

UNIVERSIDADE SANTO AMARO
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*
em Ciências Humanas

Janaina Galani Cruz Tomasevicius

**JURISPRUDÊNCIA COMO MEMÓRIA SOCIAL:
ANTECEDENTES DA LEI DO DIVÓRCIO**

São Paulo

2018

Janaina Galani Cruz Tomasevicius

**JURISPRUDÊNCIA COMO MEMÓRIA SOCIAL:
ANTECEDENTES DA LEI DO DIVÓRCIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Santo Amaro - UNISA, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas.

Orientadora: Profa. Dra. Eliane de Alcântara Teixeira.

São Paulo

2018

Tomasevicius, Janaina Galani Cruz

Jurisprudência como memória social: antecedentes da Lei do Divórcio / Janaina Galani Cruz Tomasevicius. - São Paulo, 2018.

105 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Santo Amaro, 2018.

1. Divórcio 2. Jurisprudência 3. Memória social 4. Revista dos Tribunais 5. Revolução dos Costumes. I. Alcântara, Eliane de Teixeira, orient. II. Jurisprudência como memória social: antecedentes da Lei do Divórcio.

Janaina Galani Cruz Tomasevicius

**JURISPRUDÊNCIA COMO MEMÓRIA SOCIAL: ANTECEDENTES DA
LEI DO DIVÓRCIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Santo Amaro - UNISA, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas.

Orientadora: Profa. Dra. Eliane de Alcântara Teixeira.

São Paulo, 21 de março de 2018.

Profa. Dra. Eliane de Alcântara Teixeira
(Orientadora)

Profa. Dra. Alzira Lobo de Arruda Campos
(Membro)

Prof. Dr. Antonio Carlos Morato
(Membro)

Conceito Final: _____

Dedico este trabalho a meu esposo e à minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que me ajudaram neste processo de construção desse conhecimento.

Em primeiro lugar, à minha querida professora e orientadora, Profa. Dra. Eliane de Alcântara Teixeira, por sua compreensão, amabilidade, paciência e orientação nas reuniões e leituras das versões parcial e final.

À minha professora Profa. Dra. Alzira Lobo de Arruda Campos, que também contribuiu para a elaboração dessa dissertação desde o início.

À biblioteca das Faculdades Integradas “Campos Salles”, que me franqueou o acesso a todos os volumes da *Revista dos Tribunais* disponíveis em seu acervo.

Agradeço, imensamente, a meu esposo e à minha família, que me incentivaram o tempo todo para que eu conseguisse chegar até o final.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo a análise da jurisprudência como fonte de memória social. Direito tem várias definições, mas, no Brasil, merece destaque a Teoria Tridimensional do Direito, desenvolvida por Miguel Reale, segundo a qual direito não é apenas norma, mas também os fatos e valores sociais que levam à criação da norma jurídica. A jurisprudência, que é o conjunto de decisões de um tribunal sobre determinado assunto, é importante fonte do Direito, porque serve de exemplo de como os fatos ocorridos e levados ao conhecimento dos desembargadores, somados aos valores da época, produzem normas jurídicas sob a forma de acórdãos. Com o intuito de exemplificar como a jurisprudência é fonte de memória social, estudou-se a questão do divórcio no Brasil entre 1962 e 1977. A metodologia usada nessa dissertação consistiu na seleção de acórdãos publicados na *Revista dos Tribunais* nesse período, além de ter-se elaborado revisão bibliográfica dos conceitos de Direito, fontes do Direito e jurisprudência, bem como a contextualização da época para servir de apoio para a compreensão das transformações sociais em análise. Como resultados obtidos, concluiu-se que, por meio da jurisprudência, que é uma construção coletiva, foi possível extrair deles a memória social neles contida e lembrar-se dos sofrimentos das pessoas devido à impossibilidade do divórcio no Brasil e a insuficiência do desquite para a solução dos problemas conjugais.

Palavras-chave: Divórcio; Jurisprudência; Memória social; Revista dos Tribunais; Revolução dos Costumes.

ABSTRACT

This dissertation aims at an analysis of case law as a source of social memory. Law has many meanings, but in Brazil it is worth mentioning the Three-Dimensional Theory of Law, developed by Miguel Reale, according to which Law is not only rules, but also facts and social values that lead to the creation of them. Case law, which is the set of decisions of a court on a particular subject, is important source of law, because serves as an example of how facts and values brought to the attention of justices form judgments. In order to exemplify how case law is a source of social memory, the question of divorce in Brazil should be analyzed from 1962 to 1977. The methodology used in this dissertation consisted in the selection of cases published by the *Revista dos Tribunais* of the period, as well as a bibliographical review of the concepts of Law, sources of Law and case law, besides the contextualization of the time to serve as support for the understanding of the transformations under analysis. As results obtained, it was concluded that, through case law, which is a collective construction, it was possible to extract the social memory inside them and to remember the sufferings of the people due to the impossibility of the divorce not Brazil and insufficiency of “desquite” for the solution of marital problems.

Keywords: Divorce; Case Law; Social Memory; Revista dos Tribunais; Revolution of Morals.

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Lei e jurisprudência, memória e história	15
1.1. Direito – o fato, o valor e a norma	16
1.2. As fontes do Direito: leis, costumes, jurisprudência, negócio jurídico e doutrina	20
1.3. A opinião dos historiadores sobre o conceito de História	26
1.4. A memória individual e memória coletiva	37
2. Sociedade, Direito e o problema do divórcio	45
2.1. O contexto social da época	46
2.2 A emancipação jurídica da mulher	58
2.3. A luta pelo divórcio no Brasil	62
3. Memória e jurisprudência na <i>Revista dos Tribunais</i>	74
Considerações Finais	94
Referências	101

Introdução

Em 26 de dezembro de 2017, fez-se quarenta anos da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal por meio do divórcio, com a promulgação da Lei nº 6.515. Nos dias atuais, inclusive, os casais podem divorciar-se diretamente, sem a necessidade de pedido prévio de separação judicial.

Porém, nem sempre foi assim. O divórcio no Brasil foi uma conquista política e também social.

Era um problema que se manifestava desde a época colonial. O Concílio de Trento, que, no Brasil, teve vigência sob a forma das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, de 1707, e manteve sua vigência pela Lei n. 34, de 3 de novembro de 1827, regulava o sacramento do matrimônio.

Em 1889, proclamada a República, houve a separação da Igreja e o Estado, que se tornou laico. Com isso, surgiu a necessidade de regular os casamentos pelo direito civil. O Decreto nº 181, de 1890, usava o termo “divórcio” para regular a separação do casal, mas este não dissolvia o casamento, mantendo o casal vinculado entre si, impedindo-os de casar novamente. O Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Bevilacqua, reproduziu as normas de 1890, substituindo apenas o termo “divórcio” por “desquite”. Essa proibição da dissolução da sociedade conjugal tornou-se mais intensa pelo fato de a Constituição Federal de 1934 ter reiterado a proibição do divórcio. Essa regra se manteve nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional de 1969. Assim, pessoas que tentassem reconstruir suas vidas com novos parceiros desquitados, eram qualificadas de concubinos, portanto, estigmatizados na sociedade.

As mudanças de costumes ocorridas na segunda metade do século XX levaram muitas pessoas a exigir o divórcio para por fim ao vínculo jurídico entre os casais e não mais apenas o desquite, que os mantinha vinculados, embora separados de corpos. Entre as décadas de 1960 e 1970, havia defensores ardorosos do *statu quo ante*, entre os quais o Monsenhor Arruda Câmara; de outro lado, a favor do divórcio, o senador Nelson Carneiro. Somente em 1977 é que se fez emenda constitucional para revogar a referida proibição, cujo resultado direto foi a promulgação da Lei nº 6.515 meses depois, a qual,

finalmente, permitia a extinção da sociedade conjugal e o novo casamento, como se solteiros fossem.

A jurisprudência, que é o conjunto de decisões dos tribunais sobre determinado assunto, registrou as circunstâncias políticas, sociais e econômicas do passado, entre as quais a reclamação pelo divórcio. Por sua leitura e análise, é possível saber qual é ou qual foi o entendimento acerca de questões jurídicas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Partindo do que é observado na jurisprudência da *Revista dos Tribunais*, essa dissertação procura analisar o problema de como a jurisprudência é uma fonte de memória social, especialmente no período antecedente à Lei nº. 6.515, conhecida também como “Lei do Divórcio”.

