

## A MULHER E O PODER JUDICIÁRIO

MARIA BERENICE DIAS

Juíza de Alçada — RS

Com a Revolução Francesa, houve uma ânsia pela igualdade a qual passou a ser consagrada na parte inicial de todas as Constituições. O igualitarismo formal que vem decantado enfaticamente na Carta Constitucional em duas oportunidades — arts. 5.º, I, e 266, § 5.º não basta, por si só, para se alcançar a absoluta equivalência social e jurídica de homens e mulheres.

Forte é a resistência à aceitação dos novos papéis desempenhados pela mulher. Aceita-se com mais facilidade sua profissionalização até por fatores econômicos, assim como, de forma ainda tímida, sua participação política. Maior é o preconceito quanto às modificações do desempenho feminino que ponham em risco a moralidade da família. Nos processos envolvendo relações familiares é onde mais se vê que a profunda evolução legislativa ocorrida nos últimos tempos não bastou para alterar o discurso dos juízes.

O Poder Judiciário ainda é uma das instituições mais conservadoras e sempre manteve uma posição discriminatória quanto ao gênero masculino-feminino, em face de uma visão estereotipada da mulher, exigindo-lhe uma atitude de recato e impondo-lhe uma situação de dependência. Ainda se vislumbra nos julgados uma tendência eminentemente protecionista e que dispõe de uma dupla moral. Nas decisões judiciais aparecem com extrema frequência os termos: inocência da mulher, conduta desregrada, perversidade, comportamento extravagante, vida dissoluta, situação moralmente irregular, expressões com uma forte carga ideológica.

Em alguns temas, vê-se com bastante clareza que, ao ser feita uma avaliação comportamental dentro de requisitos de adequação a determinados papéis sociais, é desconsiderada a liberdade da mulher.

A guarda dos filhos sempre foi outorgada ao cônjuge inocente. A noção de inocência e culpa foi guindada pelo legislador como conceito norteador, afigurando-se como um prêmio ou recompensa para a atribuição da guarda. Tanto a legislação civil como a Lei do Divórcio defere, no entanto, um poder discricionário ao juiz para decidir diferentemente em proveito do próprio menor. Inúmeros os julgados, porém, estabelecem uma certa confusão entre a vida sexual da mulher e sua capacidade de ser boa mãe, deixando de ser considerados aspectos econômicos, afetivos e culturais para o pleno desenvolvimento dos filhos. Olvida-se o interesse do menor, que é o de ter as melhores condições possíveis de vida, sem qualquer vinculação com a

liberdade sexual da mãe. Normalmente é analisada sua conduta, sendo tolerada a guarda ante o comportamento discreto da mãe. Necessário é priorizar o direito da criança, restando por se alterar a guarda somente em situações extraordinárias e excepcionais que possam vir em prejuízo do filho. Até na Declaração dos Direitos Universais da Criança consta o direito de a mãe permanecer com os filhos de tenra idade.

Com o advento da Lei do Divórcio é que emergiram novos valores sociais referentes à dignidade da mulher e sua autonomia, liberdade e privacidade na área da sexualidade. O concubinato da mãe começou a ser visto como um fato social comum, aceito e respeitado, deixando de ser imoral e reprovável a ser considerado na atribuição da guarda dos filhos. Portanto, somente quando existe uma situação que se arremeda à família tradicional é concedido à mãe o direito à companhia dos filhos.

No que diz respeito ao uso do nome do marido, dispondo de uma conotação simbólica, ligado ao direito de personalidade, também há um colorido dominador. A escolha da lei pela preservação da família patriarcal já revela uma postura discriminatória, privilegiando o homem, pois não prevê a possibilidade deste adotar os apelidos da mulher. O Código Civil determinava a assunção pela mulher dos apelidos do marido, direito que perdia ao ser condenada na ação de desquite. Pela Lei do Divórcio o acréscimo dos apelidos do marido restou facultativo, sendo da mulher a opção de continuar a usar o nome de casada quando da separação judicial. Se tem a iniciativa da ação de separação, ou quando é vencida na demanda, volta ao nome de solteira. A tendência dominante, tida como mais liberal, reconhece, mesmo no divórcio, a escolha do nome como um direito de personalidade da mulher. Condiciona, no entanto, o uso à sua conduta, pois, se inadequada, poderia enxovalhar o nome do marido. Ora, esta restrição não encontra respaldo legal. A culpa, a ensejar a perda do nome, é aferível tão-só para a identificação da causa da separação e do responsável pela ruptura do casamento. O nome está relacionado à própria identidade social do indivíduo, tendo grande valor pessoal e, como se agrega à pessoa, descabe perquirir a postura sexual para, como uma apenação, condicionar o seu uso.

Quanto à pensão alimentícia, necessário não olvidar que, em face da igualdade insculpida na norma constitucional, não se pode mais pleitear alimentos com base na dependência, mas somente invocar a necessidade de assistência. O Código Civil, ainda com seu nítido perfil patriarcal, impunha ao homem a manutenção da família, só merecendo alimentos a mulher inocente e pobre, cessando o dever de sustento no caso de abandono do lar sem justo motivo. Estes conceitos, encharcados de subjetividade, abrem perigoso caminho para a interferência da moralidade.

Já a Lei do Divórcio atribuiu aos cônjuges, reciprocamente, a obrigação de pensionamento, impondo-a ao responsável pela separação, afigurando-se como reparação ao dano decorrente do desfazimento da sociedade conjugal, a evidenciar mais um caráter indenizatório do que alimentar. A maior preocupação da jurisprudência não diz com a necessidade, mas com a conduta moral da mulher, revelando-se a honestidade como condição para obter o pensionamento. A concessão de alimentos é condicionada direta e exclusivamente à abstinência sexual. O exercício da liberdade leva ao reconhecimento da perda da inocência, fazendo cessar a obrigação alimentar. Assim,

a castidade deve ser perene e não só aferível no momento da separação. Necessário não olvidar, no entanto, que nenhuma norma explícita ou implicitamente submete o direito a alimentos à vida celibatária. Se existir a necessidade de um e a possibilidade de prestar do outro, a vida sexual ou afetiva é área de indevassável intimidade. A castidade não integra o suporte fático do direito, não se podendo perquirir o perfil moral do necessitado. O direito a alimentos não é uma recompensa a virtudes morais, e tem natureza ético-social e não, ético-sexual. A exoneração não se pode dar pelo simples relacionamento amoroso do alimentado, se não ocorrer a desnecessidade superveniente do credor.

Permanece a carga ideológica no sentido de que pelo concubinato o encargo alimentar é transmitido ao companheiro, sucessão de tutela que reforça a posição de dependência econômica da mulher. Esta postura, conjugada com a atual orientação dos juízes de negar pensão em decorrência de relação concubinária, leva a uma difícil situação quem necessita de alimentos. Mesmo cessando o concubinato não é devolvido o direito de pleitear alimentos.

Estas situações, pinçadas como mera amostragem, evidenciam a necessidade de uma profunda reflexão para que se aparem diferenças as quais não têm mais sentido na sociedade atual. Os operadores do direito precisam atentar que não pode persistir esta odiosa diferenciação de gênero, fazendo-se imperioso eliminar qualquer resquício de discriminação contra a mulher. É necessária uma revisão crítica e uma nova avaliação valorativa do fenômeno social, para que se alcance a perfeita igualdade.