

# A mulher no Código Civil

Maria Berenice Dias  
[www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)  
[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)  
[www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)

**Sumário: 1. Como era; 2. Como é e 3. Como deveria ser.**

## 1. Como era

Ainda que acanhada e vagarosamente, os textos legais acabam retratando a trajetória da mulher.

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu o encarrego de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido.

A família se identificava pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a adotar os apelidos do marido. O casamento era indissolúvel. Só havia o desquite – significando não quites, em débito para com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento.

Só o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, eram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica, não gerando qualquer direito. Em face da posição da mulher, às claras, era ela a grande prejudicada.

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saía premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo que sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela “desonra” de ter um filho “bastardo”.

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 6.121. O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda

era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.

O passo seguinte, e muito significativo, foi a Lei do Divórcio, aprovada em 1977. Para isso foi necessária a alteração da própria Constituição Federal, afastando o *quorum* de dois terços dos votos para emendar a Constituição. Passou a ser exigida somente maioria simples e não mais maioria qualificada. Só assim foi possível aprovar a Emenda Constitucional nº 9 que introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial.

A nova lei, ao invés de regular o divórcio, limitou-se a substituir a palavra “desquite” pela expressão “separação judicial”, mantendo as mesmas exigências e limitações à sua concessão. Trouxe, no entanto, alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção do patronímico do marido. Em nome da equidade estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, que antes só eram assegurados à mulher “honestas e pobres”. Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos nubentes ao invés da comunhão universal, passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens.

Mas foi a atual Constituição Federal, datada de 1988, patrocinou a maior reforma já ocorrida no Direito de Família.

Três eixos nortearam uma grande reviravolta nos aspectos jurídicos da família. Ainda que o princípio da igualdade já viesse consagrado desde a Constituição Federal de 1937, além da igualdade de todos perante a lei (art. 5<sup>a</sup>), pela primeira vez foi enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (inc. I do art. 5<sup>o</sup>). De forma até repetitiva é afirmado que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5<sup>o</sup> do art. 226). Mas a Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (inc. IV do art. 2<sup>o</sup>).

A isonomia também foi imposta entre os filhos, eis proibida quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, todos têm os mesmos direitos e qualificações (§ 6<sup>o</sup> do art. 227).

O próprio conceito de família recebeu da Constituição tratamento igualitário. Foi reconhecida como entidade familiar não só a família constituída pelo casamento. Foram albergadas nesse conceito a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226).

Mesmo após a implantação da nova ordem constitucional, estabelecendo a plena igualdade entre homens e mulheres, filhos e entidades familiares, injustificadamente o legislador sequer adequou os dispositivos da legislação infraconstitucional não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Mesmo tendo se transformado em normas sem qualquer eficácia, eis que apartadas da diretriz da Lei Maior, continuavam no ordenamento jurídico como letra morta.

Um dos dispositivos que mais revolta gerava – ao menos entre as mulheres – era o defloramento configurar erro essencial sobre a pessoa. Ignorando tal “defeito”, o marido podia pedir a anulação do casamento (CC-16, art. 219, inc. IV). Apesar de a jurisprudência

majoritária ter passado a decantar a inconstitucionalidade desse dispositivo, após o advento da Constituição Federal, ainda havia decisões judiciais anulando o casamento sob esse fundamento.

Mas não era só. Mantinha o Código Civil em elencos distintos os direitos e deveres do marido (arts. 233 a 239) e da mulher (arts. 240 a 255).<sup>1</sup> Permaneceu no texto legal assertivas como essas: art. 233 – o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher (...). Compete-lhe: inc. I – a representação legal da família; inc. II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (...); inc. III – o direito de fixar o domicílio da família (...); inc. IV – prover a manutenção da família (...).

Normas outras também previam tratamento diferenciado entre os cônjuges. Assim o art. 224: Concedida a separação, a mulher poderá pedir os alimentos provisionais (...). O art. 234 dizia: A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Dita norma dava ensejo a várias interrogações. Como provar a recusa? Para cessar o encargo do marido deveria a mulher ser “notificada” a voltar para casa? O que evidenciaria a falta de motivo para o abandono?

Todos estes dispositivos continuavam escritos na lei, apesar de há muito não mais se justificarem, até porque a Lei do Divórcio estabelecia a reciprocidade da obrigação alimentar.

A partir da Constituição não mais se podia falar em família legítima, pois a união estável, ao lado da família monoparental, foram consagradas como entidades familiares merecedoras da proteção do Estado. Mas o Código Civil ainda consignava: art. 229 – Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns (...).

Igualmente a filiação não mais podia ser rotulada de forma discriminatória e nem se sujeitar a sequelas de ordem patrimonial pelo fato de a concepção ter ocorrido fora da “família legítima”. Assim, toda a adjetivação que acompanhava os filhos não mais vigorava, mas continuava na lei.

## **2. Como é**

Ainda que transcorridos quase 100 anos entre os dois códigos, período em que grandes foram as transformações sociais, principalmente no âmbito da família, deixou o legislador de rever alguns princípios que, se serviam para a família de um século atrás, não mais se justificam nos dias de hoje.