Justifica-se essa proposta pelo fato de que, nos dias atuais, a ideia de família é bastante ampla e diferente do que era no passado. Enquanto antigamente o modelo era patriarcal, estruturado na desigualdade entre os cônjuges e permeado de valores religiosos, absorvidos na legislação sob a forma de proibições, entre as quais a do divórcio, o que dificultava a solução de conflitos conjugais, hoje se verifica uma repersonalização das relações familiares, baseada na socioafetividade e na pluralidade de modelos familiares.

Tendo a consciência de que as coisas não eram como são no século XXI, é importante se lembrar do passado, buscando referências de memória social para isso.

O objetivo geral dessa dissertação consiste em demonstrar que a jurisprudência é fonte de memória social, tendo em vista ser possível lembrar-se do passado, conhecer os valores, os costumes, conflitos e anseios por meio da sua leitura e análise. Propõe-se, ademais, examinar as transformações deste período e seus aspectos principais que foram importantes para que se admitisse o divórcio no Brasil.

Como objetivos específicos, procurou-se demonstrar que a jurisprudência reflete o modo como a sociedade tratou de determinados assuntos em determinada época. Buscou-se provar que, através da jurisprudência registrada em repositórios oficiais, é legado do passado para o futuro, o que permite conhecer como as pessoas lidavam com esses problemas, quais eram seus costumes e suas percepções diante destes fatos, além de como estes podiam impactar no futuro e até mesmo mudar a sociedade. Neste

trabalho, em especial, destacaram-se os dramas relativos às pessoas, que deixavam de viver juntas como casais, mas que permaneciam vinculadas juridicamente.

A elaboração dessa dissertação consistiu em pesquisa bibliográfica, pela qual, inicialmente, se fez a conceituação de direito, jurisprudência, história e memória. Em seguida, traçou-se o panorama da sociedade da época, suas transformações, além do problema do divórcio, com o intuito de entender o comportamento da sociedade e seus desdobramentos. Por fim, analisou-se a jurisprudência publicada pela *Revista dos Tribunais*, que é um dos repositórios oficiais de decisões judiciais, embora, nos últimos anos, esse serviço também é disponibilizado gratuitamente pelos *websites* dos Tribunais brasileiros.

Realizou-se ainda o levantamento das produções acadêmicas disponíveis no Banco de Teses da CAPES que tivessem relação com o tema dessa dissertação. Os verbetes utilizados para a referente pesquisa foram “divórcio”, “memória coletiva” e “jurisprudência”. De acordo com levantamento de análise externa, foram selecionados treze trabalhos da Universidade de São Paulo; três trabalhos da Universidade Presbiteriana Mackenzie, um trabalho de Faculdade de Direito de Vitória, um trabalho da Universidade Estadual de Campinas, um trabalho da Universidade Luterana do Brasil, um trabalho da Universidade Federal de Goiás e um trabalho da Universidade Católica de Salvador. Destes, quatorze trabalhos são dissertações de mestrado e sete são teses de doutorado. Quanto aos verbetes, houve nove dissertações de mestrado e duas teses de doutorado que utilizam o verbete “memória coletiva”. Suas publicações variam de 2006 a 2015. Acerca do verbete “divórcio”, foram cinco dissertações de mestrado e três teses de doutorado. Suas publicações variam de 2007 a 2015. Em relação ao verbete “jurisprudência” (“em si”) foram duas teses de doutorado. Suas publicações são de 2008 e 2011.

Todavia, na pesquisa, mesmo tendo sido encontrados por meio do uso dos verbetes, quase todos não tinham pertinência com o tema de pesquisa e, portanto, não puderam ser usados como referências bibliográficas do texto.

Essa dissertação teve como referencial teórico as obras que tratam de direito, jurisprudência, história, memória, costumes sociais e divórcio.

Embora seja vasta a bibliografia relativa aos conceitos de História, Memória e Direito, essa dissertação não tem o objetivo de esgotar o tema, mas, sim, trazer os principais referenciais teóricos sobre o assunto.

Quanto ao conceito de História, referência imprescindível é Marc Bloch, por ter sido ele um dos grandes historiadores franceses do século XX, com seus livros sobre a sociedade feudal e sobre os Reis Taumaturgos, e também um dos fundadores, em 1929, da denominada *Escola dos Annales*, movimento que revolucionou a forma de escrever sobre história, em razão da influência do marxismo renovado em seu pensamento. Na fase final da sua vida, Bloch escreveu a obra *Apologia da História* a qual restou inacabada em razão de sua morte em 1944, por ter sido fuzilado por Klaus Barbie, um nazista conhecido como *Açougueiro de Lyon* e um dos responsáveis pelo holocausto da Segunda Guerra Mundial. O objetivo dele era o de promover uma maior reflexão sobre a relação do ser humano, da sociedade e o tempo de construção da história da sociedade.

Outro historiador importante nesse trabalho é o britânico Edward Carr. Em uma de suas obras, intitulada *Que é história?*, ele demonstrou que a História é um processo contínuo de interação entre o historiador e seus fatos e um diálogo interminável entre o presente e o passado.

Também foram consultados o francês Jean Glénisson, importante historiador e arquivista paleográfico francês, que lecionou na Universidade de São Paulo, e Júlio Aróstegui, das Universidades Complutense e Carlos III, ambas de Madrid. Dentre as obras deste último, destaca-se *A Pesquisa Histórica: teoria e método*. Os trabalhos desses dois historiadores trazem contribuições para o conceito de História e de memória histórica. Keith Jenkins, historiador britânico que estudou a história medieval e moderna, fez uma síntese sobre o que é História e trabalhou com a ideia de que o historiador tem sempre uma metodologia a ser seguida na elaboração de sua pesquisa.

Com efeito, o pensador que mais contribuiu com o estudo da memória neste estudo foi Maurice Halbwachs, sociólogo francês da escola durkheimiana, criador do conceito de memória coletiva. Por essa razão, recorreu-se nesse trabalho mais vezes ao seu pensamento. Do mesmo modo, o filósofo francês Paul Ricoeur, o historiador francês Jacques Le Goff (1924-2014) e a psicóloga Ecléa Bosi também deixaram suas contribuições para o tema.

No que concerne ao conceito de Direito, destaca-se em primeiro lugar Miguel Reale, o qual ainda é o mais respeitado filósofo do Direito no Brasil, e que desenvolveu a Teoria Tridimensional do Direito, influenciando os juristas brasileiros que escreveram sobre o assunto.

Ao lado de Miguel Reale, consultou-se Hans Kelsen, jurista austríaco radicado nos Estados Unidos na época do nazismo, e que é conhecido como o maior expoente da filosofia do Direito no século XX, cuja principal obra é a *Teoria Pura do Direito*.

Karl Engisch, filósofo do Direito alemão autor de *Introdução ao Pensamento Jurídico* e Herbert L.A Hart, filósofo do direito inglês e professor de Oxford, são outras referências estrangeiras usadas nessa dissertação. Paulo Nader, da Universidade Federal de Juiz de Fora, Vicente Ráo, antigo professor da Universidade de São Paulo, e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, da mesma Universidade, também foram usados para esclarecer o conceito de direito.

Em se tratando de revolução dos costumes, a principal referência foi Eric Hobsbawm, historiador marxista britânico amplamente conhecido até mesmo nos círculos não acadêmicos, e que fez interessante síntese das mudanças ocorridas no século XX, principalmente sob o ponto de vista social.

Alzira Lobo de Arruda Campos, da Universidade de Santo Amaro, também foi usada nessa dissertação, em razão de seus conhecimentos em História e sua visão interdisciplinar da questão das transformações da sociedade e suas repercussões jurídicas, como se constata em *A interdisciplinaridade e as radicais transformações do pensamento científico* e *Casamento e Família em São Paulo Colonial: caminhos e descaminhos*.

