

Estatuto da Mulher Casada:

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

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para a solução da divergência.

Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

Art. 248. A mulher casada pode livremente:

I – exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos do leito anterior (art. 393);

(...)

O artigo 380 de 1.916, concedia o pátrio poder exclusivamente ao marido, somente podendo a mulher exercer este direito quando estivesse impedido ou ausente.

Outra regra discriminadora contida neste artigo era a que designava ao marido este múnus por ser o chefe da família, o grande senhor.

Com o Estatuto o homem não exerceu mais tanta soberania. Esta função, de pátrio poder, passou a ser exercido com a colaboração da mulher, podendo ela exercer com exclusividade na sua falta.

Outra mudança, que melhorou a posição da mulher na sociedade conjugal com relação à pessoa dos filhos, foi a alteração do art. 393, que permitiu que a mãe bínuba⁹ não perdesse o direito ao pátrio poder dos filhos do casamento anterior.

Evidente que a modificação deveria ocorrer, pois agora a mulher não mais é considerada relativamente incapaz, podendo assim, exercitar a plenitude de seu direito, no caso, o pátrio poder.

Nota-se também, grande avanço no disposto no art. 248, porquanto a mulher pode livremente exercer o pátrio poder, mesmo quando bínuba, não só em relação à pessoa dos filhos, mas também aos seus bens.

5.2.8 A Guarda dos filhos no Desquite Litigioso

⁹ Antigamente, era justificável que a mãe bínuba fosse proibida de exercer o pátrio poder pois: havia incapacidade em que recaía a mulher com o novo casamento; e os possíveis conflitos de interesse entre as duas famílias

Código Civil de 1.916:

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

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

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

Estatuto da Mulher Casada:

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

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados, ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução se possa advir 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, ainda que não mantenha relações sociais com o outro, a quem, entretanto, será assegurado o direito de vista.

Ambos os dispositivos, são hoje considerados ultrapassados.

O primeiro afirma que, compete à mulher, no caso de desquite, a guarda das filhas e dos filhos menores de 6 (seis) anos. Os filhos maiores de 6 (seis), tinham a guarda conferida ao pai. Era um critério absurdo, dividir a guarda dos filhos entre pai e mãe, levando-se em consideração o critério do sexo.

O Estatuto da Mulher Casada, regou este artigo, e de maneira muito mais coerente, estabeleceu que a guarda seria conferida ao cônjuge inocente, e no caso de serem ambos os culpados, esta ficaria com a mãe, a não ser que traga algum prejuízo moral para os filhos.

Esta disposição, não é aplicável ao desquite amigável, pois neste, por mútuo acordo, os cônjuges estabelecem a guarda.

Hoje, não há mais a figura do desquite, bem como cometeu o legislador um retrocesso, ou melhor, exagero, pois beneficiou extremadamente a mãe em prejuízo do pai, desvirtuando-se de uma situação realmente isonômica.

Deve-se analisar quem tem condições (financeiras, morais) de exercer este múnus.

5.2.9 Sucessão

Código Civil de 1.916:

Art. 1.579. Ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, cabe continuar até a partilha na posse da herança, com o cargo de cabeça do casal.

§ 1º Se, porém, o cônjuge sobrevivente for a mulher, será mister, para isso, que estivesse vivendo com o marido, ao tempo de sua morte.

§ 2º Na falta de cônjuge sobrevivente, a nomeação de inventariante recairá no co-herdeiro que se achar na posse corporal e na administração dos bens. Entre os co-herdeiros, a preferência se graduará pela idoneidade.

§ 3º Na falta de cônjuge ou de herdeiros, será inventariante o testamenteiro.

Estatuto da Mulher Casada:

Art. 1.579. Ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, cabe continuar até a partilha na posse da herança, com o cargo de cabeça do casal.

§ 1º Se, porém, o cônjuge sobrevivente for a mulher, será mister, para isso, que estivesse vivendo com o marido, ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela.

§ 2º Na falta de cônjuge sobrevivente, a nomeação de inventariante recairá no co-herdeiro que se achar na posse corporal e na administração dos bens. Entre os co-herdeiros, a preferência se graduará pela idoneidade.

§ 3º Na falta de cônjuge ou de herdeiros, será inventariante o testamenteiro.

A única modificação trazida em matéria de sucessão pelo EMC, está no § 1º, que suavizou o dispositivo legal desfavorável à mulher.

Com a modificação, a mulher, quando casada em regime de comunhão de bens, não precisa estar morando com o marido ao tempo de sua morte, desde que, para que pudesse continuar na posse da herança até a partilha, provasse que não foi a responsável pela separação.

Assim, deveria provar que a convivência havia se tornado impossível sem sua culpa.

5.2.10 Dívidas Contraídas pelo Marido e pela Mulher

Estatuto da Mulher Casada:

Art. 3º Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

Com o advento do Estatuto, os cônjuges passaram a não precisar mais da outorga recíproca para contrair dívidas.

A partir desse momento, a mulher passou assinar promissórias, qualquer título de crédito, sem a outorga marital, em razão de sua plena capacidade para assumir e se obrigar ao pagamento.

Porém, somente seus próprios bens, bem como aqueles que atingem até o limite de sua meação poderão responder por suas obrigações. A responsabilidade assumida pela mulher frente aos credores, não atingirá os bens particulares do marido, e nem aqueles que correspondem à sua meação.

Mas, e se as dívidas assumidas forem em benefício da entidade familiar?

Este assunto já fora abordado neste trabalho. O EMC, trouxe inovação no art. 246, parágrafo único, afirmando que a dívida, ao ser assumida pelo marido, em benefício da família, assumirá também a mulher, mesmo porque, o artigo 2º, também desta Lei, dispõe que tanto o homem quanto a mulher deverão

contribuir para as despesas do lar. Assim, se os bens do marido não conseguem responder, a mulher deverá participar.

5.2.11 Considerações Finais

O referido diploma civil, trouxe várias inovações, à procura de buscar a igualdade entre homens e mulheres, defendida pela então Constituição de 1.934.

Pode-se afirmar que, foi um largo passo a caminho da isonomia, porém não foram suficientes para o desaparecimento da discriminação ainda latente.

As tradições, os costumes da época, não deixaram que o verdadeiro significado da isonomia se transformasse em artigos da legislação. Foi um grande marco na história cível do país, porém, insuficiente.

5.3 A Lei do Divórcio

Em 26 de dezembro de 1.977, entrou em vigor a Lei do Divórcio, com o objetivo de regular os casos de dissolução da sociedade conjugal, por qualquer dos cônjuges, suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, vigente até então.

Proporcionou aos cônjuges a faculdade de destituir o casamento, podendo agora, após o divórcio, constituir nova família.

A partir desse momento, não se fala mais em divórcio que acarrete apenas a separação de corpos, não rompendo o vínculo matrimonial. Agora o divórcio é vincular, ou seja, dissolve o vínculo permitindo novo casamento.

Esta lei, regulamentou a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1.977, que na verdade foi a introdutora desse instituto civil no Brasil.

A mulher, com o advento da nova lei, foi muito privilegiada em direitos, mas a ela também consignaram-se obrigações. A partir daqui, a mulher pode optar por acrescer, ou não, ao seu nome, o nome de família de seu marido, renunciando assim, à figura despersonalizadora que lhe era imposta pela legislação anterior.

