

PONDERAÇÕES FEMINISTAS ACERCA DO DIREITO: A PROTEÇÃO DO CASAMENTO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO ENQUANTO MANUTENÇÃO DO MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA¹.

FEMINIST CONSIDERATIONS ABOUT THE LAW: PROTECTION OF MARRIAGE IN THE RIGHTS OF THE BRAZILIAN FAMILY WHILE MAINTAINING THE FAMILY PATRIARCHAL MODEL

Clarissa Cecília Ferreira Alves²

Resumo: Constata-se, dentro do Direito de Família brasileiro, uma concreta proteção e um valorado prestígio da instituição do matrimônio. Praticamente toda a bibliografia deste ramo jurídico versa exaustivamente acerca deste instituto, considerando-o como a principal forma de constituição familiar e mais importante instituição de direito privado. A partir de uma perspectiva feminista, e utilizando-se da teoria do contrato sexual, formulada por Carole Pateman, o presente artigo pretende refletir acerca da maneira com que a noção de família é pressuposta dentro do modelo tradicional, em detrimento das suas demais formas de constituição e existência, bem como analisar como o casamento encontra-se socialmente inserido no modelo patriarcal de sujeição feminina a contextos de opressão de gênero. Por fim, o próprio direito enquanto instrumento de emancipação feminina será avaliado, a partir da corrente do Feminismo Radical.

Palavras-chave: Direito, casamento, família, patriarcado.

Abstract: It is found, within the Brazilian Family Rights, a concrete protection and a valued prestige of the institution of marriage. Practically, all the literature of this juridical branch extensively regards this institute, considering it the main form of family constitution and the most important institution of private rights. From a feminist perspective, and making use of the sexual contract theory, formulated by Carole Pateman, this article intends to reflect on the way that the notion of family is presupposed in the traditional model, to the detriment of its other forms of constitution

1 Trabalho desenvolvido no âmbito do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos.

2 Mestra em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Gênero e Direito da mesma instituição; Coordenadora do projeto de pesquisa Teorias Críticas do Direito, das Faculdades Integradas de Patos – FIP.

and existence, as well as to analyze how the marriage is socially inserted into patriarchal model of feminine subjection to contexts of gender oppression. Finally, the law itself as a tool of feminine emancipation will be evaluated, from the current of Radical Feminism.

Keywords: Law, marriage, family, patriarchy.

1 INTRODUÇÃO

Os debates acerca da evolução do conceito de família na conjuntura social contemporânea vêm ganhando cada vez mais espaço dentro do discurso jurídico. Paulatinamente, desenvolve-se um arcabouço doutrinário e jurisprudencial que acolhe sistematicamente os novos modelos de constituição familiar, independentemente de sua composição, tomando por base a doutrina do *afeto*, que passa a figurar como o motor central de uma relação familiar. Essa é, portanto, a diretriz que, aos poucos, vem sendo implementada no direito de família brasileiro e a tendência a ser impulsionada pelas relações sociais.

Observando o mesmo fenômeno de um outro ponto de vista, no entanto, é facilmente constatável, dentro da órbita jurídica, uma inclinação a conferir maior proteção ao instituto do matrimônio³ do que a todas as demais formas de constituição de família.

Percebe-se que, a fim de proteger esta instituição social, uma série de dispositivos jurídicos são anunciados, prevendo-o, desde sua constituição, até o momento de sua dissolução, incluindo nesta previsão um rol taxativo de obrigações (que atualmente são previstos de maneira recíproca do ponto de vista do gênero), de direitos, de possibilidades de anulação e de proteção patrimonial. Além disso, a fim de interpretar tais dispositivos, um verdadeiro arcabouço doutrinário se estrutura, possibilitando a extenuante reflexão sobre todos os contornos desta espécie particular de contrato.

No que atine às demais formas de constituição de família, todavia, observa-se uma escassa e frágil previsão dentro do rol de fontes do direito, não restando muitas possibilidades de regular sua existência senão recorrendo a analogias com a instituição matrimonial.

É, portanto, nesse sentido que a problemática central deste trabalho gira em torno da incongruência entre o *discurso jurídico de ampliação do conceito de família* e a ainda presente *proteção exaustiva do casamento heterossexual* pelo direito brasileiro, tendo notadamente em

3 Os termos matrimônio e casamento, aqui largamente utilizados, remeter-se-ão sempre à união afetiva tradicionalmente acolhida pelo direito, qual seja a de união heterossexual entre duas pessoas com fins de constituir família.

conta, para a realização desta análise, a teoria do contrato sexual formulada por Carole Pateman, que aqui nos servirá de marco teórico.

A partir da compreensão da existência de um contrato sexual, paralelo ao contrato social formulado pelos teóricos contratualistas no campo das ficções que visam justificar o Estado Liberal, é possível vislumbrar o casamento como um contrato muito particular dentre os demais contratos, sendo considerado o fundador legítimo da família patriarcal⁴, nos moldes tradicionais, desde sempre acolhido pelo direito. Sendo assim, a proteção jurídica fornecida a este contrato específico representaria também, em sentido mais amplo, além da estagnação do processo de evolução dialética do direito de família, a proteção da própria instituição familiar tradicional e patriarcal dentro do corpo social e jurídico.

É neste sentido que, a seguir, partindo da análise do contrato de casamento na teoria do contrato sexual, seguindo pelo diagnóstico da proteção deste mesmo contrato dentro do direito de família brasileiro, poderemos, finalmente, sugerir reflexões críticas, do ponto de vista específico do feminismo⁵, acerca do próprio direito enquanto instrumento de manutenção do *status quo* de sujeição de gênero dentro de sua composição.

2 O CONTRATO DE CASAMENTO NA TEORIA DO CONTRATO SEXUAL

4 O termo *Patriarcado* é aqui entendido como o poder masculino que, segundo Morrison (2006, p. 572-573), tem estruturado, até os dias atuais, as instituições sociais existentes. Tal poder, entretanto, é compreendido como sendo localizado historicamente, não configurando uma categoria universal (PISCITELLI, 2002, p. 9). A compreensão da dominação masculina como determinada historicamente sugere que houve, por óbvio, momentos remotos em que a mesma não existiu, havendo, assim, a possibilidade de que seja alterada pela reunião de novos fatores revolucionários.

5 Compreendendo a teorização feminista como um complexo variado de correntes complexas, distintas e (inclusive) contrapostas, a vertente teórica aqui refletida será a do Feminismo Radical, que caracteriza-se por compreender as diferenças de caráter social, cultural, econômica e legal como resultado da dominação dos homens sobre as mulheres. Para estas feministas, a base da desigualdade entre os sexos tem sido o patriarcado, firmando-se abertamente um compromisso de combate ao liberalismo e ao feminismo liberal, entendendo as concepções deste enquanto meras tentativas de assimilação dos padrões de vida masculinos, sem repensar se esses padrões são, de fato, justos ou válidos para a vida das mulheres.

Uma avaliação do fenômeno social do casamento enquanto contrato, dentro de uma abordagem feminista crítica, deve considerar, necessariamente, as ponderações formuladas por Carole Pateman (1993) acerca da teoria do contrato sexual. A partir destas lentes, torna-se possível constatar que o contrato de casamento, enquanto principal acordo que cria a família nos moldes patriarcais⁶, tem sido, desde o início da teorização contratual⁷, concebido possuindo como pressuposto a subordinação das mulheres ao domínio masculino, como se isto resultasse de uma ordem *naturalmente preestabelecida*⁸. Dentro deste contexto, a ideia de família patriarcal desenvolve-se com um caráter a-histórico e a-político, tornando-se invisível às análises políticas liberais e, portanto, não se submetendo a qualquer avaliação sob parâmetros de justiça⁹.