Em relação ao divórcio, Washington de Barros Monteiro, professor de direito civil da Universidade de São Paulo, era uma das grandes vozes sobre o tema em sua época, ao ter exposto suas considerações em seu manual intitulado *Curso de Direito Civil – Direito de Família*.

Leonel Franca foi um teólogo e filósofo brasileiro que defendia a ideia de que o divórcio era um sintoma de decadência e de egoísmo social, portanto antídorcionista, sendo sua obra importante intitulada *O divórcio*.

Por outro lado, Nelson Carneiro, político e jornalista brasileiro que teve grande destaque enquanto parlamentar, e autor de *A luta pelo divórcio*, é conhecido por ter conseguido aprovar a Emenda Constitucional nº 1, de 1977, que deixava de proibir o divórcio no Brasil.

Quanto ao plano da dissertação, o Capítulo 1 apresenta o referencial teórico dos conceitos usados para a compreensão do problema da pesquisa. Definiu-se Direito, distinguindo, com base na Teoria Tridimensional do Direito, o fato, o valor e norma, o conceito de fontes do Direito, analisando-se as duas principais: a lei e a jurisprudência. Destacam-se o que os historiadores pensam sobre a História e a distinção entre memória coletiva e memória individual.

A análise da sociedade e do problema do divórcio foram os assuntos do Capítulo 2. Nesse sentido, faz-se de fundamental importância destacar o contexto social da época, os primeiros passos dessa longa jornada do processo da emancipação jurídica da mulher e a igualdade jurídica entre os homens e as mulheres. Em seguida, a diminuição da influência da Igreja Católica e a discussão acerca do divórcio.

No Capítulo 3 fez-se o estudo da jurisprudência na *Revista dos Tribunais* das décadas de 1960 e 1970, com o intuito de destacar os problemas advindos da proibição do divórcio no Brasil. O termo inicial escolhido foi a década de 1960, pois, nessa época, promulgou-se a Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, a qual foi um marco na luta pela igualdade jurídica entre homens e mulheres na sociedade. O termo final é 1977, pois, neste ano, foram promulgadas a Emenda Constitucional nº 1 e a Lei nº 6.515, as quais solucionaram esse problema social decorrente da indissolubilidade do casamento.

O número de acórdão utilizados neste último capítulo servirá para ilustrar a construção da memória social que ficou arraigada nestes acórdãos, evidenciando a necessidade de mudança legislativa para que as pessoas pudessem por fim ao casamento.

1. Lei e jurisprudência, memória e história

Este capítulo tem por objetivo trazer os conceitos sobre o Direito, especialmente como fato, valor e norma, explicados pela Teoria Tridimensional do Direito, desenvolvida pelo jurista brasileiro Miguel Reale, o qual demonstrou que o Direito não pode ser visto de forma isolada, como apenas uma norma a ser seguida. Ao contrário, a norma jurídica agrega e relaciona-se com os aspectos fáticos (fatos sociais e históricos) e com os aspectos axiológicos (os valores buscados pela sociedade, como a justiça, por exemplo).

Desse modo, deve haver sempre uma profunda comunicação entre os três aspectos; daí a escolha dessa teoria.

Depois necessário será conceituar e explicar quais são as fontes do Direito, que, em síntese, são os meios pelos quais se estabelecem as normas jurídicas. Em que pese o fato de serem cinco as principais fontes - lei, costume, negócio jurídico, doutrina e jurisprudência -, aqui se reservará o espaço apenas para falar da lei e da jurisprudência como fontes do Direito, porque são estas duas que têm relevância para o desenvolvimento deste trabalho.

Enquanto a lei é norma jurídica que deve ser seguida de maneira geral por toda a sociedade, a jurisprudência por sua vez, é a aplicação do direito pelos tribunais nos casos concretos para a solução dos conflitos gerados pela sociedade.

Ainda neste capítulo se estudará como os historiadores pensam a História. Sobre esse assunto se constatarão as especificidades no modo de pensar dos autores. Verificar-se-á a distinção entre memória individual e memória coletiva e que História e memória e não são sinônimos. Enquanto História são os conhecimentos relativos ao passado de uma determinada sociedade, numa determinada época e lugar, abordados por historiadores que selecionam fatos a partir de uma seleção de critérios metodológicos e estabelecidos por ele, a memória são as lembranças que registram as circunstâncias políticas, sociais e econômicas do passado e que servem como um legado desse passado. A distinção entre História e memória é necessária para definir se jurisprudência é História ou memória.

1.1. Direito – o fato, o valor e a norma

Nas ciências sociais, as palavras podem ter diversos significados. Não poderia ser diferente no Direito, que também é uma ciência social. Os vocábulos têm sentidos diversos e às vezes conflitantes. A própria palavra Direito é ambígua e até hoje não se chegou a um consenso sobre esse conceito.

Como afirmou Reale (1999, p.498), “as “palavras cardeais” da cultura e da civilização, como liberdade, justiça, igualdade etc, todas elas não comportam univocidade peculiar às coisas neutras para o mundo dos valores”. Por este motivo, as mudanças da palavra “Direito” e suas interpretações acompanham a história do ser humano.

Para Kelsen, antes de conceituar o Direito, é necessário determinar seu objeto, que, na verdade, são os fenômenos sociais. Ao confrontar esses objetos, que, em diferentes povos e épocas, são designados como “Direito”, resulta que todos são ordens de conduta humana. Essa ordem, por sua vez, é um conjunto de normas jurídicas que regulam as condutas humanas. Ainda segundo este autor, o Direito é uma ordem coercitiva, “no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis”. (1996, p.33-35)

Conclui-se então, que o Direito é uma norma de conduta destinada ao estabelecimento de ordem, pois se coloca contra situações não desejadas e principalmente contra condutas humanas indesejáveis, aplicando uma privação à vida, a saúde, liberdade, como uma forma de coação a fim de coibir essa conduta.

Quando se fala em Direito, a primeira coisa que vem à mente é a ideia de ser um conjunto de normas, regras, preceitos, leis, que devem ser seguidas e que determinam assim o modo de agir das pessoas. Mas, ao ser apreciado mais atentamente pelos sociólogos, estes considerarão o Direito como um fato ou fenômeno social, “subordinado a um conjunto de hipóteses das quais resultarão sempre determinadas consequências.” (REALE, 1999, p.499).

O Direito foi, supostamente, em primeiro lugar, uma experiência que o ser humano viveu como uma norma coletiva com independência e poder de coerção sobre

si (fato social), motivada principalmente pelos aspectos religiosos. Todo fato jurídico, como um acontecimento de origem natural, e que gera consequências históricas, sempre permeou a sociedade. É importante notar que somente depois o ser humano passou a ter a consciência de que o fato vivenciado por ele se tornaria fato jurídico e objeto de ciência autônoma, a saber, o Direito.

Para Engisch, o Direito é “um elemento essencial da comunidade” e não há ninguém que não viva sob ele e que não seja por ele “constantemente afectado e dirigido” (1996, p.12).

Já Hart analisou o Direito sob três questões recorrentes. Para ele, duas destas surgem da característica de que “certas espécies de conduta humana já não são facultativas, mas obrigatórias em *certo* sentido” (2007, p. 10). Em outras palavras, o ser humano pratica determinada conduta não porque é de sua vontade, mas porque é compelido a realizá-la, sob pena de sofrer determinadas consequências se assim não proceder.

Dentro dessa esfera de conduta obrigatória não facultativa, tem-se dois sentidos. O primeiro deles é o de que tal conduta será praticada porque o ser humano é forçado a fazê-lo, como no caso, por exemplo, de um assalto, em que a vítima é obrigada a agir assim para não sofrer punições; portanto, uma ordem baseada em ameaças. O segundo deles é o de que, para cada conduta reprovável, haverá uma punição advinda de uma lei. É o caso de uma lei penal ou qualquer outra do ordenamento jurídico.

Outra questão abordada por Hart é a de que a conduta pode não ser facultativa, mas obrigatória; neste caso, estaria, portanto, ligada às regras morais que impõem obrigações e tiram a liberdade dos indivíduos de agirem como bem quiserem.