Estabeleceu-se a reciprocidade de prestação alimentícia entre os cônjuges, em observância ao binômio necessidade – possibilidade, decorrentes do dever de mútua assistência.

Porém, para a efetivação de referido direito, mister se faz que o mesmo seja estabelecido antes da decretação do divórcio. Outrossim, se o credor da pensão contrair um novo casamento, ou caracterizando-se a hipótese de união estável, extingue-se a obrigação do devedor de prestar os alimentos.

No entanto, insta ressaltar que a recíproca não se aplica; se o devedor convalidar novas núpcias, não será desobrigado a pagar a pensão.

Também se instituiu a reciprocidade dos cônjuges divorciados em prestar alimentos aos filhos. Não se permite associar a obrigação de prestar alimentos ao cônjuge culpado pela separação. Deveras, o novo casamento dos pais, também não extingue os direitos e as obrigações para com os filhos.

Ainda em relação aos filhos, para os fins de sucessão hereditária, equiparou-os, desaparecendo a diferenciação de acordo com sua natureza, bem como, se estabeleceu que a guarda dos filhos, no caso de anulação de casamento, deveria ficar com o cônjuge que não deu causa ao desfazimento do vínculo matrimonial.

Porém, verificando-se a culpa de ambos os cônjuges, deveria prevalecer o direito de guarda da mãe.

Vale a opinião de que, nesse ponto, equivocou-se o legislador, dando à mulher privilégios que se contradizem com o princípio constitucional da igualdade de direitos e obrigações entre os sexos.

Esta lei, também modificou o regime de bens do casamento, até então o da comunhão universal de bens, onde comunicavam-se, obrigatoriamente, toda a universalidade de bens, adquiridos antes, ou durante a constância do matrimônio.

À partir de então, o regime legal passou a ser o da separação parcial, que busca uma maior proteção daqueles que irão contrair núpcias, protegendo-os dos famosos “aproveitadores”.

Outras modificações se verificaram com o advento desta lei. Porém, devemos nos ater principalmente à norma que favoreceu diretamente a mulher, no sentido de lhe dar plena igualdade de condições para com os homens: a disposição normativa que concede a opção de adotar-se, ou não, o nome de família do marido.

A norma anterior cuidava de verdadeira imposição, uma despersonalização da mulher, obrigada a assumir um nome “estranho” para ela.

Hoje, se vê que referido dispositivo legal, tão inovador para a época, está ultrapassado.

5.4. Estatuto da Criança e do Adolescente

Em 1.990, já com o advento da Constituição Federal de 1.988, que consagrou definitivamente o princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, foi promulgada a Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que tange ao tema deste trabalho, apesar das grandes inovações trazidas por este instituto em toda a órbita jurídica brasileira, convém aplicar restringir-se ao comando legal que trata do exercício do pátrio poder.

Este direito, à partir da entrada em vigor desta lei, passou a ser exercido pelo pai e pela mãe, em igualdade de condições, incluindo a guarda, a educação e o dever de sustento.

Dispõe os artigos 21 e 22 do referido diploma:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais.

Nota-se, ao examinar os artigos acima aludidos, que o pátrio poder deve ser exercido por ambos os cônjuges, tendo a criança, reconhecidamente, o direito de conviver com seus pais, ainda que estejam separados.

Vale salientar que a convivência entre os pais não é um requisito essencial para o exercício do pátrio poder. Evidente também, que em caso de discordância sob quem ficará com a guarda do filho na separação, é permitido a qualquer um dos cônjuges recorrer ao Estado-juiz para a solução do litígio.

O dever de sustento, guarda e educação, quando não respeitados, acarretam a suspensão, e até a perda do pátrio poder.

A suspensão, não tem tanto um intuito punitivo, é temporária, imposta a infrações menos gravosas, no qual, ao cessar a causa que lhe deu origem, o pai, ou a mãe recuperam o pátrio poder.

Já a perda, ou destituição do pátrio poder, decorre de faltas mais graves, que podem até mesmo acarretar a prisão por ilícito penal, como por exemplo, para educar a criança, o pai ou a mãe, aplica castigos imoderados; não dá a escolaridade básica, primária à criança, praticando o crime de abandono intelectual.

Se o pai ou a mãe, for destituído do pátrio poder com relação a um dos filhos, estenderá também a perda à pessoa dos demais, abrangendo toda a prole.

Diferentemente, ocorrendo a suspensão desse direito, poderia o ofensor continuar a exercer o pátrio poder em relação aos demais.

Assim, nos dias atuais, não há como se falar em exercício do pátrio poder pelo pai e subsidiariamente pela mãe, aliás, a própria expressão pátrio “poder” deve ser questionada, por verificar-se dentro de referido instituto um complexo de deveres e obrigações que tornam a expressão “pátrio dever” muito mais condizente.

Com a Constituição de 1.988, que assegura a perfeita simetria entre os direitos e deveres dos cônjuges, e, com o advento do ECA, o pátrio poder deve

ser exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, buscando-se a perfeita formação da criança e do adolescente para a realidade hodierna.

5.5 Do Concubinato e Da União Estável

O legislador de 1.916, ignorou o concubinato, apesar de cuidar-se de um costume de longa data presente na realidade brasileira, eminentemente conservadora.

Em nosso Código Civil, existem vários dispositivos que vedam, ou fazem severas restrições à esta figura jurídica. Como exemplo, se pode citar as doações testamentárias e a inclusão em seguros de vida.

No entanto, após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, passaram a vigorar no ordenamento jurídico, duas leis que regulamentam este instituto. A primeira delas é a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1.994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, popularmente conhecida como lei do concubinato; e a Lei nº 9.278/96 de 10 de maio de 1.996, que regulou o § 3º do artigo 226 da Magna Carta, que assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Instante em que deve ser ressaltada a diferença entre os vocábulos concubinato e união estável.

Concubinato, quando do advento da lei de 1.994, significava a união entre o homem e a mulher sem o casamento. Com o passar do tempo tal significação ganhou um substantivo: adultério, infidelidade conjugal.

Passou a ser reconhecido como uma relação amorosa, entre pessoas que cometem infração ao dever de fidelidade conjugal.

A união estável, à partir de então começa a integrar o antigo conceito de concubinato, no qual, a união entre homem e mulher sem o casamento, formam a entidade familiar, consagrada pela Magna Carta de 1.988, explicitado pelo artigo acima aludido.

A Lei de 1.996, derogou a de 1.994, ou seja, revogou apenas algumas disposições, por verdadeira incompatibilidade, principalmente no que tange à conceituação de união estável, e nas regras referentes a alimentos e meação.

Este instituto, tem como pressuposto a vida em comum, sob o mesmo teto, que deve ser notória. O relacionamento dos conviventes deve ser público.

Por certo existem algumas disparidades entre as leis, senão vejamos:

Lei nº 8.971/94:

Art. 1º. A companheira, comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1.968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições, é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Lei nº 9.278/96:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A Lei de 1.996 derogou o disposto na anterior, não exigindo mais o período de 5 (cinco) anos¹⁰ de convivência entre os indivíduos para que fique constatada a união estável.