A teoria do formulada por Pateman vem evidenciar que, paralelamente a isto e num contexto mais amplo e abstrato, um contrato social é pactuado por todos os homens livres, com a exclusão das mulheres, como se estas não fizessem parte da sociedade política e figurassem como simples objeto doméstico, possuindo, entretanto, capacidade para assinar contratos de casamento que, por sua vez, as submete, por força de leis naturais. Em face disto, o contrato que institui o matrimônio aparece como figura essencial na avaliação da submissão das mulheres e está inserido sistematicamente

6 Acerca do surgimento da família patriarcal, ver Engels (2010, *passim*).

7 A ideia aqui presente de teorização contratual diz respeito à formulação das teorias liberais de Estado, mais precisamente no contexto das teorias contratualistas.

8 A noção de ordem natural advém de teorias combatidas pelas correntes feministas através do uso do termo “gênero” enquanto categoria de análise social. Assim, ao ser trazido para o debate teórico, “gênero” reforça a afirmação proposta pelo feminismo de que as desigualdades constatadas entre homens e mulheres “não se explicam tendo por base apenas as suas características biológicas e, portanto, naturais, mas sim pelos processos históricos que configuram um determinado padrão de relações de gênero” (VELOSO, 2003, p. 2).

9 A pauta da politização da esfera pessoal passa a nomear a luta feminista pela avaliação das relações privadas à luz de parâmetros de justiça, uma vez que, ao serem rechaçadas socialmente as intervenções sociais no âmbito doméstico, os aspectos de desigualdade inseridos neste espaço restam invisibilizados e ignorados tanto social quanto juridicamente. Sobre isto, ler Okin (2008, *passim*).

numa relação de dominação sexual ainda mais ampla, que foi historicamente omitida das narrativas contratualistas. A esta omissão histórica Pateman atribuirá a denominação de *contrato sexual*, uma “dimensão suprimida da teoria do contrato” (1993, p. 11), que nos será de grande valia para comprovar o caráter de sujeição que está implícito na existência do contrato de casamento.

Pateman vem juntar-se aos teóricos críticos do contrato, que eram, sobretudo, socialistas, trazendo uma contribuição inovadora, que pretende tornar visível que o contrato social consiste apenas em uma parte da gênese política descrita pelos teóricos clássicos do contratualismo. Pateman vem afirmar que é necessário encarar a teoria contratual a partir de uma nova ótica, de modo que se perceba que ela diz respeito “a bem mais do que meras ficções políticas” (1993, p. 12), referindo-se ao modo como as relações sociais livres, bem como as principais instituições políticas, como o casamento, a cidadania e o trabalho, devem ser compreendidas, ou seja, enquanto instituídas através de um *contrato*¹⁰. O que a teoria do contrato sexual vem demonstrar é que todas estas instituições, criadas a partir do pacto contratual, são concebidas de maneira equivocada, pois só levam em conta um aspecto do contrato original, que é a liberdade civil. Assim, “o contrato social e o de trabalho são sistematicamente deturpados e o de casamento geralmente é ignorado” (1993, p. 12).

A teoria do contrato sexual só pode ser compreendida se atentarmos para o fato de que ela, além de ser pressuposto do contrato social (PATEMAN, 1993, p. 12), constitui, ao lado deste, o *contrato original* (1993, p. 15) que, por completo, funda a sociedade civil nos moldes que a teoria liberal propôs.

10 Pateman enfatiza que a relação entre patriarcado e contrato tem sido raramente explorada, mesmo pelas reflexões feministas, a despeito de que, na sociedade civil moderna, instituições de grande relevância sócio-políticas sejam criadas e mantidas através de contratos (1993, p. 19). O contrato social cria uma sociedade em que os indivíduos podem realizar contratos, seguros de que seus atos são regulamentados pela legislação civil e de que, se preciso, o Estado garantirá que seus contratos sejam cumpridos. Os contratos cotidianos e reais fazem com que seja exemplificada no dia-a-dia “a liberdade que os indivíduos exercem quando fazem o pacto original” (1993, p. 23). Assim, para os contratualistas da contemporaneidade, a vida e as relações sociais não apenas se originam a partir da realização do contrato social, mas são encaradas propriamente como “séries intermináveis de contratos distintos” (1993, p. 33), não podendo, a estes, serem impostos limites e restrições. Daí resulta a dimensão principal de seu poder: se a ordem contratual implica em uma ordem de liberdade e de livre consentimento, qualquer espécie de contrato pode ser firmado, uma vez que o aspecto de igualdade entre as partes é sempre pressuposto.

Segundo Pateman, a história do contrato social versa sobre uma ideia de conquista da liberdade civil onde os homens abrem mão das inseguranças do estado natural por uma liberdade garantida pelo Estado. No entanto, esta liberdade pertenceria unicamente aos indivíduos, homens adultos, dotados de capacidade para firmar contratos. O contrato sexual, por sua vez, vem trazer à tona um aspecto omissos nessa teorização, que é completamente inverso à ideia de liberdade: a sujeição. Pateman afirma que, enquanto “o contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição” (1993, p. 16). Assim, a ideia global de contrato original cria, ao mesmo tempo, contraditoriamente, a liberdade do homem e a sujeição da mulher. Desta forma, a liberdade civil não é uma característica, como se preceitua teoricamente, universal, mas sim um atributo masculino.

O contrato sexual também vai tratar da gênese do direito político e de como ele é legitimado. No entanto, ele irá compreender o direito político como sendo, historicamente, um direito patriarcal, originado, conforme omitido das teorias liberais, no direito sexual ou conjugal (PATEMAN, 1993, p. 18). Assim, o contrato original é sexual no sentido patriarcal, quando cria o direito político dos homens sobre as mulheres; e sexual no sentido de estabelecer um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres (1993, p. 17). O contrato sexual é, portanto, “o meio pelo qual os homens transformam seu direito natural sobre as mulheres na segurança do direito patriarcal civil” (1993, p. 21).

Ao analisar as espécies de contrato que criam instituições sociais importantes, Pateman percebe que os contratos dos quais as mulheres fazem parte apresentam problemas específicos e atribui-os ao fato de que, do modo que contrato original foi concebido, somente os seres masculinos são dotados dos atributos e das capacidades necessários para participar dos contratos. Dentre estes atributos, o mais importante seria a “posse da propriedade em suas pessoas” (1993, p. 21), ou seja, a propriedade que cada pessoa detém em si mesma, somente por ser pessoa e capaz¹¹. Esta determinará o quanto uma pessoa é reconhecida enquanto indivíduo e o quanto possui capacidade para realizar contratos.

A ideia de propriedade na própria pessoa é de fundamental importância quando analisamos a especificidade do contrato de casamento, que, assim como outros contratos

11 Pateman assevera que a ideia de “o indivíduo enquanto proprietário em si mesmo é o ponto em torno do qual gira o patriarcado moderno” (1993, p. 32).

firmados na vida cotidiana, como o contrato de trabalho e de prostituição, embora reflitam de determinada maneira o contrato original, possuem a característica de envolver uma troca de obediência por proteção e criam o que Pateman chamará de *dominação e subordinação civil* (1993, p. 23). Estes contratos não são detidamente analisados em sua forma mais completa pelos teóricos liberais, uma vez que não faz sentido algum destacar os aspectos de subordinação existentes quando, o que se pretende mostrar, na realidade, é como a política do contrato é uma política de liberdade, e jamais de sujeição. Assim, o fato do contrato criar uma ordem de liberdade individual implica em afirmar que, a partir do momento em que alguém firma um determinado contrato, isso quer dizer que as partes concordaram voluntariamente com seus termos. Assim, esposa, trabalhadores e prostitutas realizariam estes contratos por simples desejo e vontade, não importando a situação freqüente de total desigualdade das partes envolvidas e as restrições econômicas, dentre outras, por eles enfrentadas¹².

Nesse sentido, Pateman afirma que “os contratos referentes às propriedades que as pessoas detêm em si próprias colocam os direitos de controle nas mãos de uma das partes contratantes” (1993, p. 24). Os maridos podem, portanto, explorar a sexualidade e o trabalho doméstico das esposas, uma vez que estas, ao contraírem o matrimônio, passam a constituir-se em subordinadas civis. E o grande mérito da teoria do contrato ter apresentado, tanto o contrato original, como os contratos reais do cotidiano como exemplificadores e asseguradores da liberdade individual quando, na realidade, nesta teoria, a liberdade universal é “sempre uma hipótese, uma história, uma ficção política”, pois, o contrato “sempre dá origem a direitos políticos sob a forma de relações de dominação e subordinação” (1993, p. 24-25).