A terceira e última questão abordada sobre “o que é direito”, é mais geral. Hart definiu Direito como regra e fez a diferença da regra jurídica com relação à regra social. Enquanto a primeira é “a consequência previsível é definida e organizada de forma oficial”, a segunda, “embora seja provável uma reação hostil semelhante perante o desvio, esta não é organizada, nem definida em substância”. (2007, p. 13-15)

Nos primórdios, o Direito era vivido como um fato estipulado pela ordem cósmica, que organizaria todas as manifestações e coibia os desejos e as vontades arbitrárias sendo mais tarde entendido como a ordem do próprio mundo, onde o ser

humano passou a ser responsável por seus próprios atos e comportamentos. Conforme observado por Reale, o ser humano é

governado, como se sabe, por um complexo de regras ao mesmo tempo religiosas, morais, jurídicas, indiferenciadas no bojo dos *costumes*, elaboradas no anonimato do viver coletivo, exigidas por chefes e sacerdotes. Durou milênios o processo de diferenciação das regras que hoje governam órbitas distintas de conduta, sendo possível que a consciência do justo tenha sido precedida pela força e da astúcia. (1999, p.500).

Nesse sentido, o Direito representa como se organizava e se organiza uma sociedade para manter a ordem. A ordem social em que o Direito ainda se organizava, tinha as concepções de mundo físico e de mundo moral, que andavam inseparáveis, pois o Direito não estava formalmente organizado como poder.

Segundo Reale (1999), a ordem social se enlaçava e envolvia em todos os momentos e circunstâncias com a força dos costumes. Na descoberta dessa ordem, que era produto de sua própria existência histórica, o ser humano não atribuiu a si mesmo a criação paulatina daquele mundo, mas o concebia como uma dádiva da divindade, graças a cuja interferência a natureza e a sociedade eram arrancadas do caos.

A justiça, por sua vez, era a força que determinava a passagem do caos para o cosmos, “servir à Justiça era servir a Deus, de maneira que o homem se sentiu ligado nos seus comportamentos. Os laços resultantes do ideal de Justiça foram recebidos como lei”. Nesse sentido, explicou Reale (1999) que, na ideia de lei, existe sempre a consciência de uma força extrínseca à lei mesma, ditando o comando e tutelando-o e que lei é sinônimo de legislador, daquele que enuncia o caminho, a direção; e também daquele que garante o cumprimento do que determina.

Várias foram as teorias criadas sobre o Direito. No entanto, a que tem maior espaço no Brasil é a *Teoria Tridimensional do Direito*, na qual se chegou à conclusão de que não seria mais viável definir o direito simplesmente como norma, mas sim em sentido tríplice, unificando três concepções, a saber: o sociologismo jurídico, o moralismo jurídico e o normativismo abstrato.

Essa teoria, em síntese, considera que uma situação de fato, em referência a determinados valores, levará ao estabelecimento de comportamentos individuais e coletivos disciplinados pelo elemento normativo (norma). Essa definição de Reale, pela

qual ele é conhecido, sobre Direito como fato, valor e norma, está presente nas primeiras aulas de qualquer curso de direito no Brasil.

No entanto, conforme assevera Reale (1999, p.511) que essa “unidade ou a correlação essencial existente entre os aspectos fático, axiológico e prescritivo do Direito não foi claramente percebida pelos juristas e jus-filósofos” [...], “foram antes tentados a compreender o fenômeno jurídico à luz de um ou de dois elementos discriminados”.

Observe-se que com a evolução do Direito, tem-se que não é possível a observação de um fenômeno jurídico, sem sempre necessariamente haver um *fato* implícito, quer seja ele econômico, demográfico, político etc, um *valor* que dê determinada significação ou sentido a este fato e uma *regra ou norma* que integre um desses elementos (fato ou valor) no outro.

O valor é a satisfação de uma atividade humana. Reale diz que as valorações são “um dos ingredientes ônticos do processo cultural, inseparável da ‘vida cotidiana’” e que “os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História, são, por assim dizer, ‘cristalizações de valor’, ou ‘consustanciações de interesses’”. Toda atitude negativa ou positiva resulta na noção de *dever ser* ou não. (1999.p.543) Nesse sentido, nos tribunais, quem exerce o poder de analisar um caso sob a óptica do fato, valor e norma é o juiz, que, baseado no valor atribuído ao fato analisado, invocará qual será a regra a ser seguida. Por fim, a norma é o comando produzido por qualquer fonte do direito. No item a seguir são apresentadas as fontes do Direito pela qual surgem as normas jurídicas.

A aplicabilidade da Teoria Tridimensional do Direito implica reconhecer que os fatos humanos têm o potencial de gerar fatos jurídicos e, estes, por sua vez, recebem um juízo de valor e trazem uma consequência jurídica. Note-se ainda que essa valoração de juízo pode variar de tempos em tempos. Logo, determinado fato que num momento era passível de ser proibido por uma norma, pode hoje já não o ser.

Assim, as transformações ocorridas na sociedade são eventos (fatos) que criam condições para o aparecimento de novas ideais (valor) e, com isso, surge a necessidade da evolução dos direitos para garantir a igualdade perante a lei (norma). Consequentemente, de acordo com a Teoria Tridimensional do Direito, a emancipação

da mulher foi uma das transformações ocorridas a partir da década de 1960 (fato), uma nova concepção sobre a igualdade entre homens e mulheres tinha surgido (juízo de valor da sociedade) e, portanto, salientando o fático-axiológico da evolução dos direitos de igualdade, que fez surgir a necessidade do divórcio, entre outros direitos (norma).

1.2. As fontes do Direito: leis, costumes, jurisprudência, negócio jurídico e doutrina

A palavra fonte significa nascente, origem. Fontes do Direito, portanto são a origem, a nascente do Direito. Para Reale (1999, p.140), são “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*”. Resultando de uma série de fatores estudados pela sociologia e filosofia, certas formas, denominadas de estruturas normativas, passam a ter ordenação vigente e tornam-se eficazes. Elas são em outras palavras o processo legislativo, os usos e os costumes que tem importância na esfera jurídica, a própria atividade jurisdicional e o ato negocial.

Já Kelsen divide as fontes do Direito em duas: as fontes diretas e as fontes indiretas. As fontes diretas são as leis e os costumes. “Nesse sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária” (1996, p. 259). Por outro lado, fontes indiretas são consideradas a doutrina e a jurisprudência.

As principais fontes do Direito são, portanto, a lei, os costumes, a jurisprudência, o negócio jurídico e a doutrina, cada qual dotada de suas particularidades.

Os costumes, o negócio jurídico e a doutrina não têm relevância para este presente trabalho, motivo pelo qual não se avançará sobre o assunto. Importante é discorrer sobre a lei e a jurisprudência, as quais recebem atenção especial.

A lei é uma regra que emana de uma autoridade soberana em sociedade. O ser humano traz consigo a noção de lei como a expressão de comando, numa ligação de ordem e obediência, sendo estabelecida numa relação entre o legislador (aquele que emite a norma) e o destinatário (aquele a quem a norma é emitida).

Segundo Miguel Reale (1999), a classificação das leis é a seguinte: quanto à sua origem, quanto à forma de elaboração, quanto a extensão ou âmbito de eficácia, quanto à forma.

A origem da lei é certa e predeterminada, porque tem origem e momento certo para vigorar. Sempre terá um órgão de competência para emití-la e posteriormente será sancionada pelo chefe do Poder Executivo, que integrará o processo legislativo.

Quanto à forma, é sempre escrita e, no que concerne à sua eficácia, torna-se vigente a partir da sua publicação ou após a *vacatio legis*. Somente deixa de ter validade no momento em que outra lei a revoga. A regra legal é racional e seus elementos de obrigatoriedade “são expressos de maneira esquematizada, após uma apreciação racionalmente feita da conduta humana”. Por fim, o Direito legislado é também de “execução imediata e geral, dispensando a prova de sua existência”. (1999, p. 159)

No que concerne à elaboração da norma, ela deve seguir trâmites prefixados, frutos de um conjunto de procedimentos previamente estabelecidos, quanto não seja na própria Constituição, “que distribui as esferas e a extensão *do poder de legislar*” (REALE, 1999, p. 163), ditando as regras de formulação das normas legais.