¹⁰ A jurisprudência, no entanto, entendeu que não precisava ter 5 (cinco) anos de convivência entre os cônjuges, para que houvesse a figura da união. Bastava que os companheiros comprovassem 2 (dois) anos de convivência, porém com filhos.

Desaparece o prazo específico. O único requisito é que seja a união pública, duradoura e contínua.

Modificou também, as expressões “conviventes” para “companheiros”. Apesar de não trazer em seu texto expressamente, a união estável pura, ou seja, a convivência duradoura entre homem e mulher sem impedimentos decorrentes de outra união, (ex. solteiros, viúvos), aplica-se à legislação de 1.996, excluindo assim, as uniões incestuosas e adúlteras.

Em consonância ao disposto no parágrafo anterior, a Constituição, em seu artigo 226, § 3º, também sugere que seja a união pura, o concubinato puro, tendo por objetivo de regulamentar a união estável como sendo uma entidade familiar.

Lei nº 9.278/96:

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

(...)

II – assistência moral e material recíproca;

(...)

Outra norma que a legislação de 1.996 inovou, foi no trato da prestação de alimentos. A partir desse momento, ambos os conviventes têm a obrigação de prestar assistência, tanto na vigência da união estável, quanto após sua dissolução. Basta que um deles necessite de auxílio assistencial.

O art. 5º da Lei 9.278, também inovou no direito de meação, seja em vida ou após a morte, partindo da premissa de que os conviventes foram colaboradores para a aquisição dos bens durante o período de convivência.

Por este dispositivo, entendem que os bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união, são tidos como fruto do trabalho e da colaboração comum.

Fica evidente a primazia do princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres, neste dispositivo.

Contudo, a Lei de 1.994, continua em vigor ao tratar de herança e usufruto, sem maiores relevâncias para a proposta do presente trabalho.

5.6 Considerações Finais sobre a Legislação Civil Brasileira

São evidentes as grandes transformações pela qual passou a mulher no Brasil.

Desde as Ordenações Filipinas, até os dias atuais, percebe-se que a mulher tem assumido, gradativamente, posição igualitária frente ao homem, consagrada apenas com o advento da Constituição da República de 1.988.

Notam-se três estágios de relações entre os cônjuges:

No primeiro, a mulher era totalmente submissa aos poderes do marido.

Num segundo, que se deu com o advento da legislação civil de 1.916, desapareceu o dever de obediência, porém surgiu a chefia do marido.

O último estágio, expresso hoje em nossa Magna Carta, busca eliminar qualquer tipo de supremacia, seja do homem sobre a mulher ou da mulher sobre o homem.

Infelizmente se sabe aquilo que é justo e correto, principalmente em um país tão heterogêneo e com tantos contrastes como o Brasil, possui relevância relativa em determinados locais ou situações.

Apesar da busca pelo fim da supremacia do sexo masculino, muitas vezes os costumes, em sua grande maioria machistas, fazem com que o preceito constitucional não seja aplicado em sua totalidade.

CAPÍTULO VI

A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A regra da igualdade dos indivíduos perante a lei, apenas foi reconhecida pelo constitucionalismo moderno, em 1.934, porém, somente ganhou força após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, vigente atualmente.

A igualdade constitucional ainda não produziu todas as suas conseqüências. É necessário a alteração das normas infra-constitucionais para a adequação do primado, alcançando-se talvez assim a verdadeira igualdade.

Desde 1.824, o princípio da igualdade encontra-se previsto em nossas constituições. Porém as Cartas Constitucionais anteriores à 1.934 limitavam-se apenas a afirmá-lo genericamente. Somente à partir dessa última data referido preceito constitucional consegue materializar-se no ordenamento jurídico pátrio, vedando qualquer tipo de privilégios, distorções ou distinções, por motivo de sexo.

Assim, em primeiro plano, se faz necessário conceituar o princípio da igualdade, e em seqüência, analisar a aplicação desta garantia às Cartas Constitucionais de nossa história.

6.1 O Princípio da Igualdade entre Homens e Mulheres

Este princípio tem disposição constitucional, no artigo 5º, I, da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

A igualdade entre os sexos, não deve apenas ser respeitada e aplicada quando se tratar de relações entre marido e mulher, ou direção da sociedade conjugal. Qualquer relação social deve seguir este primado.

Todo cidadão tem direito ao tratamento isonômico, de forma que são vedadas qualquer tipo de discriminação que afronte este preceito constitucional.

A este princípio, devem se subordinar todas as leis, sob pena de se assim não fizerem, serem declaradas inconstitucionais.

Mas qual seria o conceito de igualdade para a nossa legislação?

Nossa Constituição veda as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas existentes, desde os tempos remotos, caracterizada pela supremacia do homem sobre a mulher, conforme será demonstrado.

6.2. Constituição de 1.824

Art. 178

(...)

XII – A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

A Constituição de 1.824, chamada Constituição do Império, foi a primeira carta a dispor sobre do princípio da igualdade, porém, limitava-se a afirmar de forma genérica a igualdade de todos perante a lei.

Sua vigência se deu durante o período em que vigorava o Estado Liberal, por isso foi omissa no tocante à igualdade entre os sexos, bem como ao trabalho da mulher, como também aos problemas de ordem social.

Esta Carta, também preteriu à mulher no tocante aos direitos de sucessão. Estivesse ela no mesmo grau de um homem, seria a ele conferido tal direito.

6.3 Constituição de 1.891

Art. 72. (...)

§ 2º Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1.891, foi a primeira do período republicano, liberal. Teve como fonte o individualismo político e econômico.

O princípio da igualdade, fora novamente reconhecido de forma genérica, não havendo qualquer mudança relevante em matéria de evolução aos direitos inerentes a mulher. Este primado constitucional, apenas aboliu regalias de nobreza, do até então, regime monárquico.

6.4 Constituição de 1.934

6.4.1 Da Igualdade Perante a Lei

Art. 113. (...)

I – Todos são iguais perante a Lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

A Carta de 1.934, trouxe relevantes mudanças no campo constitucional, beneficiando de plano as mulheres.

Pela primeira vez em toda a história, o legislador demonstra preocupação com a situação jurídica da mulher, proibindo expressamente quaisquer privilégios ou distinções de sexo. Não se limitou em afirmar o princípio da igualdade de forma genérica.

6.4.2 Da Proteção do Trabalho da Mulher

Art. 121.

(...)

§ 1º A legislação do trabalho seguirá os seguintes preceitos...:

a) a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

(...)

d) proibição de trabalho ... em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

(...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a ela descanso antes e depois do parto... e instituição de previdência... a favor da velhice, da invalidez, da maternidade

(...)

§ 3º Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

Esta Carta Constitucional, foi a primeira em se preocupar com os problemas econômicos e sociais até então enfrentados pela mulher. No artigo 121 § § 1º e 3º, dispôs sobre a proteção do trabalho da mulher, proibindo a diferença de salários por motivo de sexo.

Garantia constitucional, clara no seu comando, mas que bate de frente com os costumes de grande parte de nossa sociedade, inclusive com a convicção de muitas mulheres, que se submetem a fazer o mesmo trabalho dos homens, por salários menores.

Modernamente a igualdade partiu para a aceção de isonomia, dispensa-se tratamento isonômico quando os desiguais são tratados de forma desigual, na exata medida de sua desigualdade, por essa razão vedou-se o trabalho em condições insalubres, garantiu à gestante dias de folga antes e depois do parto, bem como a licença maternidade remunerada.