A divisão da vida social em duas esferas (pública e privada) raramente é questionada criticamente por teóricos não-feministas e a também inquestionável ambigüidade relativa ao conceito de sociedade civil¹³ é essencial para a ordem criada pós-contrato, que ora a compreende como nova ordem, firmada pelo contrato social, que

12 O “contrato civil de escravidão” (PATEMAN, 1993, p. 33) seria a forma máxima de subordinação civil. O contrato, portanto, chega ao extremo de permitir a existência de um pacto que regula uma situação de escravidão, mas sob um argumento de liberdade e livre consentimento.

13 Sobre isto, ler Kymlicka (2006).

constitui um Estado que substitui o absolutismo monárquico, e ora como uma ordem de “civilização” que substitui o estado natural. Assim, natural e civil tornam-se termos opostos, e passam a constituir duas esferas distintas: a pública e a privada.

As mulheres, por sua vez, segundo afirma Pateman, não fazem parte do contrato original, mas também não são deixadas no estado natural, uma vez que, se isto ocorresse, não haveria contrato sexual. Elas são, no entanto, incorporadas “a uma esfera que ao mesmo tempo faz e não faz parte da sociedade civil, mas que está separada da esfera ‘civil’” (PATEMAN, 1993, p. 28). Poderíamos deduzir disto que o contrato sexual estaria, portanto, diretamente localizado na esfera privada, onde as mulheres primordialmente encontram-se, para usar um termo caro às feministas, confinadas.

Entretanto, Pateman enfatiza que o contrato sexual, pelo contrário, “cria a sociedade civil em sua totalidade”. Os homens transitam entre as duas esferas normalmente e o “mandato da lei do direito sexual masculino rege os dois domínios” (1993, p. 29). A sociedade pode, portanto, estruturar-se de maneira dividida, mas a unidade da ordem social se mantém, devido, em boa parte, aos alicerces patriarcais. Portanto, “o contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno” (1993, p. 17).

Assim sendo, o contrato sexual, enquanto parte do contrato original que não foi reconhecido pela teorização liberal, atua, sobremaneira, em dois sentidos: primeiramente criando uma rede de dominação politicamente determinante dos homens sobre as mulheres, em ambas as esferas e, em segundo lugar, criando, como discorre Pateman, um *direito sexual masculino de acesso sistemático aos corpos das mulheres* (1993, p. 17), como se estes os pertencessem de alguma maneira e estivessem sujeitos a satisfazer os seus desejos sexuais. Nesse sentido, por mais que as legislações dos Estados democráticos tenham evoluído gradativamente para a superação das desigualdades formais entre os sexos e, em parte, por conta disso, as mulheres encontrem-se em um paulatino processo de ingresso no mundo público/político, esse direito sexual masculino ainda se manifesta com clareza, para citar dois exemplos, no *mercado de prostituição*, onde os *corpos* femininos encontram-se “publicamente disponíveis, enquanto carne ou representação” (1993, p. 31), e nas *relações conjugais*, através da obrigação de satisfação sexual constante no contrato de casamento, que não permite ser erigido nenhum limite de acesso do marido ao corpo de “sua mulher”. A história do contrato sexual versa, portanto, “sobre relações (hetero)sexuais e sobre mulheres personificadas como seres sexuais” (1993, p. 36).

Desta forma, o contrato sexual apresenta-se como elemento-chave na elucidação de nosso estudo, uma vez que atua diretamente denunciando a existência de um direito sexual masculino que surge na ocasião em que se firmou o *contrato original*, sendo, as mulheres, dele excluídas e, ao mesmo tempo, porém, inclusas em contratos específicos, que são constituídos de maneira contraditória, como vislumbramos especificamente no caso do contrato de casamento, que, além de ser o principal fundador da família patriarcal, estabelece-se através de uma relação de dominação e subordinação que é reiteradamente invisibilizada politicamente.

Na teorização desse sistema, que Pateman denomina de patriarcal, despreza-se completamente que a relação de dominação-subordinação do contrato de casamento heterossexual seja politicamente relevante. E a possibilidade de que a condição das mulheres neste contrato reflita problemas mais profundos, que dizem respeito à política de contratos, também é desconsiderada.

Diante disto, o contrato de casamento, principal elemento de fundação da família tradicional/patriarcal, ocupa papel central na manutenção do paradigma liberal de dominação masculino, passando a ser impulsionado pela maior parte dos instrumentos dogmáticos cíveis que versam sobre a instituição familiar. Sem esse suporte jurídico-formal, a ordem pressuposta na concepção da teoria política liberal poderia ser desestabilizada, de modo a romper com o *status quo* de sujeição feminino e de valorização da família nos moldes em que ela foi projetada para melhor abrigar tais premissas.

Nesse sentido, passaremos, a seguir, a analisar como o modelo patriarcal de construção da família tem sido mantido e protegido no ordenamento jurídico brasileiro, corroborando com os pressupostos de sujeição sugeridos pela teoria do contrato sexual.

3 O CASAMENTO E SUAS PECULIARIDADES NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

O Direito de Família brasileiro sofreu uma série de mudanças significativas da metade do século XX para o início do século XXI, culminando na publicação do Novo Código Civil, em 2002. Antes disso, o Código Civil precedente, de 1916, no que tange a esta matéria, já havia sido modificado algumas vezes, sobretudo pelo Estatuto da Mulher Casada, em 1962, e pela Lei do Divórcio, em 1977. Com a Constituição de

1988, o direito brasileiro conheceu a igualdade formal entre homens e mulheres, e qualquer legislação anterior que contrariasse este princípio seria tacitamente revogada.

Face à tradição colonial-cristã, até a proclamação da república, e a promulgação da Constituição de 1891, só era permitido o casamento de caráter estritamente religioso, sendo este, portanto, aos não católicos, inacessível (WALD, 1988, p.39). Somente a partir do Decreto nº 181 de 1890 é que se estabeleceu o casamento civil, definindo-se uma maior separação entre Igreja e Estado (RODRIGUES, 2007, p. 23). Atualmente, a cerimônia religiosa (que segue legalmente os requisitos da habilitação) gera automaticamente efeitos civis, com base no §2º do art. 226 da Constituição de 1988, sendo, no entanto, válido, para efeitos legais, apenas o casamento civil.

Apesar da validade incidir unicamente sobre o aspecto civil, o casamento religioso, dentro da realidade brasileira, ainda é largamente realizado em sua vertente tradicional, sob cerimônias espetaculosas e clássicas. Dados do Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2011), demonstram que, ainda nos dias de hoje, 42,9% dos casais existentes são unidos através da modalidade cumulativa entre casamento civil e religioso. Silvio Rodrigues descreve da seguinte forma o costume matrimonial no Brasil na atualidade:

Na prática [...] os cônjuges, além de se casarem civilmente, casam-se também em cerimônia religiosa. Alias, ordinariamente, essa cerimônia se reveste de maior pompa do que a civil, de modo que ela se apresenta como constituindo o verdadeiro casamento. Não é raro, mesmo, o caso de nas classes mais ricas da população brasileira o casamento civil ser efetuado dias antes do religioso, só passando entretanto o casal a participar do mesmo leito após o enlace eclesiástico (RODRIGUES, 2007, p. 24).