Quanto ao seu âmbito de eficácia, pode-se dizer que a lei é universal e produz efeitos *erga omnes*, podendo ser executada imediatamente e de forma geral, não necessitando a prova de sua existência. Por si só, já é dotada de força normativa e obrigatoriedade.

Não se pode olvidar que as leis visam solucionar esses conflitos que surgem naturalmente e, portanto, devem adequar-se a sociedade.

A jurisprudência, por sua vez, decorre da aplicação do direito pelos magistrados nos casos concretos, a fim de solucionar os conflitos gerados pela sociedade, entre indivíduos e grupos. Consiste no conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre um mesmo assunto, aplicando-se a sanção prevista na norma jurídica. Serve como precedentes para a adoção de um sistema jurídico único, quando se tratam de conflitos sobre o mesmo assunto.

Para Reale, a jurisprudência “é a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões

dos tribunais” (1999, p. 167). Nader (2016) entende ser uma norma jurisprudencial aquelas que são criadas pelos tribunais.

O magistrado, em sua atividade, analisa o caso concreto sob o enfoque do fato, valor e norma. Portanto, o valor que atribui ao caso é que fará toda a diferença em uma sentença.

Segundo Reale (1999, p.167-168), as normas jurídicas exigem um “esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar” e por isso mesmo “exigem uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência”.

Conforme Nader (2016, p.173), “para se conhecer o Direito que efetivamente rege as relações, não basta o estudo das leis, é indispensável também a consulta aos repertórios de decisões judiciais”. Em outras palavras, entenda-se o repertório de decisões judiciais como sinônimo de jurisprudência. Daí se aduz o fato de não bastar a pura e simples interpretação das leis, mas é necessário que os operadores do Direito também consultem a jurisprudência, pois esta é o produto da decisão dos tribunais diante dos conflitos já solucionados e, portanto, considerada como indispensável fonte de direito.

Vicente Ráo não considera a jurisprudência como fonte do Direito, pois ela não teria o valor de uma norma obrigatória. Para ele o problema da jurisprudência é a sua relação com a lei. E, “embora haja influência dos precedentes judiciais, jamais podem adquirir o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo apenas ser estímulos de reformas e inovações legislativas”. (1999, p. 271). Do mesmo modo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior também não considera a jurisprudência como fonte do direito. Para ele, a jurisprudência é uma fonte interpretativa da lei, mas não chega a ser uma fonte do direito, pois apenas interpreta e não a própria lei. (1994, p.246).

Em que pese a autoridade desses autores, há que se reconhecer que tal forma de pensar já não encontra seguidores hodiernamente. Há que se concordar com Engisch, quando diz que aquilo que os juristas pensaram e trouxeram em matéria de conhecimento jurídicos contribui e muito para o Direito, não só por “inspirar o legislador”, mas por “influenciar a decisão dos concretos casos jurídicos”. (1996, p. 14)

Nader (2016,173) explicou que, em Roma, os juízes já influenciavam no Direito positivo. Os pretores publicavam as regras que iriam aplicar em suas gestões, além da legislação vigente e dos costumes. Essas disposições eram chamadas de *edicta* e eram obrigatórias enquanto durasse o mandato de pretor, sendo muitas delas adotadas por seus sucessores e acabavam incorporadas ao Direito de forma efetiva. Essa prática continua a existir, pois os juízes não se limitam apenas a aplicação da lei, mas tem certa liberdade para complementá-las.

As argumentações de Ráo de que o juiz deve julgar o caso concreto e aplicar a Lei não são errôneas; são apenas inadequadas para os dias atuais, pois é difícil sustentar que “ao juiz nenhuma outra função incumbe além de aplicar as leis existentes”. (1999,p. 270)

No entanto, destaca-se que para Ferraz Jr. muito embora ele não reconheça a jurisprudência como fonte do direito, ele concorda que esta, de fato, acaba por prevalecer no caso concreto. Isso ocorre por dois motivos. Primeiro porque acabam sendo um costume *praeter legem*. De outro modo, aqueles costumes que não abrangidos pela lei, mas que completam o sistema legislativo. E, em segundo, porque as decisões judiciais se repetem e servem para o processo de uniformização para os juízes julgarem em casos semelhantes e que se repetem. (1994, p.246)

Veja-se que a própria lei autoriza o jurista a exercer a função de legislador dentro de certos limites, manifestando juízos de valor e de vontade. Toda vez que houver lacuna ou incorreções da lei, assim, também nos casos em que ao juiz couber decidir por equidade.

Para Ráo, as omissões ou lacunas da lei devem ser tratadas por analogia ou pelos princípios gerais do Direito que, em regra, são decorrentes de outras normas legais, e, por isso a não aceitação da jurisprudência como normatização. Todavia, trata-se de visão equivocada. Se a lacuna é uma incompletude da lei, não há como aplicá-la pura e simplesmente. É necessário haver a sensibilidade do juiz para solucionar este conflito. O mesmo ocorre nos casos das contradições das leis que se apresentam como erro ou incorreções de vários tipos.

Cabe esclarecer que a lacuna jurídica é “uma incompletude insatisfatória no seio do todo”. Em outra análise, ela é a lacuna da lei e ocorre toda vez que esta mesma lei

não consegue dar resposta a uma questão jurídica. Na medida em que a interpretação de uma lei baste para responder esta questão, o Direito não será lacunoso. (ENGISCH, 1996, p. 276-280)

Por outro lado, também são possíveis as contradições na ordem jurídica. Pode o legislador, e acontece facilmente, editar novas normas e não se dar conta de que criou uma incoerência com eventuais normas individuais preexistentes no ordenamento jurídico. Essas contradições podem ser de várias ordens: contradições de técnica legislativa, normativas, valorativas, teleológicas, e contradições de princípios.

As contradições de técnica administrativa consistem na falta de uniformidade das terminologias adotadas pelas leis; as normativas, por sua vez, apresentam uma inconformidade em aparecer ao mesmo tempo como leis prescritas e num outro texto que trate sobre o mesmo assunto como não prescrita. As valorativas ocorrem quando o próprio legislador não se mantém fiel a uma valoração por ele próprio realizada; as teleológicas são mais raras e acontecem quando não há relação entre o meio e o fim pelo qual a norma foi criada, posto que o legislador visa com determinadas normas alcançar determinado fim. Por último, as contradições de princípios, são frequentes e dentro de certa medida, inevitáveis e desarmônicas porque quando são constituídas tomam parte diferente ideias fundamentais podendo estabelecer um conflito. (ENGISCH, 1996, p. 311-318)

Resta evidente que o magistrado se orienta pela lei ao julgar, mas, apresentando a lei lacunas ou sendo contraditória, deverá dar sua contribuição. A lei não é e não deve ser absolutamente autônoma, tal qual prega Ráo, mas antes é a expressão das necessidades da sociedade; portanto, deve estar sujeita a correções e complementos.

Conforme observa Reale, “a jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não contém estritamente a lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si”. (1999, p. 168)

O juiz não deve se ater somente a lei, até mesmo porque não se pode olvidar que estas foram criadas para atender aos anseios da sociedade. Se houver lacunas na lei ou contradições, compete-lhe, pela jurisprudência, dar soluções às questões jurídicas.

Exemplo disso foi o caso do divórcio. A lei não atendia ao interesse da sociedade. Pela leitura da jurisprudência da época, observa-se a dificuldade e o desconforto dos tribunais brasileiros em ter que solucionar conflitos relativos aos cônjuges sem a autorização para o divórcio, devendo apenas aplicar as então vigentes regras sobre desquite.

Asseverou Reale que “em tese os tribunais são chamados a aplicar a lei e a revelar o Direito sempre através da lei. Há oportunidades, entretanto, em que o trabalho jurisprudencial vai tão longe que, de certa forma, a lei adquire sentido bem diverso do originalmente querido”. (1999, p.169) Foi o que aconteceu no caso do divórcio.

Com efeito, a jurisprudência forma-se a partir do acórdão, termo técnico usado para designar a decisão proferida pelo tribunal. Do ponto de vista estrutural, o acórdão é composto por ementa, relatório, motivação (ou fundamentação) e dispositivo.