A sacralização da família e a preservação do casamento persiste. Basta lembrar que é possível casar por procuração (art. 1542), mas, nem na ação de separação (art. 1576) e nem na de divórcio (art. 1582) é possível a representação dos cônjuges por mandatário.

---

<sup>1</sup> Esse tratamento diferenciado não foi repetido no Código atual que trata de forma indistinta as obrigações e direitos dos cônjuges em dispositivos perdidos entre as regras que tratam do regime de bens (arts. 1642 a 1651).

Talvez um dos grandes méritos do atual Código Civil, tenha sido afastar toda uma terminologia discriminatória, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação.

A tentativa do legislador de sepultar as regras jurídicas que já não mais existiam, no entanto, não foi de todo feliz, pois alguns dispositivos que denotam tratamento discriminatório ainda se encontram na nova lei.

A menos valia da mulher também resta clara ao não ser concedida qualquer credibilidade à sua palavra. Diz o art. 1.600: Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.<sup>2</sup>

Persiste o tratamento discriminatório no inc I do art. 1.736, ao admitir que as mulheres casadas possam escusar-se da tutela.<sup>3</sup> O dispositivo é inconstitucional por tratar desigualmente o homem e a mulher, já que não é assegurado ao marido igual possibilidade. Às claras que tal prerrogativa traz o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênia do marido. Ou seja, a mulher não tem a liberdade de aceitar a tutela, tanto que o simples fato de ser casada a autoriza a declinar do encargo.

Não há como deixar de reconhecer que, na nossa realidade social, o viés patriarcal da família subsiste. O patrimônio ainda está nas mãos dos homens. Os filhos ficam sob a guarda materna e o pai é o devedor de alimentos. Assim, dispensar o adimplemento das obrigações assumidas na separação para a sua conversão em divórcio foi um duro golpe em prejuízo às mulheres. A vontade de obter o divórcio levava o devedor de alimentos a adimplir a dívida. Impunha também a partição do patrimônio comum que, via de regra, está em mãos masculinas.

De outro lado, a redução do prazo prescricional da obrigação alimentar para dois anos (§ 2º art. 206) igualmente vem em desfavor da mulher. É ela que tem os filhos consigo. É ela que tem que cobrar os alimentos, muitas vezes enfrentando a resistência dos filhos que não querem ver “o pai na cadeia”, mesmo que ele não lhes alcance alimentos.

A manutenção de dispositivos na nova lei, cuja inconstitucionalidade já vinha sendo decantada pela jurisprudência demonstra a resistência do legislador em se afastar do modelo de família que o Código anterior retratava, mas que não mais serve para identificar as atuais estruturas familiares.

A desnecessidade de uma causa identificadora para o pedido de separação de há muito vinha sendo decantado pela doutrina, tanto que a jurisprudência passara a dispensar a perquirição da culpa, deixando de identificar o culpado.

Ainda assim foi mantido o instituto e com um colorido bem mais intenso. Foi ressuscitado o elenco de causas que constavam da codificação anterior e que já havia sido derogada pela Lei do Divórcio. Pior, a lei dilatou as hipóteses e atribuiu ao magistrado a possibilidade de identificar novas culpas (art. 1.573).

---

<sup>2</sup> O art. 343 do CC de 16 tinha a seguinte redação: Não basta o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole.

<sup>3</sup> O inc. I do art. 414 do CC de 16 permitia as mulheres escusarem-se da tutela.

Nitidamente a intenção do legislador tem caráter punitivo-intimidatório, cabendo questionar a quem interessa a identificação de um culpado. Sendo variável o grau de tolerância de cada pessoa, como pode um juiz saber o que torna a vida insuportável?

De todo inútil, onerosa e dolorosa a pesquisa da culpa. A manutenção do instituto para fins de concessão da separação traz maiores prejuízos à mulher. É bem mais restrita a moral sexual feminina. A liberdade da mulher ainda não foi assimilada, tanto que é rotulada com uma série de qualificativos. Virtude, honestidade, seriedade, castidade e pureza, são atributos que só dizem com o exercício da sexualidade, ou melhor, com a abstinência sexual feminina.

De outro lado, desnudar a vida íntima infringe o inc. X do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal, e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada há de ser preservada até por quem participou dessa privacidade. A intimidade não é só de um, é de ambos os cônjuges, que um não pode revelar sem violar o preceito constitucional.

Restrição outra se mostra injustificável. É a imposição coacta do regime de separação de bens prevista no inc. I do art. 1.641 do Código Civil. Talvez para atender ao ditame da igualdade, limitou-se o codificador a aumentar em dez anos a capacidade das mulheres para escolher livremente o regime de bens.<sup>4</sup> Assim, passou de 50 para 60 anos, a obrigatoriedade do regime da separação de bens para ambos os noivos. No entanto, nada justifica a manutenção dessa *capitio de minutio*, que gera presunção de incapacidade exclusivamente para a escolha do regime de bens. Paradoxalmente, ultrapassada esta idade o indivíduo pode livremente dispor de seu patrimônio, mas seu casamento não autoriza envolvimento de ordem patrimonial. Sem atentar que vem aumentando a longevidade e a qualidade de vida das pessoas, a regra denota preconceito contra pessoas idosas, o que é vedado pelo Estatuto do Idoso. A limitação, exclusivamente para a escolha do regime de bens se mostra desarrazoada, não se conseguindo identificar qual o bem que pretende preservar.