Embora o número de famílias (dentro do modelo tradicional de família monogâmica heterossexual) constituídas de modo diverso do casamento, tenha aumentado consideravelmente nas últimas décadas, sobretudo após o reconhecimento jurídico da união estável¹⁴, e que não mais apenas este aludido modelo seja atualmente considerado pela doutrina como sendo base familiar (ao menos pela parte mais progressista), o casamento ainda consta, na visão da maior parte dos teóricos do direito de família, como sendo a principal forma desta ser constituída, aparecendo como

14 O IBGE (2010), em comparação entre os censos do ano 2000 e de 2010, aponta que as uniões consensuais (uniões estáveis) obtiveram um aumento de 28,6% para 36,4% do total de uniões no Brasil.

instituto central neste ramo do direito, e tendo posição de destaque, tanto na legislação, quanto na doutrina. Os manuais de direito civil que tratam da família iniciam seus índices abordando diretamente o casamento, seus efeitos, formalidades etc. Se estes compêndios chegarem a mencionar outros modelos de família, estas são todas citadas em um capítulo à parte, que geralmente se referirá aos aspectos de atualização da matéria, condensando-os ao fim da obra, quase que como uma parte anexa.

Maria Helena Diniz (2007, p. 35) aduz de modo visivelmente enfático que “o casamento é a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado”, sendo “peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país”, corroborando a afirmação de Laurent (s/a, p. 527) de que o matrimônio é o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”, de Venosa (2008, p. 22), de que o casamento guarda “posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio” e de Rodrigues (2007, p. 25), que afirma que o casamento “é a principal forma de constituição da família”. Tamanha a importância dada ao matrimônio pela sistemática jurídica brasileira, enquanto principal instrumento constituinte da família, que, aparentemente, ele passa a ser confundido com a própria compreensão que se tem de *família*.

O direito brasileiro evidencia uma forte tendência de prezar pela proteção da instituição familiar (tal qual se apresenta tradicionalmente: monogâmica, heterossexual e patriarcal), ocupando, esta, um espaço consagrado, enquanto elemento fundamental da sociedade, em todas as Constituições do Brasil (DIAS, 2010, p. 143). Desta forma, sendo o casamento considerado seu principal elemento formador, o mesmo recebeu um amparo legal exaustivo, sendo considerado indissolúvel, inclusive, até o ano de 1977.

Na ocasião em que o Código Civil de 1916 foi publicado, e ao lado da tradição cristã, à família foi atribuído o status de sagrada, sendo reconhecida unicamente sua manifestação *legítima*, constituída através do matrimônio. Orlando Gomes, em seu manual, ainda em 1978, afirmava que o casamento, que se distingue por “traços comuns” entre os povos cristãos, é o “vínculo jurídico entre o homem e a mulher, para a constituição de uma família legítima” (GOMES, 1978, p. 57). As relações conjugais possuíam um caráter *expressamente* patriarcal¹⁵, e a legislação evidenciava essa

15 As relações eram assumidamente patriarcais e o poder do homem no espaço privado não era negado e nem disfarçado. Assim, a manifestação discriminatória podia ser mais facilmente visualizada e, conseqüentemente, combatida, pelos movimentos feministas.

discriminação de maneira clara, não tendo, a mulher casada, sequer capacidade civil, nem poder algum dentro da família enquanto o marido se fizesse presente. Com a promulgação da Constituição de 1988, outros vínculos relacionais foram reconhecidos e a igualdade entre homens e mulheres foi formalizada. E, a partir da publicação do Código de 2002, deixou-se de caracterizar as famílias e os filhos em legítimos ou ilegítimos.

Em que pese todas as modificações no campo jurídico no que atine às concepções de família e à condição das mulheres dentro da vida pública e da família, esta última, todavia, não perdeu a tradição secular de sacralidade e de vinculação ao matrimônio (DIAS, 2010, P. 143). Assim, embora se opere um processo de transição no campo social e uma tímida abertura na esfera jurídica no que diz respeito à existência concreta de novos modelos de família, o sistema jurídico brasileiro (legislativo, doutrinário e jurisprudencial) ainda se encontra vinculado em muitos aspectos ao contexto social antecedente, podendo-se observar, ainda, nas edições atuais das obras de alguns dentre os mais consultados civilistas nacionais, a existência de argumentos que, nas entrelinhas do discurso igualitário do atual Código Civil, tentam justificar a superioridade masculina constante no instrumento legal de 1916¹⁶, e defender a manutenção de determinados institutos aparentemente incompatíveis com a realidade das uniões civis contemporâneas, como é o caso da obrigação de caráter sexual.

Nesse sentido, a despeito do que julgam as correntes progressistas dos círculos acadêmicos de direito de família, a ideia de que a instituição matrimonial brasileira tornou-se um espaço de livre manifestação afetiva, sem as amarras das obrigações desiguais voltadas para marido e esposa, não representa ainda a realidade do casamento no Brasil, mesmo depois do advento do Código Civil de 2002 e da proclamação constitucional da igualdade entre homens e mulheres. As relações afetivas ainda são

16 Segundo a doutrina atualizada de Silvio Rodrigues, por exemplo, a diversidade de tratamento dada a homens e mulheres “decorria de razões várias, entre as quais a necessidade de escolher um dos cônjuges para determinadas tarefas; ou, então, da maior prática do homem para o exercício de alguns misteres”. E assevera que era “inegável” o “propósito do Código Civil de 1916 de tratar marido e mulher como titulares de iguais direitos, fugindo, assim, ao conceito enraizado no passado de que o homem desfrutava, na família, de situação de superioridade em face de sua esposa” (RODRIGUES, 2007, p. 119). A presença desta espécie de comentário não parece, senão, uma tentativa de justificar a desigualdade de direitos expressa no Código de 1916, que se não atua ratificando a referida discriminação presente na lei, certamente não discorda de sua validade.

pautadas dentro de rigorosos ritos formais e da enunciação de direitos e deveres por parte do Estado, regulando a liberdade dos nubentes. O casamento ainda se pauta num conceito que supõe a obrigatoriedade da existência de relações sexuais estáveis, como requisito de validade e existência do mesmo. Não permite, a norma, que as uniões se desenvolvam livremente, sem as amarras obrigacionais que, no intuito de proteger a família e de regular a durabilidade do casamento, condicionam as relações monogâmicas estáveis a seguirem uma estrutura padrão de existência.

A análise do conceito de casamento revela as bases herdadas do direito romano e canônico pela doutrina brasileira, sendo as concepções de *Modestino*¹⁷, jurista do período clássico, e das *institutas de Justiniano*¹⁸, os alicerces para a construção da definição dominante de casamento no Brasil. Do direito canônico, absorveu-se a ideia de que o casamento atuaria como um apaziguador do furor sexual humano, purificando as relações sexuais, sendo concebido como “verdadeiro remédio à satisfação dos instintos naturais do sexo” (AZEVEDO, 2009, p. 53), e como legitimador das relações sexuais (PEREIRA, 2000, p. 32) entre os seres humanos. É nesse sentido que Silvio Rodrigues (2007, p. 19), seguido por outros autores¹⁹, concebe o matrimônio como sendo o contrato de direito de família que tem por fim “promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

A doutrina pátria considera que a efetivação das atividades sexuais ocupa um espaço tão essencial dentro do casamento, que a prevê não apenas como obrigação, mas enquanto uma das *finalidades* deste contrato. Segundo estabelece Venosa (2008, p. 28), tais finalidades²⁰ consistem na *procriação e educação da prole*, bem como na *mútua*
17 “Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuria communicatio” (DINIZ, 2007, p. 35).

18 “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens” (DINIZ, 2007, p. 35).

19 Ver Sílvia Venosa (2008, p. 25).

20 Estas finalidades derivam diretamente da influência do Direito Canônico, especificamente da encíclica Casti Connubii do Papa Pio XI: “Matrimonii finis primaris est procreatio atque educatio prolis; secundarius, mutuum adjutorium et remedium concupiscentiae” (RODRIGUES,

assistência e na satisfação sexual, “tudo se resumindo na comunhão de vida e interesses”. Na lição de Maria Helena Diniz (2007, p. 36-38), dentre estes fins do matrimônio, tem-se a *instituição da família matrimonial*, a *procriação dos filhos*, a *prestação do auxílio mútuo*, o *estabelecimento de deveres (patrimoniais ou não) entre os cônjuges*, a *educação da prole*, a *atribuição do nome ao cônjuge e aos filhos* e a *legalização das relações sexuais*. Acerca desta última, Diniz (2007, p. 37) considera que “a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência” e que a aproximação dos sexos e a convivência sexual (natural) entre marido e mulher “desenvolvem sentimentos afetivos recíprocos”.