6.4.3 Da Nacionalidade e da Cidadania

Art. 6º São brasileiros:

a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do governo de seu País;

b) os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos em País estrangeiro, estando os seus pais a serviço público e, fora deste caso, se, ao atingirem a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira;

(...)

Também, a Carta de 1.934, foi inovadora no que tange ao direito de nacionalidade.

Antes dessa Constituição, era relevante para a concessão da cidadania brasileira, apenas a nacionalidade do pai, no tocante aos filhos legítimos nascidos no estrangeiro. A partir de 1.934, a nacionalidade da mãe passou a ser também determinante da cidadania conferida ao seu filho.

Vê – se que, paulatinamente, a primazia do homem foi perdendo espaço, principalmente no que se refere à igualdade de direitos e condições, ante as transformações sociais e culturais de nossa sociedade.

6.4.4 Do Direito ao Voto

Art. 109. O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.

Esta Carta Constitucional fora a primeira a assegurar o direito ao voto entre as mulheres.

Contudo, havia limitação. Apenas as mulheres que exercessem função pública remunerada tinham o direito de exercer este múnus.

A Constituição de 1.937, será omissa neste ponto.

6.4.5 Do Direito à Maternidade

Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

(...)

c) amparar a maternidade e a infância;

(...) .

Esta Constituição, foi a primeira a abordar a maternidade, garantindo, além do descanso remunerado à gestante, os benefícios da previdência, mediante contribuição da União, do empregado e do empregador.

A União, os Estados e os Municípios, eram obrigados a destinar 1% (um por cento) das suas rendas tributárias em amparo à maternidade.

6.4.6 Da Aposentadoria

Art. 170.

(...)

§ 3º Salvo os casos previstos na constituição, serão aposentados, compulsoriamente os funcionários que atingirem 68 anos de idade.

Esta Carta constitucional, inovou também ao tratar, em primeiro plano, sobre a aposentadoria compulsória¹¹ aos 68 (sessenta e oito) anos de idade.

As Constituições anteriores, foram omissas quanto a este direito previdenciário.

6.5 Constituição de 1.937

6.5.1 Do Princípio da Igualdade

Art. 122. (...)

§ 1º Todos são iguais perante a lei.

Pode-se dizer que com o advento dessa Carta Magna houve flagrante retrocesso.

Embora tenha consagrado o princípio da igualdade, o fez de forma genérica, eliminando o dispositivo da constituição de 1.934 que vedava a diferença em razão do sexo.

Todo esse retrocesso se deu pelo momento de mudança vivido pelo país, instalando-se o Estado Novo, regime ditatorial da Era Vargas.

6.5.2 Proteção ao Trabalho da Mulher

Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

(...)

k) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16, e, em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

1) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto.

(...)

Manteve-se o dispositivo sobre a proteção do trabalho da mulher, vedando o trabalho das mulheres em locais insalubres.

Assegurou à gestante, sem prejuízo do salário, um período de descanso, abrangendo dias anteriores e posteriores ao parto, porém perdeu-se a garantia de emprego durante este período.

Percebe-se que houve a retirada das palavras “sem prejuízo do salário e do emprego”.

¹¹ Entende-se por aposentadoria compulsória, quando o funcionário ou empregado é aposentado por ter atingido o limite de idade preestabelecido em lei.

Assim, após o período de descanso concedido à gestante, o empregador não tinha nenhuma obrigação de admitir, de receber a mulher novamente em sua empresa.

A única explicação que pode ser dada a este retrocesso, é que esta Carta refletia um regime ditatorial, não democrático, que exaltava a superioridade masculina.

Também foi omissa no tocante à diferença de salário, por motivo de sexo.

Felizmente todas as Constituições posteriores consagraram esta garantia.

6.5.3 Da Aposentadoria

Art. 156.

(...)

d) Serão aposentados compulsoriamente os funcionários que atingirem a idade de 68 anos; a lei poderá reduzir o limite de idade para categorias especiais de funcionários, de acordo com a natureza do serviço.

Com relação ao direito de aposentar-se, esta Constituição inovou, acrescentado que poderá, de acordo com a categoria de funcionário, uma lei infraconstitucional, reduzir a idade de 68 anos para fins de aposentadoria compulsória.

6. 6 Constituição de 1.946

6.6.1 Do Princípio da Igualdade entre os Sexos

Art. 141. (...)

§ 1º Todos são iguais perante a lei

Esta Magna Carta, representou a volta do regime democrático de governo suprimido pela Era Vargas.

Porém, no que tange ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, limitou-se a reproduzir o mesmo texto da Constituição anterior.

6.6.2 Do Trabalho da Mulher

Art. 157. A legislação do trabalho e da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

(...)

IX – proibição de trabalho a menores de 14 anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores de 18 anos;

X – direito da gestante e a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;

(...)

XVI – previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte.

A Constituição de 1.946, como a de 1.934, proibia a diferença de salário por motivo de sexo, se os indivíduos exercessem a mesma função. Assim como as anteriores, esta também vedava o trabalho da mulher em condições insalubres, assegurava à gestante um descanso pré e pós parto, sem prejuízo das remunerações e do emprego, bem como assistência médica, hospitalar

Em 1.946, o trabalho da mulher recebeu grande inovação, por dispor a nova Constituição sobre previdência em favor da maternidade, na qual deveriam contribuir a União, o empregador e os empregados.

6. 6. 3 Da Nacionalidade

Art. 129. São brasileiros:

I – os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo estes a serviço do seu País;

II – os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou , não o estando, se vierem residir no País.

(...)

Somente com o advento desta Carta Constitucional, os filhos de estrangeiros nascidos aqui no Brasil, passaram a ter o direito de ter a nacionalidade de ambos os pais. Nas Constituições anteriores, apenas prevalecia a nacionalidade do pai.

6.6.4 Do Direito ao Voto

Art. 131. São eleitores os brasileiros maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei.

Desde o Império, a mulher não podia votar, e muito menos ser votada. Somente a partir de 1.934, pode exercer este múnus.

Porém, em 1.937, período em que o Brasil estava passando por mudanças ditatoriais, não foi conferida à mulher este direito.

A partir de 1.946, todas as Constituições, passaram a assegurar este direito aos homens, bem como às mulheres.

Tanto a mulher, quanto o homem podem votar e serem votados. Nota-se a aplicação da máxima liberal, de que todos são iguais perante a lei. Garantiu a ambos os sexos o direito de exercício da cidadania, portanto de participação política.

6.7 Constituição de 1.967 e a Emenda Constitucional de 1.969

Poucas foram as modificações no que tange aos direitos femininos.

Continuou-se a assegurar o princípio de igualdade entre os homens, o direito de proteção ao trabalho feminino, à nacionalidade, voto e maternidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1.967, foi a primeira após a Declaração Universal do Direitos do Homem.

Talvez, a única modificação relevante tenha sido com relação à aposentadoria.

Art. 191. O funcionário será aposentado:

(...)

II – compulsoriamente aos 70 anos de idade;

III – voluntariamente, após 35 anos de serviço.

§ 1º No caso do n. III, o prazo é reduzido para 30 anos, para as mulheres.