A ementa é o resumo do acórdão, por meio do qual o interessado tem ideia do que trata a decisão. Em geral, é formada por palavras-chave para facilitar a pesquisa. O relatório é a parte do acórdão em que se narram os fatos analisados pelo tribunal. A motivação é a análise jurídica do magistrado sobre os fatos narrados e o direito invocado. A partir destas, formula seu convencimento, apontando os fundamentos jurídicos usados na decisão, como, por exemplo, o dispositivo de lei usado ou a opinião de determinado jurista. Por fim, o dispositivo é o comando jurídico, em que se declara se o recurso apresentado foi ou não aceito, bem como se a sentença proferida pelo juiz, da qual se recorreu, merece ser confirmada ou se foi reformada pelo tribunal.

As decisões prolatadas transformam-se em jurisprudência, quando se forma um entendimento a partir de vários acórdãos.

As questões levadas ao conhecimento do tribunal são aquelas relevantes para a sociedade. Estas podem ser consultadas pelos profissionais da área ou por qualquer interessado, ante a obrigatoriedade de publicação de todo e qualquer acórdão.

Assim, por meio da jurisprudência, é possível saber qual é ou qual foi o entendimento dos tribunais sobre determinadas questões importantes para a sociedade e como estas mudaram o modo de pensar e de agir dos agentes econômicos, políticos e até mesmo dos profissionais do direito e dos cidadãos. Enquanto forma de memória

social, registra as circunstâncias políticas, sociais e econômicas do passado. Importante ressaltar que também serve como um legado do passado e como memória deste.

O clamor da sociedade, registrado pela jurisprudência, sensibilizou os legisladores a entender que as pessoas não mais queriam conviver juntas, pois já não havia mais amor, porque, dentro da mesma casa, a alegria de um já não era mais a alegria do outro.

1.3. A opinião dos historiadores sobre o conceito de História

O senso comum leva a compreender que História e memória são sinônimos, mas não o são. Por exemplo, quando uma pessoa idosa conta a sua trajetória de vida, seu relato pode ser denominado História ou memória. Do mesmo modo, no caso de um livro de história, não há certeza de que o conteúdo ali descrito realmente se refere ao que de fato aconteceu, ou se certas incompletudes foram preenchidas com a percepção individual. O mesmo raciocínio vale para os relatos contidos nas decisões judiciais, isto é, se são histórias ou memórias.

Conforme se demonstrará, História e memória não são sinônimos. Por isso, faz-se necessária a distinção entre esses dois conceitos.

De acordo com Marc Bloch, quando se pensa no conceito “História”, muitas podem ser as definições. Porém, mais importante do que definir, é entender para que serve e qual o seu objeto de análise. Para ele, História não era a “ciência do passado”, mas a “ciência do passado dos homens, no tempo” (2002, p.52-55). Daí se aduz que a História não deve servir apenas para contar os dados do passado, pois não é ciência do passado, a fim de narrar os acontecimentos e situá-los no espaço de tempo, uma vez que o tempo passado não pode ser objeto da ciência, entendida como observação de fatos.

Consequentemente, a historiografia, entendida como estudo e descrição da História, foi objeto de crítica de Marc Bloch. Para ele, não existe História sem ação humana. Esta é a razão pela qual o autor criticava o conceito de historiografia de fatos extra-humanos e também os analistas, que “narravam, desordenadamente, acontecimentos cujo único elo era terem se produzido mais ou menos no momento: os

eclipses, as chuvas de granizo, a aparição de espantosos meteoros junto com batalhas, tratados, mortes e dos reis”. (2002, p.52)

Carr, por sua vez, estabeleceu que a História “se constitui de um processo contínuo de interação entre o historiador e seus fatos, um diálogo interminável entre o presente e o passado” (1987, p.29), importando a distinção de um fato comum de um fato histórico. Os primeiros não são os que necessariamente interessam ao historiador. Já estes são uma condição necessária ao trabalho do historiador, “mas não sua função essencial”. Consistem normalmente na matéria-prima do historiador e não a história. (1987, p.14)

Para este autor, “os fatos básicos repousam não em qualquer qualidade dos próprios fatos, mas numa decisão *a priori* do historiador”, razão pela qual ele proferiu a célebre frase: “O historiador é necessariamente um selecionador. Por isso, a ideia de que os fatos por si só se explicam não procede, devido à necessidade de seleção de fatos pelo historiador. Com efeito, os fatos “falam por si”, quando “o historiador os aborda: é ele quem decide quais os fatos que vêm à cena e em que ordem ou contexto”. (CARR, 1987, p.14-15)

Assim, o importante são os fatos históricos que, diferentemente dos fatos básicos, consistem na seleção de fatos selecionados e julgados pelo historiador. Mas isso não quer dizer que os fatos do senso comum não sejam importantes, mas que devem ser selecionados pelo historiador, que os reúne e os divulga da forma pela qual mais o atrai.

Carr, portanto, distinguiu os fatos comuns dos fatos históricos e chamou a atenção para a fundamental importância de saber quem é o historiador, uma vez que é ele quem tem a função de selecionar os fatos comuns dos históricos e que, portanto, os fatos nunca são puros.

O trecho abaixo corrobora ainda mais o entendimento da subjetividade da definição de Carr para o fato histórico. Ele fez uma analogia entre os peixes na tábua do peixeiro e os fatos a serem selecionados como importantes para a história. Para ele,

os fatos estão disponíveis para os historiadores nos documentos, nas inscrições (...) e deve reuni-los, depois levá-los para casa, cozinhá-los, e então servi-los da maneira que o atrair mais”, tal qual os peixes escolhidos são os que mais apetece. (1987, p.13)

Daqui se extrai uma importante lição: os fatos históricos são subjetivos, pois quem faz a seleção é o próprio historiador, que qualificará de histórico aquilo que melhor lhe aprouver, mas que nem sempre será o fato mais importante.

De qualquer modo, a despeito de Carr ter dito que o historiador seleciona os fatos do modo que mais lhe aprouver, nesta seleção há, implícita ou explicitamente, metodologia e critérios estabelecidos por ele mesmo e de acordo com suas tendências e ideologias.

Por outro lado, na visão de Jenkins, os historiadores “elaboram as ferramentas analíticas e metodológicas para extrair dessa matéria-prima as suas próprias de lê-la e falar a seu respeito: o discurso”. E mais além, para ele, não significa que os fatos ou o mundo chegam como narrativas e que fosse possível sair delas “para verificar se correspondem ou não ao mundo ou ao passado reais, pois elas constituem a “realidade””. (2001, p. 28)

Porém, é certo que Carr tinha essa consciência da subjetividade do historiador, pois alertou para o fato de que “os fatos da história nunca chegam a nós “puros” (...) eles são sempre refratados através da mente do registrador”. Por isso mesmo, antes de estudá-los, é necessário que se “estude o historiador antes de começar a estudar os fatos”. Além de selecionar, o historiador deve ter contato ou imaginar a mente daqueles que passam pelo assunto sobre o qual selecionou. Como bem asseverou, “a história não pode ser escrita a menos que o historiador possa atingir algum tipo de contato com a mente daqueles sobre quem está escrevendo”. (CARR, 1987, p.23-25) Também vale destacar que ver o passado também não é tão fácil quanto parece. Afinal, os fatos são do passado, mas o historiador que os descreve é do presente. Logo, compreender o passado só é possível através dos olhos do presente. O historiador deve entender o passado para compreendê-lo no presente e para tanto fazer a interpretação daquele.

Prosseguindo com essa opinião, Carr (1987) afirmou que o historiador é um ser humano individual, que como os demais é um fenômeno social, e que atua como porta-voz consciente ou inconsciente da sociedade à qual pertence ao narrar os fatos do passado. Ele observou que assim se produz a história própria de si mesmo na sociedade. No entanto, não se pode olvidar que “o pensamento dos historiadores, como de outros seres humanos, é modelado pelo ambiente do tempo e lugar”, (CARR, 1987, p.40) na qual a história é uma “procissão em movimento” e o historiador um figurante

caminhando com dificuldade na procissão, sendo o ponto onde se encontra, o ponto que determina seu ângulo de visão sobre o passado.

