

Algumas reflexões sobre guarda de filhos, nome e alimentos

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

Palestra proferida na Oficina de Capacitação sobre Violência e Gênero - THEMIS - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, em 08.09.1994, na cidade de Porto Alegre – RS.

Com a Revolução Francesa, houve uma ânsia pela igualdade, princípio que passou a ser consagrado na parte inicial de todas as constituições. Na Carta Constitucional brasileira, o igualitarismo formal vem decantado enfaticamente em duas oportunidades (arts. 5º, inc. I, e 266, §5º). Porém, a constitucionalização da igualdade não basta, por si só, para alcançar a absoluta equivalência social e jurídica de homens e mulheres.

Forte é a resistência em reconhecer os novos papéis desempenhados pela mulher. Aceita-se com mais facilidade sua profissionalização até por fatores econômicos, mas tímida é sua participação na vida pública. Nos processos envolvendo relações familiares é onde mais se vê que a 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, exige a Justiça uma atitude de recato, impondo-lhe uma situação de dependência. Persiste nos julgados uma tendência eminentemente protecionista, o 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 que contêm 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 é guindada pelo legislador como preceito norteador, consistindo a inocência verdadeiro prêmio ou recompensa para a atribuição da guarda. Mas tanto a legislação civil como a Lei do Divórcio deferem um poder discricionário ao juiz para decidir diferentemente em proveito do próprio menor. Inúmeros julgados, porém, estabelecem uma certa confusão entre a vida sexual da mulher e sua capacidade de ser boa mãe, deixando de considerar aspectos econômicos, afetivos e culturais para o pleno desenvolvimento dos filhos. Olvida-se o interesse do menor de ter as melhores condições possíveis

de vida, sem qualquer vinculação com a liberdade sexual da genitora. Normalmente é analisada sua conduta, sendo tolerada a guarda se apresenta um comportamento discreto. Necessário, no entanto, é priorizar o direito da criança, alterando-se a guarda somente em situações extraordinárias e excepcionais que possam vir em prejuízo do filho. Até na Declaração dos Direitos da Criança consta o direito de a mãe permanecer com os filhos de tenra idade.

Com a Lei do Divórcio, 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 reprovável para a atribuição da guarda dos filhos. Porém, somente quando existe uma situação que se arremeda à família tradicional, é concedido à mãe o direito à companhia dos filhos.

No que diz com o uso do nome do marido, tema que dispõe de uma conotação simbólica, pois ligado ao direito de personalidade, também há um colorido dominador. A identificação do núcleo familiar pelo nome do varão evidencia a preservação da família patriarcal e revela uma postura discriminatória do legislador que privilegia o homem, pois não prevê a possibilidade de este adotar os apelidos da mulher. O Código Civil¹[1] obrigava a mulher a adotar os apelidos do marido, direito que perdia ao ser condenada na ação de desquite. Pela Lei do Divórcio, o acréscimo do nome do varão é facultativo, sendo da mulher a opção de continuar usando o nome de casada quando da separação judicial. Quando a iniciativa da ação de separação é da mulher, ou quando é ela vencida na demanda, volta compulsoriamente ao nome de solteira.

A tendência jurisprudencial dominante, tida como mais liberal, reconhece, mesmo no divórcio, que a escolha do nome é um direito de personalidade da mulher. Condiciona, no entanto, a permanência do uso à sua conduta, pois, uma postura inadequada, pode enxovalhar o nome do marido. Ora, essa restrição não encontra respaldo legal. A identificação da culpa, a ensejar a perda do nome, é aferível tão-só no momento da separação, para saber quem é o responsável pela ruptura do casamento. Após, se permaneceu a mulher com o direito de uso do nome, nada cabe questionar sobre sua vida e comportamento. O nome está relacionado à própria identidade social, contendo grande valor pessoal. É um atributo que se agrega à pessoa, descabendo perquirir a vida sexual da mulher para, como uma pena, limitar o seu uso.

Quanto à pensão alimentícia, necessário não olvidar que, em face da igualdade inculpada na norma constitucional, a obrigação mudou de natureza. Não podem mais as mulheres pleitear alimentos com base na condição de dependência, somente cabendo invocar necessidade de assistência. O Código Civil, ainda com nítido perfil patriarcal, impunha ao homem a manutenção da família. Só merecia alimentos a mulher inocente e pobre, cessando o dever de sustento no caso de abandono do lar sem justo motivo. Esses 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. Afigura-se esse

pressuposto como verdadeira reparação do dano decorrente do desfazimento da sociedade conjugal, mais de 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. Assim, a concessão de alimentos à mulher é condicionada direta e exclusivamente à abstinência sexual. O exercício da liberdade leva ao reconhecimento da perda da inocência, fazendo cessar a obrigação alimentar. 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 a uma vida celibatária. Se existir a necessidade de alimentos 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 a alimentos, não se podendo perquirir o perfil moral do necessitado. Os alimentos não são uma recompensa a virtudes morais, possuindo natureza ético-social, e não ético-sexual. A exoneração não se pode dar pelo simples relacionamento amoroso da alimentada, se não ocorrer desnecessidade superveniente.

Permanece a carga ideológica no sentido de que pelo concubinato o encargo alimentar é transmitido ao companheiro, sucessão do dever de assistência que reforça a posição de dependência econômica da mulher. Essa 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 cessado o concubinato, não é devolvido o direito de pleitear alimentos.

Essas situações, pinçadas como mera amostragem, evidenciam a necessidade de uma profunda reflexão, para que se aparem diferenças que não têm mais sentido na sociedade atual. Os operadores do Direito precisam ver que não pode persistir essa 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.

(Este artigo, em uma versão mais condensada e sob o título de “A mulher e o Poder Judiciário”, foi publicado no Jornal do Comércio, Porto Alegre – RS, 01/8/1994; Revista de Processo, nº 76, out-dez/94, p. 104-106; Revista do Ministério Público do RS, nº 34, p. 161/163, 1995; Revista do Advogado do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, nº 21, p. 50/51, dez/95 a jun/96 e CD-ROM Coletânea Doutrinária, da Editora Plenum).

1[1] A referência é ao Código Civil de 1916.