Esta norma, se visa proteger o idoso, protege o homem, pois é ele, com 60 anos, que tem muito mais possibilidade de casar do que uma mulher sexagenária.

Outro questionamento que merece ser feito diz com a exclusão do concubinato como entidade familiar (art. 1.727). Nítida a tentativa de negar proteção legal ao que se chama, em sede doutrinária, de concubinato adulterino, impuro ou até de “concubinagem”. Acabou o texto ressuscitando a expressão concubinato, sepultada, em boa hora, pela Lei do Divórcio. Ao se vetar a possibilidade do reconhecimento de tal entidade familiar, se está subtraindo efeitos patrimoniais ao vínculo que, com o respaldo social ou não, existe.

Mas cabe perguntar: quem mantém uniões simultâneas? O homem é que traiu, afrontou o princípio da monogamia, cometeu adultério e deixou de cumprir o dever de fidelidade. Logo, é injustificável que seja beneficiado quem mantém um duplo vínculo afetivo. Questiona-se somente a ele a intenção de constituir família. Presume-se que o fato de manter duas entidades familiares significa que ele não quis formar nenhuma família. Assim, o homem sai do relacionamento sem qualquer responsabilidade e o prejuízo é sempre da mulher. O que parece ser um apenamento é um privilégio que só beneficia o parceiro

---

<sup>4</sup> O CC de 1916 impunha a obrigatoriedade do regime da separação de bens do maior de 60 anos e da maior de 50 anos (art. 258, parágrafo único, inc. II).

adúltero que não divide o patrimônio amealhado, muitas vezes, com a colaboração da mulher e nem lhe alcança alimentos.

### **3. Como deveria ser**

Na ânsia em estabelecer a igualdade, olvidou-se o Código Civil de marcar a diferença. A mulher ainda está fora do mercado de trabalho mais qualificado, ganha menos no desempenho das mesmas funções, tem dupla jornada de trabalho, ou seja, ainda não dá para falar em igualdade.

Outra realidade que se impõe, em números quase absolutos, é que os filhos ficam sob a guarda da mãe.

A essa realidade deveria estar atento o codificador, mas omissões não faltam.

Não foram regulamentadas as novas estruturas familiares. Deixou a lei de atentar que a Constituição Federal reconheceu as famílias monoparentais. Tal omissão prejudica o universo de 32% das famílias brasileiras que são chefiadas por mulheres.

Injustificável a falta de responsabilização de quem descumpre os deveres inerentes ao poder familiar. Nenhuma seqüela é imposta a quem não cumpre a obrigação de visitar os filhos. Também não há qualquer punição a quem se exime de pagar alimentos de forma reiterada. Não gera a lei, por exemplo, a obrigação solidária de quem omite ou dá informações falsas, causando prejuízos ao credor de alimentos, não cumpre a ordem de desconto ou auxilia o alimentante a ocultar ou dissimular bens.

De outro lado, a falta de regulamentação da filiação socioafetiva, impede que sejam estabelecidos vínculos de filiação com quem exerce as funções parentais. Os exemplos são por demais frequentes. Completamente abandonados pelo pai, os filhos passam a ter estreita vinculação com o companheiro ou marido da mãe. O impedimento da adoção, sem o consentimento expresso do pai, a falta de previsão de concessão da guarda, são silêncios que não se justificam. Revelam a sacralização do vínculo familiar originário, ainda que desfeito, em detrimento do elo de afetividade que se estabeleceu.

Igualmente não foi regulamentada de forma mais explícita as obrigações dos avós, não tendo sequer sido assegurado a eles o direito de visita. Assim, não auxiliam a genitora quer nos cuidados, quer na subsistência dos netos.

Tais falhas revelam profunda insensibilidade e a tendência generalizada de fingir que não existe o que desagrada à sociedade. É fácil fazer de conta que o normal é ser igual e o que é majoritário é aceitável. Essa é uma forma cruel e perversa de excluir o que não se quer ver. Essa é uma postura que dispõe de caráter punitivo ou vingativo. Mas o juiz tem por missão fazer justiça, precisa emprestar juridicidade às situações que lhe são trazidas a julgamento, mesmo na hipótese de inexistir previsão legal.

Relegar à invisibilidade o que existe não faz nada desaparecer e, o só fato de existir, merece a proteção do Estado. As omissões e equívocos do legislador levam a sociedade a continuar dependendo da sensibilidade dos juizes, que não são nem mágicos e nem fadas, pois não têm o dom de fazer desaparecer o que existe, pelo simples fato de ninguém querer ver.

O juiz não pode ter medo de fazer justiça. Não pode escuda-se na lei ou na falta dela e deixar de decidir. Esta é a sua missão diante de um novo código que esqueceu de ver muitas coisas que não são novas!