O cidadão passou a exercer o direito de aposentar-se apenas aos 70 (setenta) anos de idade, ou após completar 35 (trinta e cinco) de serviço.

A mulher, pelo primado da isonomia, obteve a regalia de aposentar-se voluntariamente, com a redução do prazo de 35 (trinta e cinco), para 30 (trinta) anos.

Realmente, há quem entenda que o princípio da isonomia deve ser aplicado de acordo com sua literalidade.

Contudo, mesmo dentro de sua acepção material, essa norma, ainda que indiretamente, estaria dispensando tratamento privilegiado à mulher, principalmente considerando que as mesmas possuem expectativa de vida superior à dos homens.

Deveras, sustenta-se que esta diferença temporal, é como um reconhecimento indireto, mas legal, de que o trabalho da mulher tem um ônus maior, justificado pela sua dupla jornada: além de trabalhar fora, ainda tem os deveres domésticos a serem cumpridos, por ser a coordenadora do lar, e já, em muitos casos, a principal responsável pela renda da família.

6.8 A Constituição de 1.988

Esta Carta Constitucional, foi promulgada em um momento de redemocratização nacional, propício para se inserir no ordenamento jurídico brasileiro o primado da isonomia entre homens e mulheres.

6.8.1 Da Isonomia entre Homens e Mulheres

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

Inovou o texto constitucional, não só consagrando a igualdade entre os sexos, mas também afirmando que a igualdade se dá tanto em deveres quanto em direitos.

Com relação à máxima de igualdade, deve-se fazer uma ressalva. Como tratar a igualdade legal de desiguais sociais?

Aplicar-se na íntegra o primado constitucional, feriria o próprio direito que se pretende assegurar. Como dito, deve se tratar os desiguais desigualmente, para que se atinja a verdadeira igualdade, levando-se em conta as capacidades físicas, econômicas e sociais de cada indivíduo.

Essa é a melhor forma de aplicar-se o primado constitucional.

6.8.2 Da Nacionalidade

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
 - b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
 - c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira;
- (...)

Nesta Carta Constitucional o constituinte considerou a nacionalidade dos pais como forma de aquisição originária aos filhos, sem prevalência de qualquer dos pais, no que tange à sua nacionalidade.

Consignaram-se, tão somente, alguns pressupostos, como: ser nascido no território brasileiro; os nascidos no estrangeiro, desde que seja um dos pais brasileiro, e opte pela nacionalidade brasileira.

6.8.3 Do Direito ao Voto

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante:

(...)

O direito ao voto, é reconhecido a todos indistintamente. Seja homem, mulher, todos podem, e devem, exercer este múnus conferido pelo Estado.

Além de eleger, homens e mulheres podem ser eleitos. Todos os cidadãos, ressalvadas as exceções constitucionais, têm a mesma capacidade no processo eleitoral, independentemente de raça, cor, sexo, credo, ou qualquer forma de distinção.

6.8.4 Do Direito à Maternidade

O primeiro ponto relevante a ser destacado é que a Magna Carta de 1988 ampliou a licença maternidade de 84 (oitenta e quatro) para 120 (cento e vinte dias), mantendo disposição coibindo a perda do emprego e redução de salário.

Tais garantias foram asseguradas também às empregadas domésticas, avulsas e rurais.

Desde a confirmação da gravidez, até o período de cinco meses após o parto, vedou-se a dispensa da empregada gestante, por motivo arbitrário ou sem justa causa.

6.8.5 Dos Direitos ao Trabalho e Aposentadoria da Mulher

Igualando homens e mulheres em direitos e obrigações, a Carta Constitucional de 1.988 proibiu diferença de salários, ou qualquer forma discriminatória que pudesse atentar contra a igualdade entre homens e mulheres.

A mesma Carta ampliou os direitos trabalhistas, da proteção do trabalho da mulher e diminuiu o tempo para requerer a aposentadoria, sendo atualmente de 65 (sessenta e cinco) anos para homem, 60 (sessenta) para mulher, reduzindo em 5 (cinco) anos para os trabalhadores rurais.

6.9 Considerações Finais

Preconceitos sociais, e não mais apenas legais, impedem o efetivo reconhecimento da capacidade jurídica da mulher. Na verdade, clamam-se mudanças, de postura e de atitude, apenas secundariamente existe uma preocupação com a legislação, seja ela constitucional, ou ordinária, por seus efetivos avanços, que realmente amparam a igualdade entre os sexos.

Existe uma grande dificuldade em se analisar a legislação infraconstitucional sem observá-la sob o manto da Carta Constitucional vigente em sua época.

Por essa mesma razão, tais características em muitos dos casos já foram analisadas, portanto, para não reiterar argumentos já apresentados, caindo em uma cansativa repetição, preferiu-se uma abordagem mais objetiva, analisando a evolução das normas constitucionais sob a perspectiva da total isonomia, alcançada apenas em 1.988.

Percebe-se que em nossa Constituição vigente, muito embora consagre a igualdade de todos perante a lei, isso de uma forma mais genérica, preferiu-se destacar, através de um inciso específico, que **homens e mulheres são iguais, em direitos e obrigações.**

Essa ênfase não foi dada por acaso ou descuido, foi uma espécie de prêmio às mulheres brasileiras, em respeito a toda a sua luta contra a discriminação.

Ademais, como restou demonstrado, valem apenas as “discriminações” feitas pela própria Constituição, em que se pese, todas elas sempre em favor da mulher, como no caso da licença maternidade ou da aposentadoria.

Discriminações que, na verdade, não são discriminações propriamente ditas, mas sim, a efetiva aplicação do princípio da isonomia dentro de sua concepção de tratar de forma desigual os substancialmente desiguais, nesses dois casos em particular, pela gestação e suas dificuldades, e pela dupla jornada de trabalho das donas de casa que também trabalham para ajudar no sustento da família.

Porém, acredita-se que dentro de uma concepção mais moderna, onde, na prática, se observa que cada vez mais vem existindo uma verdadeira divisão de atribuições do casal, até mesmo alguns desses conceitos possam ser revistos. Deixariam de ser normas isonômicas, transformando-se em privilégios, como ocorreu com a guarda privilegiada da mulher, excluída pelo Novo Código Civil.

A maior transformação deve ser cultural e social, conscientizando as futuras gerações, preparando nossa sociedade para o dia em que nossos princípios e garantias deixem de ser frases abstratas esculpidas no papel, tornando-se primados culturais, de um país realmente fraterno, justo e solidário.

CAPÍTULO VII

O NOVO CÓDIGO CIVIL

Com o advento do novo Código Civil, Lei 10.406/2.002, que entrará em vigor em 12 de janeiro de 2.003, a igualdade entre homens e mulheres ganhou um novo prisma. Mais uma vez, verifica-se a preocupação do legislador em equiparar ambos os sexos, buscando alcançar, assim, a igualdade de direitos há tempos defendida pela Constituição.

Vale salientar que, antes de ser promulgado, o novo Código Civil passou por várias etapas de elaboração. Em 1.972, foi elaborado o ante-projeto, publicado em 1.973, sob a supervisão de Miguel Reale. Após várias modificações, foi elaborado o projeto definitivo, nº 634 de 1.975, pelo Congresso Nacional. A redação final do referido projeto, foi publicada em 17 de maio de 1.984, após aprovação pela Câmara dos Deputados, com algumas alterações. Porém, diante das inúmeras e sucessivas transformações pelas quais têm passado nosso país, o professor Miguel Reale e o Ministro José Carlos Moreira, foram incumbidos de atualizar o projeto e dar-lhe andamento, dando assim, origem ao Novo Código Civil.