Até aqui se pode observar que, enquanto para Bloch o conceito de História limitava-se à “ciência do passado dos homens, no tempo”, Carr trouxe um conceito bem mais abrangente e complexo. Ele abordou não só o conceito de história, mas sua inter-relação com os fatos históricos. Além disso, enquanto o primeiro definiu história como a ciência do passado dos homens no tempo, o segundo a definiu como um processo contínuo de interação entre o historiador e seus fatos, além de ser um diálogo interminável entre presente e passado, permeado pela subjetividade do historiador, manifestado no processo de seleção dos fatos que serão considerados históricos.

Glénisson, por sua vez, explicou que o conceito de história é polissêmico, pois tem vários sentidos possíveis: o de realidade histórica e história, o de conhecimento histórico e de obra histórica. Como realidade histórica, trata-se do “conjunto dos fenômenos pelos quais se manifestou se manifesta ou se manifestará a vida da humanidade” (1977, p.14). Nesse sentido, a história é o relato da própria vida como ela é, sem a observação ou julgamento daquele que analisa os fatos. Enquanto conhecimento histórico, a história deixaria de ser uma “realidade objetiva do movimento do mundo e das coisas, mas em primeiro lugar, a observação subjetiva deste movimento pelo historiador e, em segundo, o registro desta observação num relato escrito, numa obra histórica”. (GLÉNISSON, 1977, p.14)

Em relação ao terceiro significado de história, Glénisson deixou uma lacuna em seu texto, mas o que se depreende é que a história seria a própria obra histórica. Em outras palavras, nesse momento, o historiador tem conhecimento dos fatos e das coisas e coloca neles a sua observação, que é subjetiva e peculiar dos historiadores. Ao fazê-lo, domina estes fatos e os registra em documentos que se tornam históricos.

Assim, tem-se a figura do historiador cuja missão é reunir e criticar os documentos que reúne. “Uma vez extraídos daí os fatos e garantida sua autenticidade, será preciso determinar as relações existentes entre eles e que formam a substância da história geral”. (GLÉSSINON, 1977, p.211)

Glénisson e Carr tinham o mesmo pensamento em relação ao conceito de História. Em se tratando da relação que Carr fazia entre a história e os fatos importantes

que seriam os históricos, Glénisson inseriu este como sendo um dos conceitos de História. Outro ponto em comum entre Carr e Glénisson consistiu em afirmar que, para ambos, a História não podia escapar à subjetividade. Sendo a história dependente da interpretação dos fatos e ao levantamento de hipóteses, esta se tornava subjetiva.

Para Aróstegui, História é “o objeto de usos anfibológicos entre os quais o mais comum é sua aplicação a duas entidades diferentes: uma, a realidade do histórico, e outra, a disciplina que estuda a História”. (2006, p.25-26) Em outras palavras, tem mais de um significado, sendo o mais comum como realidade do histórico e a outra como a disciplina “História”.

Acerca da realidade do histórico, Aróstegui afirmou que “a História não é uma matéria objeto de conhecimento de índole análoga à que constitui as outras ciências sociais. É uma “qualidade” inserida nas coisas, uma qualidade social, sem dúvida, mas não é ela mesma uma *coisa*” (2006, p.42). Enquanto qualidade inserida nas coisas, não pode ser considerada a própria coisa, porque nela deve estar o olhar do historiador, que fará seu próprio julgamento e depois contará a História sobre os fatos que lhe chamaram a atenção e sobre as funções que lhes estão subordinadas.

Por isso, deve-se ter certo cuidado com o que se denomina objetivamente de “História”, pois o olhar do historiador nem sempre será o verdadeiro olhar ou o olhar mais confiável. A confiabilidade e credibilidade no historiador que observa determinado objeto e o reproduz, dependerão diretamente de sua experiência em analisar os fatos e de sua imparcialidade para com eles.

Outro problema encontrado consiste em dizer que a versão predominante da História por vezes será contada pela classe dominante. Se o olhar desta é o que prevalece, incorre-se no erro de vê-la ser contada sob o ponto de vista nem sempre real, mas tendencioso. O conhecimento é passado de forma manipulada e sob o olhar da classe dominante.

Por isso, assevera Aróstegui que “o conhecimento tem estado ligado à elite dominante, à nação e ao Estado. Por não ser um conhecimento *desinteressado*, dificilmente pôde ser um conhecimento *teórico*”, pois ali o historiador expressa sua parcialidade. No século XX, a crítica que se fazia até ao século XIX é de que a História contada era a dos vencedores das elites e das classes dominantes. (2006, p. 73 e 96)

Fazendo uma reflexão com o período de 1962 a 1977, a História, contada por meio dos processos de desquite, era de desembargadores e estes eram membros da elite brasileira.

Isso fica mais claro na comparação de um povo com o outro. Cada qual terá suas características, modo de pensar e agir, de acordo com o seu povo, salvo exceções, é claro. Porém, é importante notar que a cultura jurídica varia de um país a outro, e de acordo com o período o qual está inserida, torna-se difícil de analisá-la como um fenômeno histórico e com convicções sociais predominantes.

A questão da liberdade individual, igualdade, justiça social, não é entre os indivíduos e sociedade, “mas entre grupos de indivíduos em sociedade, cada grupo esforçando-se em promover políticas sociais que lhes sejam favoráveis e procurando frustrar políticas sociais, que lhes sejam contrárias”. (CARR, 1987, p.31-34) Isso impõe a reflexão de que a história contada sobre os indivíduos é a história contada por outros indivíduos e que neste sentido tenderá a contá-la de acordo com suas percepções.

O historiador faz parte da História e como indivíduo, também é produto dela. O historiador na condição de indivíduo, também é um produto da História e da sociedade. Nesse sentido, é preciso reconhecer que o historiador ao mesmo tempo em que é um produto do processo histórico, ele também faz parte deste processo.

Por fim, para Jenkins (2001), a história na teoria tem dois argumentos. O primeiro deles refere-se à história constituída como “um dentre uma série de discursos a respeito do mundo” pois embora não criem o mundo, apropriam-se dele e lhe dão os significados que têm. Por outro lado, “o pedacinho de mundo que é o objeto (pretendido) de investigação da História é o passado”. Em sua concepção, passado e história são coisas diferentes. A História, embora tenha um discurso sobre o passado, não é o próprio. O passado é o objeto de atenção dos historiadores e a historiografia (leia-se história com letra minúscula) a maneira pela qual os historiadores o abordam. E a história é o que os historiadores fazem “quando põem mãos à obra”. Ela é “o ofício dos historiadores” e um constructo linguístico intertextual. Já a História (com H maiúsculo) indica o todo; a historiografia mais o passado. O segundo argumento está ligado ao argumento primeiro de que história e passado são diferentes, mas “a maneira com a qual o historiador tenta entender o passado- é crucial para determinar as possibilidades do que a história é e pode ser”. (2001, p.23-30)

O passado ganha importância maior à medida que as pessoas necessitam se situar nele, para se localizarem no presente e se projetarem no futuro, como que se se localizassem “no agora e legitimassem seu modo de vida atual e futuro”. Mas dada a distinção fato/valor, os “fatos” do passado, ou tudo mais, não legitimam absolutamente nada. Mas as pessoas mesmo assim agem como se legitimassem. (2001, p.40-41)

A História por sua vez, varia de significado de acordo com o tempo e assume diferentes significados para diferentes grupos. Segundo Jenkins, “a história nunca se basta; ela sempre se destina a alguém”. E ocorre que esses diferentes grupos buscam encontrar no passado explicações existenciais do presente e projetos futuros. “Nesse sentido, todas as classes e/ou grupos escrevem suas respectivas autobiografias coletivas. A história é a maneira pela qual as pessoas criam, em parte, suas identidades”. (2001, p. 42)

Dessa forma, entende-se até ser possível buscar no passado formas de legitimar o modo de vida atual. Assim, diferentes grupos como as mulheres, negros, minorias etc, procuram essa legitimidade, nos vestígios do passado, mas é preciso entender que as pessoas mudam, assim como os fatos e a valoração para estes. Há que se observar que uma conduta aceitável no presente pode deixar de sê-la no futuro, assim como uma conduta repudiável no passado pode passar a ser aceita a partir do presente e isso ocorre, pela valoração que determinado fato tem ao longo do tempo. Como exemplo disso, cite-se o caso da emancipação das mulheres, a sua conquista no mercado de trabalho e até mesmo o divórcio.