É interessante observar como o discurso jurídico prevê a materialização das relações sexuais dentro do casamento não apenas como constituinte sociológico das relações monogâmicas heterossexuais, mas como elemento presente em sua própria definição, finalidade e sentido. A relação matrimonial parece carecer de sentido, se não contemplar a existência do ato sexual, tanto como componente que vai “selar” o contrato (consumação do casamento), como artifício que irá mantê-lo ao longo da existência deste acordo no tempo. Ao lado disto, as relações sexuais parecem carecer de “disciplinação” (RODRIGUES, 2007, p. 22), devendo ser necessariamente reguladas e protegidas pelas normas norteadoras da instituição matrimonial. Tais pressupostos aproximam-se da concepção canônica de que o ato sexual precisa ser remediado, controlado, legalizado e, assim, purificado. O casamento tornaria, portanto, as relações sexuais legitimadas pela proteção religiosa e jurídica.

Estes fins aos quais o casamento visa atingir são expressamente considerados como “intimamente ligados à natureza humana” (RODRIGUES, 2007, p. 23), reforçando o pressuposto contratualista de que o contrato de casamento irá reger as relações *naturais* entre homens e mulheres, contrariamente ao que ocorre na esfera público-civil, onde as relações são *convencionais*. O que não se questiona em nenhuma das bases doutrinárias do direito de família brasileiro é o porquê de se fazer necessária a regulação de relações que são parte de uma ordem natural, já que o que se está disciplinando é algo que faz parte do que já se encontra determinado. Afinal de contas, no que tange à finalidade de regular a atividade sexual, se a natureza condiciona o ser humano à “satisfação de suas necessidades fisiológicas, nenhuma lei pode existir, que

contrarie essa natural, pois que, em tudo, a *ratio naturalis* está presente a comandar” (AZEVEDO, 2009, p. 2).

Impende observar, ainda, que, não obstante a evolução do direito de família brasileiro após a proclamação da igualdade formal entre homens e mulheres, as finalidades a que o casamento se presta continuam exatamente iguais ao que se previa anteriormente a esta reforma. Embora a legislação, juntamente com a descriminação arbitrária em desfavor das mulheres, tenha sido alterada de maneira positiva para estas, as concepções e o objetivo final do casamento continuam os mesmos da época em que o Código Civil de 1916 foi publicado. Orlando Gomes (1978, p. 68-69) afirmava que a finalidade do matrimônio era a vida em comum, e que, conforme prevê o direito canônico, há a finalidade primária de procriação e educação da prole, e a secundária, de remediar a concupiscência e ajudar-se mutuamente; concepção esta ainda largamente utilizada. Considerava-se, à época da lei civil anterior, que, “verdadeiramente, (...) o fim principal do casamento é dignificar as relações sexuais, estabilizando-as numa sociedade única”, e que “a legalização de tais relações”, tal como ainda se concebe no Direito Civil contemporâneo, “é o *fim natural* do casamento” (GOMES, 1978, p. 69). Nesta matéria, portanto, o Direito de Família pouco parece ter evoluído ou sido modificado.

Um grande debate que é comumente suscitado pela doutrina civil é o que diz respeito à natureza jurídica do casamento, havendo três correntes majoritárias em disputa: a *individualista*, influenciada pelo direito canônico, que considera o casamento enquanto um acordo de vontades direcionadas à obtenção de um fim jurídico; a *institucional*, que prevê a existência de um corpo de normas já apresentadas pelo Estado que irá regular a vida conjugal; e a *mista*, que visa mesclar as duas primeiras. Todavia, no dizer de Berenice Dias (2010, p. 147), tal discussão se revela “estéril e inútil”, uma vez que, embora (se suponha) sejam as pessoas livres para decidirem se casar, ao realizarem esta escolha, elas precisam sujeitar-se a uma estrutura de direitos, deveres e efeitos que já se encontra rigorosamente pré-estabelecida pelo Estado, assemelhando-se, o contrato de casamento, muito mais a uma espécie de *contrato de adesão* do que a qualquer outra coisa. Os efeitos e as formas do casamento já estão “previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos, que se limitam a dizer ‘sim’ diante da autoridade civil”, concordando, assim, com as regras que lhes foram impostas inicialmente.

De fato, o casamento não pode ser comparado aos demais contratos válidos existentes. Reveste-se, em todos os seus aspectos, de características peculiares, desde as relações que ele visa regular, até os motivos para que foi constituído. O contrato de casamento visa proteger e regulamentar a família monogâmica patriarcal e, para que esta finalidade seja atingida, é preciso que esta forma de contrato seja revestida de um leque de formalidades e solenidades²¹ que engessem sua manifestação prática, e assim tornem possível que ela não se modifique, mesmo que a legislação e a própria realidade social evolua.

Esta peculiaridade do contrato de casamento, de diferenciar-se de todos os demais contratos e de ser responsável por acolher e constituir as relações patriarcais naturais entre homens e mulheres, é ratificada e justificada na doutrina brasileira através do argumento, compartilhado por boa parte dos autores, de que o casamento constitui um contrato *sui generis* (GOMES, 2007, p.), um contrato diferente, com características especiais, ao qual não se aplicam as disposições legais dos contratos patrimoniais (DIAS, 2010, p. 147), pois é regido pelo Direito de Família, sendo o casamento-ato um negócio jurídico e o casamento-estado uma instituição (VENOSA, 2008, p. 26).

Segundo nos ensinaria a teoria do contrato sexual, no entanto, o que torna tão singular a existência do contrato matrimonial é o fato de que ele regula relações sexuais, relações patrimoniais e relações laborais, e, ainda, por trás de todas estas relações, ele regula (ou legitima) relações de sujeição (PATEMAN, 1993, p. 235).

A seguir, analisaremos o próprio direito enquanto instrumento que impede a transformação deste *status quo*, agindo enquanto alicerce que sustenta a manutenção do casamento e da família patriarcal e impedindo que as relações afetivas se manifestem da maneira que melhor lhes convenha.

4 CONCLUSÃO – O DIREITO É SEXUADO

Observamos que, a despeito das profundas mudanças operadas na legislação civil brasileira, sobretudo no que tange às relações familiares e à situação jurídica mulher, o casamento mantém-se ancorado em uma posição de proteção e destaque dentro do nosso ordenamento, pouco sendo observado, na prática, que,

²¹ Venosa (2008, p 27) considera o casamento o ato mais solene do direito brasileiro.

contemporaneamente, as relações familiares têm evoluído no sentido de abrigar novas formas de constituição e de configuração diferentes do matrimônio tradicional.

Temos também observado que as relações de poder existentes no campo sexual não deixaram de existir, mesmo após os proclames jurídicos de igualdade entre homens e mulheres, e que, nesse contexto, uma série de fatores sócio-culturais contribuem para que estas relações permaneçam inalteradas em todas as esferas da sociedade, não apenas na esfera privada, como se pode supor. Assim, dentro das relações afetivas heterossexuais, o que inclui o contrato de casamento, a igualdade de direitos choca-se com uma realidade que ainda não consegue absorver esse paradigma de equidade.

Ocorre que, dentro do discurso jurídico, não é possível vislumbrar, ou tornar claro, que tais relações de poder existem e se manifestam a todo o tempo dentro dos mecanismos sociais e dentro do próprio direito, e que, mesmo que a legislação em matéria constitucional e cível venha sendo paulatinamente alterada, a práxis social sofre uma série de outros condicionamentos que a direciona para uma outra realidade, distinta da prevista pelos códigos igualitários. Os princípios e normas jurídicos, alheios a isto, são construídos através de uma linguagem dificilmente penetrável por qualquer fator que intente desestabilizá-los, ou tornar visível qualquer instabilidade que dentro dele se manifeste, sendo, portanto, o direito positivado, incapaz de acolher a ideia de que suas leis e normas de igualdade formal não têm sido capazes de resolver o problema da opressão das mulheres, nem de torná-las plenamente livres e iguais.