Antes mesmo de sua entrada em vigor, o novo diploma civil foi foco de várias críticas, onde, vale destacar, afirmaram alguns autores, que o mesmo teria assumido um papel de simples adaptação de normas jurídicas já existentes.

Em que se pese o tema abordado nesse trabalho, as maiores inovações já teriam sido introduzidas no ordenamento jurídico nacional através de normas já vigentes do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), na Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), Lei do Concubinato (Lei n.º 8.971/94), no E.C.A. (Lei n.º 8.069/90), ou até mesmo na própria Constituição da República de 1988, entre outras normas.

Nesse sentido, convém ressaltar, o papel desempenhado pelo Novo Código Civil, rebatendo as críticas daqueles que insistem em afirmar que o mesmo já nascera ultrapassado.

Nesse caso, não pretende criar doutrina ou inovar na ordem jurídica, mas, assumindo verdadeiramente um papel de regência da matéria, com normas que perdurem através dos tempos, adaptando-se às novas exigências da sociedade contemporânea.

Por essa mesma razão, alguns temas polêmicos e que possuem certa relevância para as mulheres ainda não foram disciplinados; apenas a título de exemplificação podemos citar a clonagem e a produção independente. Nesses casos específicos, nem mesmo a própria sociedade possui opinião formada sobre o assunto, principalmente no que tange os seus aspectos e efeitos. Nesse aspecto, vale a opinião de que andou bem o legislador, não sendo irresponsável a ponto de se antecipar aos costumes sociais.

Entretanto, constata-se em alguns de seus dispositivos a completa inaplicabilidade de seu teor, como se verifica nas disposições do artigo 1.736, no seu inciso I, ao tratar da tutela, conforme irá se observar oportunamente.

Instante em que passa-se a análise das normas do novo Código Civil que possuem maior relevância diante do assunto em tela.

Ao se fazer uma análise comparativa entre o Código Civil de 1.916 e o novo Código Civil, percebem-se várias alterações introduzidas, destacando-se:

7.1. Da Capacidade Civil

Código Civil de 1.916:

Art. 9º. Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

§ 1.º Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – por concessão do pai, ou se, for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos;

(...)

Novo Código Civil:

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores a incapacidade:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

(...)

Consoante disposição do artigo 9º do Código Civil de 1.916, a menoridade cessava-se aos 21 (vinte e um) anos completos, para homens e mulheres. Apenas na hipótese do falecimento do pai, a mãe poderia conceder a emancipação aos filhos maiores de 18 (dezoito) anos.

O Novo Código Civil conformou-se ao primado da isonomia, consagrada na Carta Magna, já aplicado na prática, onde o poder familiar sobre os filhos menores se exerce em conjunto, ou seja, pelo pai e pela mãe, em situação de plena igualdade, cabendo ao juiz, no caso de divergência, decidir.

Ao completar dezoito anos a pessoa atinge a maioridade plena, tornando-se capaz de praticar todos os atos da vida civil, podendo dirigir sua pessoa e livremente administrar os seus bens.

O período em que o menor poderia se emancipar, foi modificado daquele compreendido entre os 18 (dezoito) e os 21 (vinte e um) anos. A emancipação voluntária, que agora é um ato unilateral de **ambos** os pais, pode ser conferido dos 16 (dezesseis) aos 18 (dezoito) anos. Esse instituto, anteriormente, podia ser realizado através de escritura pública ou por instrumento particular; hoje, diferentemente, o legislador optou apenas pela forma solene, através de escritura pública, sob pena de nulidade.

7.2. Do Direito ao Nome e aos Apelidos de Família

Código Civil de 1.916:

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Parágrafo único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido.

Novo Código Civil:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família

§ 1.º Qualquer dos nubentes, querendo poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

(...)

Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o nome de família.

Consoante disposições do Código Civil de 1.916, apenas à mulher permitia-se acrescentar ao seu nome, os apelidos do marido.

Aplicando-se, também, o princípio constitucional da isonomia, os Tribunais¹² se posicionaram no sentido de permitir também ao marido, acrescentar ao seu nome o patronímico de família de sua esposa.

Nesse ponto, o novo Código Civil apresenta uma verdadeira inovação, permitindo expressamente, inclusive ao marido, adotar o patronímico de sua mulher.

7.3. Dos Direitos e Deveres da Mulher

Código Civil de 1.916:

¹² **Marido. Acréscimo, ao seu, do nome da mulher.** “A Carta Magna de 1988 equiparou os direitos e deveres dos homens e mulheres. É juridicamente possível o pedido do marido de adotar o patronímico de família de sua futura esposa” (TJSP, 1ª Câmara, Ap. 198349-1/7, Rel. Des. Guimarães e Souza, m.v., j. 3.8.1993, Bol. AASP 1839/90).

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).

(...)

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

(...)

Novo Código Civil:

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

No Código Civil de 1.916, com o casamento, a esposa assumia um papel eminentemente secundário, de companheira, consorte, **colaboradora** do marido, que era considerado o **chefe** da sociedade conjugal.

Não obstante a expressa disposição constitucional de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, verificavam-se hipóteses que, nos dias de hoje, eram vistas até mesmo como motivo de chacota, como, por exemplo, as disposições dos artigos 242 e seguintes, que, exigia, por exemplo, autorização do marido, por instrumento público ou particular, e que inclusive poderia ser revogada a qualquer momento, para alienar os imóveis de seu domínio particular, qualquer que fosse o regime de bens (art. 242, inciso II).

7.4. Da Administração dos Bens Comuns

Código Civil de 1.916:

Art. 251. À mulher compete a direção e administração do casal, quando o marido:

- I – estiver em lugar remoto, ou não sabido;
- II – estiver em cárcere por mais de 2 (dois) anos;
- III – for judicialmente declarado interdito.

Parágrafo único. Nestes caso, cabe à mulher:

- I – administrar os bens comuns;
- II – dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido;
- III – administrar os do marido;
- IV – alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz.

Novo Código Civil:

Art. 1570. Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interdito judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo –lhe a administração dos bens.

Art. 1651. Quando um dos cônjuges não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, caberá ao outro:

- I – gerir os bens comuns e os do consorte;
- II – alienar os bens móveis comuns;
- III – alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte mediante autorização judicial.

A mulher somente poderia exercer a administração dos bens do casal quando o cônjuge estivesse ausente, verificada alguma daquelas situações elencadas nos incisos I, II e III do artigo 251, acima transcrito.

Modificando essa realidade codificada em 1916, o novo Código Civil trata ambos os cônjuges com um espírito verdadeiramente de companheirismo, de tal sorte que, verificando-se a impossibilidade de um deles exercer a administração dos bens que lhe incumbe, caberá ao outro geri-los ou aliená-los, nos termos do artigo 1651, sendo, conforme o caso, considerado usufrutuário, procurador ou depositário dos bens particulares do outro, que estiverem em sua posse (art. 1652 e incisos).