Durante séculos, teóricas e militantes feministas têm analisado criticamente os pressupostos do direito, chegando a conclusões diversas acerca de sua utilização enquanto instrumento de emancipação social pelos movimentos de mulheres. E, como uma das principais características peculiares ao feminismo é a multiplicidade de enfoques e teorias, também as conclusões feministas dentro do debate acerca do direito são das mais variadas e complexas. Todavia, como o foco do nosso trabalho não consiste em esmiuçar todas as perspectivas feministas sobre do direito, nos limitaremos a dialogar mais notadamente com a perspectiva apresentada pelo feminismo *radical*, em cujo debate nos concentraremos a seguir.

Inicialmente, as primeiras manifestações de luta dentro do direito se deram no sentido de reconhecer a cidadania das mulheres e sua capacidade civil a partir da garantia dos mesmos direitos que antes apenas gozavam os homens²². Buscava-se, desta

22 É nesse sentido que Olympe de Gouges (1791) escreve a Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, que representa a tradução, através de um ponto de vista feminista, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, onde Gouges reivindica a igualdade entre os sexos e apela à natureza como

forma, disputar o espaço jurídico, até então expressamente masculino, dentro dos parâmetros que já se encontravam previamente estabelecidos, não questionando as estruturas apresentadas, como se aquele paradigma de direito e de justiça fosse válido e representasse a solução para as mulheres. Esta abordagem feminista do direito tinha o liberalismo jurídico como pressuposto, não chegando a questionar com profundidade as bases que sustentavam as desigualdades entre os sexos. Foi sob esta estratégia, todavia, que os movimentos de mulheres conquistaram a maior parte de suas vitórias no campo jurídico e legislativo²³, culminando, tais conquistas, com a equiparação formal entre homens e mulheres dentro do direito.

Esta estratégia do feminismo liberal, no entanto, foi duramente criticada pelas feministas radicais, que posicionavam-se terminantemente contra o liberalismo jurídico e contra seus princípios-chave de neutralidade, imparcialidade e universalidade. Para que uma verdadeira análise crítica sobre o direito fosse realizada, era preciso fazê-lo profundamente, de forma a atingir a raiz (radical) do problema. O que precisava ser criticado era o próprio sistema político em cuja base o direito se sustentava: o sistema liberal. Pugnar por mudanças sob uma estrutura jurídica alicerçada em princípios e valores que desde o início ratificam a exclusão das mulheres seria, no mínimo, superficial.

As feministas radicais vêem as diferenças de caráter cultural, social, econômica e legal entre homens e mulheres como produto da dominação masculina e como parte de um sistema estruturado de opressões, que não permitem que os sexos vivam em condições de igualdade. A luta pela equivalência de direitos, portanto, serve de instrumento para a emancipação das mulheres até certo ponto, em que, atingida, finalmente, a plena igualdade formal em determinado ordenamento jurídico, encontra seu limite de atuação. Se mantida a dominação masculina no campo sócio-cultural, a igualdade formal não será suficiente para garantir uma estrutura material de equidade. O

paradigma normativo, mas neste caso, não para justificar a desigualdade, mas para deslegitimar as hierarquias patriarcais. Ao lado disso, em “A Vindication of the Rights of Woman”, Wollstonecraft (1792) sistematizou a primeira denúncia sobre a subordinação das mulheres, usando a doutrina liberal dos “direitos inalienáveis do homem” para reivindicar o direito das mulheres, sendo a defesa do direito à educação uma das maiores bandeiras de luta do feminismo naquele momento em diante.

23 Sob esta bandeira, as mulheres alcançaram o direito ao voto, à igualdade de salários, aos benefícios sociais, ao acesso ao trabalho e à educação, o direito de participar de júris e o direito condicional de optar pela interrupção da gravidez (MORRISON, 2006, p. 581).

liberalismo jurídico, por sua vez, não permite que se compreenda a natureza e as causas da opressão feminina, não reconhecendo, sequer, que esta opressão *existe*.

Na realidade, quanto mais o direito se considera igualitário, neutro e imparcial, mais servirá para reiterar a opressão social das mulheres e manter o seu status de subordinação. Para o feminismo radical, o próprio Estado representa uma estrutura liberal de opressão das mulheres e, para que não haja espaço para a transformação no campo social e cultural, a principal estratégia apresentada pelo mesmo é a de manter a crença de que a estrutura do Estado de Direito liberal realmente é incompatível com dominação e opressão de classe, gênero, raça etc. Ao apresentar-se como um sistema em que o direito é desligado da moralidade e o julgamento judicial é separado do governo, o estado liberal apresenta-se como um instrumento neutro e eficaz para solucionar as desigualdades sociais. Catherine MacKinnon assim descreve o Estado e o direito:

O Estado é masculino no sentido feminista: o direito vê e trata as mulheres do modo como os homens vêem e tratam as mulheres. O Estado liberal constitui, coercitiva e autoritariamente, a ordem social voltada para o interesse dos homens enquanto gênero – através de suas normas legitimadoras, de suas formas, sua relação com a sociedade e suas políticas substantivas. (MACKINNON, 1989, p. 161-162).

As feministas radicais compreendem o Estado liberal de direito como patriarcal, masculino e sexista, e que, ao supostamente revestir-se de imparcialidade, estaria fechando os olhos para o fato de que “opera no sentido de reforçar as desigualdades estruturais que preexistem ao apelo ao direito, e que também são intrínsecas à jurisprudência do direito” (MORRISON, 2006, p. 585). O patriarcado constituiria a principal forma de governo (MILLET, 1970, p. 9) e toda a estrutura estatal estaria erguida sob parâmetros eminentemente masculinos, uma vez que as mulheres têm sido excluídas historicamente do espaço público institucional, não tendo, portanto, participação alguma na idealização e construção das instituições, do comércio, das relações empresariais, das relações de laborais, do estado, do direito etc. A esfera pública, em sua integralidade, teria sido delineada por homens e para abrigar homens, não sendo de forma alguma compatível com a presença das mulheres, cujo papel sexual histórico já possuía um lugar de existência: o lar, a maternidade, o casamento.

Nesse sentido, a tentativa por parte das mulheres de inserir-se em todos os campos da esfera pública e de possuir as mesmas garantias jurídicas que possuem os

homens acaba por resultar numa situação em que não existe uma relação de compatibilidade. Seria uma situação análoga à de um quebra-cabeças em que as peças não se encaixam e, por conta disto, não se harmonizam. Não haveria, assim, como as mulheres estarem em condições de igualdade jurídica em relação aos homens, num contexto pré-estabelecido no qual elas não são compatíveis. Em virtude disto, Morrison afirma que, para o feminismo radical:

Reivindicar a proteção da lei é reivindicar a proteção de alguma coisa já estabelecida no ponto de vista masculino – aplicar o direito abstrato é aplicar aquilo que foi construído segundo a perspectiva do homem. O Estado de Direito liberal é o domínio dos homens sob o disfarce do estado de direito. (MORRISON, 2006, p. 585).

Assim, embora se verifique, em certa medida, uma evolução legal no sentido de buscar construir uma relação de igualdade entre os sexos, e de uma tentativa por parte do direito de conceder às mulheres um status semelhante ao dos homens, em direitos, deveres e capacidade civil, estas transformações não atingem a raiz do problema, estando ainda no nível das reivindicações do feminismo liberal. As normas, parâmetros e princípios jurídicos continuam sendo alicerçados no liberalismo jurídico, não havendo espaço para que alterações potencialmente revolucionárias para as mulheres sejam realizadas. MacKinnon assim descreve o mecanismo liberal que estrutura e depois institucioniza o estado de dominação:

A estratégia consiste primeiro em constituir a sociedade de modo desigual, anterior ao direito; depois, em conceber a Constituição, inclusive o direito à igualdade, de modo que suas garantias só se apliquem àqueles valores que são subtraídos pelo direito; depois, em construir normas legitimadoras de modo que o Estado se legitime através da não-interferência no *status-quo*. Depois, na medida em que a dominação masculina se torne tão efetiva na sociedade que seja necessário impor a desigualdade sexual por meio do direito, a tal ponto que somente as desigualdades sexuais mais superficiais se tornem *de jure*, nem mesmo uma garantia jurídica de desigualdade sexual será capaz de produzir igualdade social. (MACKINNON, 1989, p. 163-164)

Deste modo, para as feministas radicais, as mulheres não podem confiar no Estado. E, conseqüentemente, o direito, do modo que se encontra estabelecido, sob parâmetros liberais, não lhes serve, nem lhes garantirá emancipação. Assim, tanto o lugar social de subordinação feminina, quanto a excessiva proteção dada ao contrato de casamento, mantendo a concepção de família sob os moldes tradicionais/patriarcais, não

desaparecerão da doutrina jurídica, mesmo que reformas igualitárias sejam implementadas.