7.5. Da Outorga Uxória

Código Civil de 1.916:

Art. 235. O marido, não pode, sem o consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

I – alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios (arts. 178, § 9.º, I, a, 237, 276 e 293);

II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos;

III – prestar fiança (arts. 178, § 9.º, I, b, e 263, X);

IV – fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (art. 178, § 9.º, I, b).

Novo Código Civil:

Art. 1647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II – pleitear, como autor ou réu acerca desses bens ou direitos;

III – prestar fiança ou aval;

IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

A outorga uxória, definida como a autorização ou consentimento da mulher para a prática de certos atos, pelo seu marido, também sofreu modificações no Novo Código Civil.

Não se fala mais em autorização da mulher, mas em autorização recíproca dos cônjuges.

7.6. Validade da Partilha por Ato “inter vivos”

Código Civil 1.916:

Art. 1.776. É válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

Novo Código Civil:

Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

A partilha, revelada como um conjunto de operações, ou um processo, pelo qual efetiva-se a composição de quinhões (cota ou parte de bens que cabe ao herdeiro), que serão atribuídos a quem de direito, presumia-se válida quando não prejudicasse a legítima dos herdeiros necessários, desde que feita pelo pai, e tão somente por ele.

Com o Novo Código Civil, passa-se a admitir a sua realização por qualquer dos ascendentes. Nesse ponto verifica-se também outra mudança relevante, a acepção de ascendente compreende não apenas o pai ou a mãe, mais qualquer parente em linha reta, ou seja, avós, bisavós, trisavós, etc...

7.7. Da Administração Legal dos Bens dos Filhos

Código Civil de 1.916:

Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

Novo Código Civil:

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do pátrio poder familiar:

I – são usufrutuários dos bens dos filhos;

II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob a sua autoridade.

A administração dos bens dos filhos caberia a mãe, apenas na falta do pai, de tal sorte que a ela era atribuída uma hipótese apenas secundária, que decorria diretamente da impossibilidade da administração dos bens pelo varão.

7.8 Das Dívidas Contraídas pelos Cônjuges

Código Civil de 1.916:

Art. 275. É aplicável a disposição do artigo antecedente às dívidas contraídas pela mulher, nos casos em que os seus atos são autorizados pelo marido, se presumem sê-lo, ou escusam autorização (art. 242 a 244, 247, 248 e 233, V).

Novo Código Civil:

Art.1.666. As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

O Código Civil de 1.916, estabelecia que a administração dos bens do casal competia ao marido, e, no que tange às dívidas, a mulher sempre dependia de autorização.

Apenas para algumas situações essa permissão era presumida (art. 247) ou proveniente de alguma cominação expressa no texto legal, permitindo certa liberalidade, restrita às mulheres casadas (art. 248).

Dentro de sua nova acepção de isonomia e igualdade, o Novo Código atribui plena liberdade à mulher, na livre disposição de seus bens particulares. Assim, as dívidas decorrentes da administração de seus bens particulares, e em seu benefício exclusivo, não se estendem aos bens comuns do casal, refletindo verdadeiramente uma autonomia entre os cônjuges.

7.9 Da Escolha do Domicílio Conjugal

Código Civil 1.916:

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)

Compete-lhe:

(...)

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

(...)

Novo Código Civil:

Art. 1569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

Como colaboradora do marido, à mulher era defeso escolher o domicílio do casal, que traduzia-se em direito do marido. A ela, permitia-se tão somente recorrer ao magistrado em se verificando alguma deliberação que a prejudicasse.

No novo diploma civil compete a ambos os cônjuges essa fixação. Ocorrendo divergência, caberá ao juiz dirimi-la, levando em consideração os interesses em pauta de discussão.

Permite-se a fixação, por qualquer dos cônjuges, de um domicílio funcional diverso do domicílio conjugal. O mesmo ocorrerá nas situações de interesse particular relevante e também em virtude da ocupação de cargo público.

7.10 Da Escusa da Tutela

Código Civil de 1.916:

Art. 414. Podem escusar-se da tutela:

I – as mulheres;

(...)

Novo Código Civil:

Art. 1736. Podem escusar-se da tutela:

I – as mulheres casadas;

(...)

Ao cuidar da escusa da tutela, entendida como uma maneira de evitar a responsabilidade de ato a que lhe é atribuída, verifica-se, em verdade, que o legislador praticou, no mínimo, um grande equívoco.

Em uma comparação literal das disposições normativas, percebe-se que o Novo Código Civil retrocedeu nessa matéria, advindo como letra morta, por ferir frontalmente o primado constitucional da isonomia, e mais, restringindo direito de escusa não somente às mulheres, como fez o Código Civil de 1916, mas às mulheres casadas. Verdadeira heresia, se for levado em conta toda a sistemática jurisprudencial introduzida desde 1988.

7.11 Dos Herdeiros Necessários

Código Civil de 1.916:

Art.1603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes;

II – aos ascendentes;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais;

V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Art.1721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá

de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

Novo Código Civil:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobreviventes;

IV – aos colaterais.

Art. 1845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

As novas disposições atinentes aos herdeiros necessários, representaram uma grande conquista para as mulheres, a medida em que, na qualidade de cônjuge, encontravam-se em situação inferior aos descendentes e ascendentes no que diz respeito à herança, restando na maioria das vezes apenas a sua meação.

Com o advento do Novo Código Civil, a situação do cônjuge supérstite evoluiu para concorrer com os descendentes e ascendentes, saindo da cômoda posição de legítimo herdeiro, apenas na falta daqueles.

7.12 Da Idade Mínima para o Casamento

Código Civil de 1916:

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

(...)

XII – as mulheres menores de 16 (dezesseis) anos e os homens menores de 18 (dezoito);

(...)

Novo Código Civil:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

O Código Civil de 1.916 estabelecia idades diferentes entre homens e mulheres ao proibir o casamento. Era proibido contrair matrimônio as mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.

No Novo Código Civil, constatou-se a intenção do legislador em suprimir essa diferença etária, equiparando os sexos, atribuindo a possibilidade de homens e mulheres casarem aos dezesseis anos, desde que com a autorização expressa de quem de direito, cabendo ao juiz decidir nos casos de divergência.

7.13 Do Consentimento para o Casamento

Código Civil de 1.916:

Art. 186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge com quem estiverem os filhos.

(...)

Novo Código Civil:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; e na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

Diferentemente da legislação que regulou a matéria no Código Civil de 1.916, o novo diploma civil estabelece tratamento igualitário entre os pais, de tal sorte que a autorização para o casamento deverá ser precedida do consentimento de ambos, cabendo ao juiz decidir nas hipóteses em que haja divergência.

Outrossim, vale ressaltar que a ausência de autorização implica em causa de anulabilidade do casamento, sendo indispensável referida autorização.

7.14 Considerações Finais

Analisado sobre o ponto de vista prático, poucos foram os avanços efetivamente ocorridos com a nova legislação a entrar em vigor à partir de 12 de janeiro de 2.002. Em um primeiro momento as transformações parecem ser profundas, contudo, muitos dos dispositivos do Código Civil de 1.916 já não eram efetivamente aplicados, por estarem inseridos no contexto de outras legislações como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) a Lei do Concubinato (Lei nº 8.971/94) o ECA (Lei nº 8.069/90) e principalmente a Constituição Federal de 1.988, que já haviam derogado ou até mesmo revogado por completo muitas das normas discriminatórias.

Dessa forma, dentro do espírito do Novo Código Civil, ele acaba por cumprir a sua função, não por inserir normas inovadoras, mas por atualizar e

reestabelecer um regramento geral aplicável, ao menos em sua maior parte, nos dias de hoje.

CONCLUSÃO

Vale a sensação de que no campo das idéias e das leis, somos uma sociedade praticamente perfeita. Um leitor desavisado, desconhecedor da realidade de nosso país, ao se deparar com normas que asseguram plena igualdade de direitos entre homens e mulheres, consignadas principalmente na Constituição Federal de 1.988 e no novo diploma civil a entrar em vigor à partir de 2003, imaginar-se-ia dentro de uma sociedade totalmente desprovida de preconceitos e discriminações, por representarem garantias asseguradas na lei.

Contudo, é necessário que as transformações tão almejadas e duramente conseguidas, consagradas em nosso ordenamento jurídico, deixem de ser a promessa de um grande futuro, para que o presente seja a garantia de uma realidade menos cruel, plantando a semente para a renovação social das futuras gerações.

Durante o trabalho, nota-se a grande desigualdade entre homem e mulher desde o surgimento das civilizações. Grande parte dessa disparidade foi extinta com o passar dos anos, dos séculos, porém ainda se encontra aceso no íntimo dos cidadãos a fragilidade dos direitos a ela inerentes.

Na antiguidade greco-romana, berço de nossa legislação, à mulher fora dado o papel de submissão e opressão, e ao homem o de direção, tal fato somente prosperou em razão da plena aceitação da sociedade na definição de cada função, dando a cada um preparo e educação diferenciados.

Para a mulher cabia a submissão e ao homem a educação, não sendo assim inerente à sua natureza a desigualdade entre homens e mulheres, e sim graças ao tipo de aprendizagem oferecido e ao tipo de comportamento exercido por cada um.

A ciência não conseguiu demonstrar evidências de superioridade de algum dos sexos. A busca pela harmonia e cooperação de ambos os sexos é um ponto fundamental para que se alcance a sociedade fraterna, justa e solidária, prescrita em nossa Constituição Federal.

Com relação ao Código de 1.916, houve uma marcha lenta e gradual, em busca da isonomia, porém, ainda muito aquém daquilo que realmente se buscava.

As tradições e os costumes da época não deixaram que o verdadeiro significado da isonomia se transfigurasse em artigos da legislação.

Apesar de um grande marco na história cível do país, foi insuficiente e ineficaz para garantir a igualdade dos sexos.

Outras modificações se verificaram com o advento do Estatuto da Mulher Casada. Já de forma mais significativa. A disposição normativa que concedeu à mulher a faculdade de adotar o nome de família de seu marido, ainda que indiretamente, foi um grande avanço, na busca pela igualdade de condições.

Antes do advento dessa lei, verificava-se uma verdadeira imposição, que representava a despersonalização da mulher, obrigada a assumir o nome de seu marido, ainda que contra a sua vontade.

Também a lei que regulamentou o concubinato e posteriormente a união estável representaram conquistas para as mulheres, principalmente por reconhecer a união estável como unidade familiar.

Nota-se portanto como evidentes as grandes transformações pela qual passou a mulher no Brasil. Desde as Ordenações Filipinas, até os dias atuais, as mulheres tem assumido, gradativamente, posição igualitária frente ao homem, consagrada efetivamente apenas com o advento da Constituição da República de 1.988.

Todavia, apesar da busca pelo fim da supremacia do sexo masculino, muitas vezes os costumes, em sua grande maioria machistas, fazem, ainda hoje, que o preceito constitucional não seja aplicado em sua totalidade.

A regra da igualdade dos indivíduos perante a lei, até seu alcance em status constitucional percorreu um longo caminho. Apenas foi reconhecida pelo constitucionalismo moderno, em 1.934.

Porém, somente ganhou força e a consistência necessária após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, vigente atualmente.

A igualdade constitucional ainda não produziu todas as suas conseqüências. É necessário a alteração das normas infra-constitucionais para a adequação do primado, alcançando-se, talvez assim, a verdadeira igualdade.

Desde 1.824, o princípio da igualdade era previsto em nossas constituições. Porém, as Cartas Constitucionais anteriores à 1.934 limitavam-se apenas a afirmá-lo de forma ainda muito modesta.

Somente à partir da Carta Constitucional da República, referido primado consegue materializar-se no ordenamento jurídico pátrio, vedando qualquer tipo de privilégios, distorções ou distinções, por motivo de sexo.

Também no que tange ao novo Código Civil Brasileiro, na eminência de sua entrada em vigor, poucos foram os avanços efetivamente ocorridos

Em um primeiro momento as transformações parecem ser profundas, contudo, muitos dos dispositivos do Código Civil de 1.916 já não eram efetivamente aplicados, por estarem inseridos no contexto de outras legislações como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) a Lei do Concubinato (Lei nº 8.971/94) o ECA (Lei nº 8.069/90) e principalmente a Constituição Federal de 1.988, que já haviam derogado ou até mesmo revogado por completo muitas das normas discriminatórias.

Dessa forma, conforme se explicitou, dentro do espírito do Novo Código Civil, ele acaba por cumprir a sua função, não por inserir normas inovadoras, mas por atualizar e reestabelecer um regramento geral aplicável, ao menos em sua maior parte, nos dias de hoje.

O grande dilema atualmente é que preconceitos sociais, e não mais legais, impedem o efetivo reconhecimento da capacidade jurídica da mulher. Na verdade, clamam-se mudanças, de postura e de atitude, apenas secundariamente existe uma preocupação com a legislação, seja ela constitucional, ou ordinária, por seus efetivos avanços, que realmente amparam a igualdade entre os sexos.

Da análise dos fatos históricos, da evolução da legislação e até mesmo dos costumes de nossa sociedade, verificou-se que a maior transformação deve ser cultural e social, conscientizando as futuras gerações, preparando nossa sociedade para o dia em que nossos princípios e garantias deixem de ser frases abstratas.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1.988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1.988.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 2ª ed. São Paulo: RT, 1.999.

BUENO, Ruth. **Regime Jurídico da Mulher Casada**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.972. 230p.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga – Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma**. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1.996. 308p.

CUNHA, Roberto Salles. **Os Novos Direitos da Mulher**. 1ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1.990. 258p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (Ed). **Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa**. 1ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1994. 687p.

FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. **A Mulher Casada no Direito Civil Brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.985. 171p.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2.002. p.1.929.

LAROUSSE CULTURAL. **Grande Enciclopédia**. Volume 8. 1ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

SILVA, De Plácido e (Ed). **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 875p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família: Sinopses Jurídicas**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.000. 166p.

MONTEIRO, Angélica e LEAL, Guaraciara Barros. **Mulher – Da Luta e Dos Direitos**. 1ª ed. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. 62p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1.999. 754p.

PIMENTEL, Silvia. **A Mulher e a Constituinte – Uma Contribuição ao Debate.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1987. 87p.

PIMENTEL, Silvia. **Evolução dos Direitos da Mulher – Norma, Fato, Valor.** 1ª ed. São Paulo: RT, 188p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1997. 816p.