Apesar das diversas críticas direcionadas ao discurso apresentado pelo feminismo radical, em virtude, dentre outras coisas, do mesmo pressupor, para sua teoria, uma verdade que transcende as demais perspectivas feministas, sendo hostil ao diálogo; de afirmar a existência de uma verdadeira essência das mulheres (a verdade sobre o gênero feminino, que não é a mesma apresentada sob condições de subordinação) que se tornará evidente em condições de liberdade real; e da insistência na dominação masculina na totalidade da vida social; temos optado neste trabalho por analisar o casamento e o direito sob esta perspectiva, uma vez que a mesma consegue, tanto tornar visível a existência do patriarcado, como possibilitar uma análise radicalmente crítica das estruturas de subordinação feminina existentes, sendo-nos, portanto, muito útil.

Outras formulações feministas sobre o direito, entretanto, têm caminhado no mesmo direcionamento apontado pelas feministas da corrente radical, num trabalho posterior de desenvolvimento dialético destas proposições, algumas vezes em contextos mais ponderado e racionalizado, outras vezes em contextos igualmente críticos.

É nesse sentido que, em *El sexo del derecho*, Francis Olsen (1990) observa que a sociedade, desde o surgimento do pensamento liberal clássico, tem sido estruturada em torno da formação de dualismos, ou pares opostos, que dividem as coisas em esferas contrastantes, tais como: racional/irracional, razão/emoção, objetivo/subjetivo, universal/particular, público/privado etc. Desta forma, três características importantes resultariam disso: Primeiramente, observa que tais dualismos encontram-se *sexualizados*, ou seja, mulheres e homens identificam-se com lados opostos dos dualismos. Os homens identificam-se com o racional, o ativo, a razão, a cultura, o poder, o objetivo, o abstrato e o universal, enquanto que as mulheres seriam identificadas com o irracional, o passivo, o sentimento, a emoção, a sensibilidade, o subjetivo, e o particular. Em segundo lugar, observa que os dualismos não correspondem a partes equivalentes, mas constituem uma *hierarquia*, em que um elemento é considerado superior ao outro. Assim, em cada par, o termo identificado como masculino é valorado como superior, enquanto que o outro é considerado como negativo ou inferior, de modo que a objetividade e a razão, por exemplo, são considerados superiores à subjetividade e à irracionalidade. E, por fim, afirma que *o direito identifica-se com o lado superior e “masculino” dos dualismos*, uma vez que se

supõe que ele seja racional, objetivo, abstrato e universal, tal como os homens considera-se a si mesmos, e “pelo contrário, se supõe que o direito *não* é irracional, subjetivo ou personalizado, tal como os homens consideram que são as mulheres”²⁴ (OLSEN, 1990, p. 454).

Grande parte destas perspectivas contemporâneas, no entanto, não rechaçam por completo o uso do direito, como a maioria das autoras radicais. Herrera Flores (2005, p. 70), por exemplo, considera que o *uso do direito* por parte das lutas antipatriarcais e anticoloniais, em geral, exige uma ampliação de seu conceito, de modo que ele possa ser utilizado como instrumento de luta contra o sexismo, ou melhor, contra a onipresença e dominação de um sexo sobre o outro, e contra os privilégios econômicos, sociais e jurídicos que fazem com que um grupo social ostente, por força da natureza, por razões ditas naturais, uma posição de dominação. Ele cria a categoria do *antisexismo*, e afirma que esta consistiria na denúncia dos privilégios de um grupo sobre outro, ou seja, a afirmação da necessidade de superar as análises e as perspectivas que encontram em características naturais o fundamento da hierarquização entre homens e mulheres.

Assim, tendo em conta o fato de o direito basear-se em conceitos aparentemente objetivos e universais traz consigo práticas extremamente sexistas, pois a igualdade encontra-se garantida apenas a nível formal. O *antisexismo*, no campo do direito, tentaria eliminar todos os conceitos que tenham como base as características naturais do sexo, levando em conta não só a norma jurídica em si, mas também, e principalmente, as interpretações, os critérios de aplicação e as apreciações sociais e culturais predominantes. Herrera Flores entende que entende que, para que isso ocorra, “o conceito de direito deve partir da perspectiva de gênero, como formulação de um ponto de vista diferente do que se reclama neutro e universalista”²⁵ (2005, p. 66). Para ele, o ponto de vista neutro e universal ocultaria sua parcialidade e subjetividade, ao naturalizar uma só visão de mundo, como se esta fosse a única possível.

24 Tradução de: “Por el contrario, se supone que el derecho *no* es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres”.

25 Tradução de: “el concepto de derecho debe partir de la perspectiva de género, como formulación de un punto de vista diferente del que se reclama neutral y universalista” (HERRERA FLORES, 2005, p. 66).

O direito é uma técnica especializada que determina, a priori, quem está legitimado para produzi-lo e quais são os parâmetros que devem ser utilizados para tanto. Disso resulta a imensa força de quem o controla, ou de quem possui autoridade para “dizer o direito” diante das relações sociais, através de posicionamentos ideológicos e políticos determinados.

O ponto central dessa questão é que a maior parte das leis se fizeram, por um lado, sem a presença das mulheres ou, como ocorre hoje em dia, com uma mínima representação destas nos órgãos dotados de autoridade e legitimidade para debatê-las, promulgá-las e interpretá-las. E, por outro lado, sem contar com seus valores, suas perspectivas, suas reivindicações e suas diferentes formas de abordar o político e o cotidiano. Ao omitir esse aspecto do direito, e revesti-lo de neutralidade e universalidade, acaba-se por aplicar a norma jurídica prioritariamente masculina a uma coletividade de pessoas de ambos os gêneros, tornando o direito um instrumento de reprodução de dominação e de exclusão.

Desta forma, uma possível luta dentro do direito deve caminhar não apenas através da positivação de normas favoráveis às mulheres, mas no sentido de buscar mudanças radicais nos planos institucional, jurídico e cultural de modo que se inclua igualmente ambos os sexos nos círculos decisórios públicos e privados, construindo um conceito de direito e política, segundo a categoria apresentada por Herrera Flores, radicalmente *antisexistista*.

Neste mesmo sentido, Alda Facio (1999) oferece uma concisa e concreta metodologia de análise de textos legais para se chegar a conclusões e soluções não-sexistas do direito. Ela afirma que, para se realizar uma análise jurídica não-sexista, é preciso adotar, primeiramente, um conceito amplo de direito, que deve contemplar os seguintes componentes: o *formal-normativo*, o *institucional-estrutural* e o *político-cultural*. Tais componentes não consistiriam uma realidade fragmentada e dividida, eles seriam três elementos de uma mesma realidade, só separáveis a nível pedagógico.

O componente *formal-normativo* do direito não abarcaria apenas as normas positivadas do ordenamento jurídico, mas todo o conjunto de regras que institucionalizam determinados comportamentos, compreendendo-se que tais comportamentos são impostos por quem tem o poder de dizer o direito, criando a conformidade social e o senso comum do que é certo e do que é errado. O componente *institucional-estrutural* irá se referir, não apenas às instituições que criam, aplicam e tutelam as normas, mas ao conteúdo que tais instituições dão a estas normas, ao

selecioná-las, combiná-las e interpretá-las, atentando-se para as finalidades buscadas ao realizar essas interpretações. Deve ser observado que os significados dos fatos e normas são atribuídos em função da cultura jurídica dominante, fazendo com que determinadas normas, reiteradas cotidianamente, tenham mais eficácia jurídica do que outras, propositalmente não levadas em conta, pois o juiz ou o administrador, por exemplo, não só estão sujeitos a normas preexistentes e a regras institucionais, mas também a valores, ideais, paixões, interesses concretos e condições factuais de sua atuação jurisdicional. Por fim, o componente *político-cultural* não leva em conta apenas o conhecimento que a sociedade tem acerca das leis, mas também observa que o conteúdo destas não representa apenas a pura redação legal/formal dada pelo legislador, pois dependerá sempre da interpretação que a comunidade e que os Tribunais derem a elas. Uma norma será considerada não apenas conforme foi criada, mas também de acordo com o que os tribunais assim decidam.

Facio, assim, afirma a importância crucial da ampliação dos conceitos de validade formal, aplicação, interpretação e eficácia das normas. Ela observa que o direito não pode ser concebido como uma máquina auto-suficiente, que caminha por si só, mas, pelo contrário, deve-se atentar para o fato de que, por trás de todo esse sistema jurídico, há uma gama de relações de poder, que, revestidas por características ditas universais, abstratas e neutras, evitam a percepção da presença de ideologias e relações fáticas de poder.

O resultado disso é que, se analisarmos as normas, suas teorizações, e a consequência de sua aplicação a coletivos tradicionalmente marginalizados, perceberemos as dificuldades existentes a nível jurídico e institucional para incluir suas expectativas e seus valores no corpo normativo, no nível teórico e no cotidiano da vida jurídica, pois o patriarcado está situado bem na base da cultura jurídica dominante. E, de acordo com a metodologia anti-sexista traçada por Alda Facio, é preciso revelar e analisar criticamente as características patriarcais da cultura jurídica, de modo que elas não mais imponham um único ponto de vista, nem tragam consigo uma leitura particular e parcial da realidade, como se fosse única e universal. E para que isso ocorra, é preciso conceber o direito de modo que os três componentes (*formal-normativo*, *institucional-estrutural* e *político-cultural*) estejam relacionados em prol de uma igualdade real.

Lentamente, é possível observar que os sistemas jurídicos têm dado passos em direção a uma evolução no sentido de atingir a igualdade entre homens e mulheres.

Todavia, determinados campos do direito parecem mostrar-se mais resistentes. Harari e Pastorino (2000, p. 1) apontam que nas disciplinas de direito privado, mais precisamente naquelas que regem as relações entre homens e mulheres dentro da família, a lentidão das mudanças jurídicas parece mais evidente, uma vez que este é o espaço no qual se espera comportamentos específicos de ambos os sexos. Sendo assim, “a aceitação dos princípios de igualdade de gênero por parte da legislação nem sempre tem um correlato no discurso judicial”²⁶ e, em virtude disto, “os juízes seguem aplicando uma escala de valores que as novas normas deixaram de lado”²⁷.

Nesse sentido, o direito brasileiro tem sofrido nas últimas décadas, diversas transformações visando a proclamação da igualdade formal entre homens e mulheres no ordenamento jurídico. Ao lado disto, seguindo as diretrizes da nova ordem constitucional, o Código Civil não mais considera a distinção entre famílias legítimas e ilegítimas, não consistindo mais, o casamento, na única forma de se construir uma relação familiar. A conjuntura contemporânea do direito de família parece apontar para uma maior abertura e respeito aos direitos das mulheres e aos novos modelos de família. Entretanto, o que se pôde constatar, em decorrência da investigação realizada, é que o direito de família brasileiro, a despeito de todas estas transformações, mostra-se especialmente conservador no que se refere ao casamento e ao seu lugar social dentro do direito. A maior parte dos autores civilistas considera o casamento como a mais importante instituição jurídica existente. E, mesmo diante de uma variedade de novos modelos de constituição da vida familiar, o matrimônio continua sendo consideravelmente dignificado dentro da doutrina, a uma diferença muito grande dos demais modelos.

O casamento é, portanto, demasiadamente protegido dentro do direito brasileiro e sua prescrição doutrinária ocupa quase que inteiramente os manuais que versam sobre o direito de família. O direito, como um todo, não possui interesse em resguardar as demais formas de constituição familiar, nem de ceder às pressões sócio-culturais de evolução, uma vez que isto representaria o abandono do principal contrato que ratifica o

26 Tradução de: “la aceptación de los principios de igualdad de género por parte de la legislación no siempre tiene un correlato en el discurso judicial”.

27 Tradução de: “los jueces siguen aplicando una escala de valores que las nuevas normas dejaron ya de lado”.

patriarcado e que cria a família monogâmica burguesa. Ao direito não interessa abrir mão da segurança patrimonial que emerge das relações conjugais, sendo, inclusive, facilitada a transformação da união estável em casamento civil, a fim de resguardá-la ainda mais seguramente. Depreende-se, destas constatações, que a família, embora não seja mais categorizada em termos de legitimidade, ainda assim é pressuposta (pré-concebida) como sendo formada por marido (chefe de família), esposa e filhos, e a existência de outros modelos ainda causam estranheza ao direito. A própria regulação excessiva do casamento evidencia o quanto a plataforma jurídica visa manter estáticas as relações conjugais, não permitindo que outras formas de casamento possam surgir, e nem que se busque relacionar-se no contrato matrimonial do modo que melhor convier aos nubentes. As relações, na realidade, precisam existir dentro do mesmo modelo, a fim de permitir que os mesmos direitos conjugais sejam garantidos e que as mesmas relações de sujeição sejam mantidas, conservadas e controladas reiteradamente.

Assim sendo, o direito permanece enquanto instrumento de difícil uso estratégico por parte dos movimentos de mulheres. Por um lado há quem ache possível este diálogo, através de metodologias reformistas e de transformações paulatinas, e por outro, há quem rechace completamente a possibilidade de dialogar com um sistema construído desde sempre sob parâmetros masculinos. De toda forma, seja qual for a estratégia utilizada, não há como ignorar a existência do direito como principal agente normativo estatal e como produtor de cultura. É preciso que a reflexão acerca do direito esteja presente nas reflexões críticas feministas, e que a realidade concreta das decisões judiciais que vão de encontro aos direitos humanos das mulheres (como no objeto da pesquisa em questão) estejam a todo tempo visíveis neste debate sobre o direito. Assim, ao mesmo tempo em que as desigualdades são comprovadas e denunciadas, seja socialmente, seja academicamente, reflexões e estratégias são construídas para que o diálogo entre feminismo e direito seja cada vez mais construído em parceria.

5 REFERÊNCIAS

DIAS, Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v6. 21ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

IBGE (2011). **Número de casamentos cai pela primeira vez desde 2002: 2,3%.**

Disponível

em:

<

[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1753)

[id_noticia=1753](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1753)> Acesso em: 10/11/2011.

KYMLICKA, Will. **O Feminismo**. In **Filosofia política contemporânea**, São Paulo: Martins Fonte

LAURENT. **Principes de droit civil français**, 5. ed., Bruxelles, 1893.

MACKINNON, Catherine. **Feminism unmodified: discourses on life and law**. London: Harvard University Press, 1987.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. **Jefferson Luiz Camargo**, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista estudos feministas**, Florianópolis, 16 (2): 440, p. 303-332, maio-agosto. 2008.

OLSEN, Frances. **El sexo del derecho**, in David Kairys (ed.), **The politics of law**, Trad. Mariela Santoro y Christian Courtis, p. 452-467, Nueva York, 1990.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PISCITELLI, Adriana. Re-criando a (categoria) mulher? In: **A prática feminista e o conceito de gênero. Textos didáticos**. N. 48. Campinas: Departamento de História, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 6vol. 28Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

VELOSO, Renato. Relações de gênero: notas introdutórias. **Revista Enfoques** N. 1. Rio de Janeiro: S/Ed, 2003.

WALD, Arnaldo. **Direito de família**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988.