Para Jenkins, a História na prática é feita pelos historiadores profissionais que vão produzir história de acordo com algumas características. Em primeiro lugar, trabalham com seus valores, posições e perspectivas ideológicas. Em segundo lugar, lidam com seus pressupostos epistemológicos que são os conhecimentos de várias categorias (econômicas, sócias, políticas, culturais etc). Em terceiro lugar, utilizam-se de vocabulários próprios. Em quarto lugar, empregam métodos, procedimentos e rotinas; em quinto, analisam obras publicadas de outros historiadores, bem como análises dos documentos, registros etc. Em quinto lugar, colocam suas pesquisas por escrito que se inter-relacionam com as práticas cotidianas. E por fim, em sexto lugar, implica em dizer que até agora o que se produziu foi história, mas esta precisa ser lida

por alguém e não será feita de maneira igual a todos os leitores e tampouco interpretado da mesma maneira por todos. (2001, p.45-50)

Tendo feito a diferenciação de história como teoria e como prática, Jenkins unifica essas acepções e chega a uma definição de História:

A história é um discurso cambiante e problemático, tendo como pretexto um aspecto do mundo, o passado, que é produzido por um grupo de trabalhadores cuja cabeça está no presente(e que, em nossa cultura, são na imensa maioria historiadores assalariados), que tocam seu ofício de maneiras reconhecíveis uns para os outros (maneiras que estão posicionadas em termos epistemológicos, metodológicos, ideológicos e práticos) e cujos produtos, uma vez colocados em circulação, vêem-se sujeitos a uma série de usos e abusos que são teoricamente infinitos, mas que na realidade correspondem a uma gama de bases de poder que existem naquele determinado momento e que estruturam e distribuem ao longo de um espectro do tipo dominantes/marginais os significados das histórias produzidas. (2001, p.52)

Além dessa apresentação dos diversos conceitos de História, existem outros dois aspectos que merecem atenção. O primeiro deles é a discussão das relações entre História e verdade. Para Glénisson, as verdades, tidas como certas e absolutas, podem desmoronar e surgir novas concepções. Torna-se necessário desconstruir para construir, e nesse sentido, as verdades tidas como certas se tornam relativas, dando espaço a novas verdades, as quais

dependem da escala em que se coloque o observador. Os princípios considerados como intangíveis relegam-se agora à categoria de provisórias hipóteses de trabalho, na experiência de melhores aproximações. Por uma espécie de paradoxo, é à medida que a ciência progride, amplia seu domínio, penetra em setores antes inexplorados, que ela recusa as certezas cômodas, tidas por alcançadas no século XIX. A consciência que os sábios tomaram da relatividade dos conhecimentos humanos “dá o tom” à nossa época e transborda do campo da ciência pura para o da filosofia, da literatura, da história (GLÉNISSON, 1977, p.24).

Do trecho acima se tem como consequência que a importância que será dada para cada fato estará intrinsecamente ligada ao julgamento do historiador.

Por outro lado, a hipótese irrefutável passa a ser apenas uma das experiências para se aproximar dos fatos puros, tais como aconteceram. À medida que a ciência avança, surgem novas descobertas e novos pontos de vistas antes ignorados. A verdade passa a ser relativa, até que uma nova verdade seja descoberta. O historiador deve aliar-se a todos os recursos e técnicas que o permitam ampliar sua visão. Desse modo, tal qual a ideia do “pensar complexo” de Edgar Morin em que as pessoas deveriam desenvolver uma estratégia de tal sorte que o pensamento que não fosse redutora nem

totalizante, mas sim reflexiva em busca dos fatos puros. Isso não é uma crítica aos historiadores, mas é a intenção de “compreender que um pensamento mutilador conduz necessariamente a ações mutilantes”. (MORIN, 2006, p.15)

O conhecimento, cada vez mais avançado, trará novas formas de observar um mesmo fato. Por meio de todas as ciências, faz-se uma reflexão sobre o que de fato aconteceu. Ao historiador ainda caberá o cuidado de saber o que será relatado, porque poderá ser objeto de críticas.

Esse entendimento também pode ser ratificado com o trecho a seguir:

o cientificismo é, em boa parte, uma disputa retórica e terminológica e, em outra parte também considerável banal. [...]. Nem o cientificismo a toda a prova, nem a postulação de um conhecimento *sui generis* ou uma forma a mais de mero conhecimento comum e artístico, são posições satisfatórias como ponto de partida para tentar responder à pergunta sobre *fiabilidade* do conhecimento que é possível obter da História. O certo é que só uma rigorosa prática regulada na obtenção de conhecimentos assegura sua fiabilidade lógica. (ARÓSTEGUI, 2006, p.71)

Em outras palavras, o cientificismo não pode ser considerado como uma ciência absoluta e autônoma sobre todas as outras formas de compreensão humana da realidade. Há que se considerar as demais ciências como filosofia, sociologia, bem como a própria religião que, em especial ao presente trabalho, teve papel fundamental na configuração dos costumes.

Se a posição do historiador observador é ser parcial, a confiabilidade do seu conhecimento e trabalho poderá ser colocada à prova e a sua história passar a ser contestada.

Por isso, os fatos podem ser perigosos, ainda mais quando não são de fontes originais. Quando o fato falar é relatado de maneira indireta, ou seja, a partir da lembrança de terceiros, “a desfiguração é mais rápida, porque se um membro da série cai num erro de identificação este se acentua à medida que se difunde” (BOSI, 1979, p. 341) e pode induzir a erro e desviar a realidade e interpretação dos fatos.

No mesmo sentido, para Glénisson, (1977, p.211-212) a História torna-se um problema de psicologia, na qual se deve levar em consideração a imagem mental daquele que descreve o fato, e todo ato humano é, portanto, psicológico. O papel do

indivíduo na sociedade é importante, principalmente daquele chamado personagem histórico, que desempenha alguma função marcante na sociedade.

Desse modo, a história empírica observa os indivíduos, suas condutas e consequências que sejam importantes para a vida das demais pessoas. Daí a noção de que as transformações sociais nascem de exemplos de personagens históricos que são seguidos pelos demais e passam a serem as condutas assim praticadas por todos.

Outro aspecto que merece atenção é a tensão entre a continuidade e mudança. À época de Marc Bloch, a maior parte dos historiadores tinha obsessão pelas origens. Ele, no entanto, criticava o fato de os historiadores tentarem encontrar no passado explicações para os acontecimentos do presente. Isso fica claro no trecho que segue: “a qualquer atividade humana que seu estudo se associe, o mesmo erro sempre espreita o intérprete: confundir uma filiação com uma explicação”. (BLOCH, 2002, p.58). Porém, é inconcebível, por exemplo, que o historiador faça considerações sobre questões de determinada época sem que entenda, por exemplo, o contexto social desta mesma época e que tenha conhecimento dos ideais e das conquistas, das aflições e demandas de um povo. Aqui reside o problema de o historiador ser subjetivo.

Também vale ressaltar ainda que, em sua proposta de historiografia, Bloch já destacava a existência de outras histórias que ficam subentendidas na narração dos fatos históricos. Daí deduz-se que a história não pode ser vista como uma ciência isolada. Deve haver o pensamento interdisciplinar e a ligação dos saberes. Inclusive o século XVII foi paradigmático nessa abordagem, pois foi o período em que surgiu a ciência empírica. Antes deste período, a ciência era atividade marginal dominada pela Igreja Católica, instituição que se tornou poderosa no seio da sociedade. O pensamento sobre a interdisciplinaridade era holístico, pois

os pensadores gregos, helenísticos, romanos e medievais eram filósofos, matemáticos, médicos, políticos, professores, poetas, dramaturgos, arquitetos, urbanistas e até teólogos, que produziam suas obras sem a menor preocupação em indicar a que área pertenciam. (CAMPOS, 2015, p.52).

Marc Bloch deu um exemplo em que essa constatação da dependência entre os saberes, ao mencionar a transformação do golfo Zwin. Pode-se pensar que a narração dessa transformação compete ao campo da geologia por conta do aluvionamento, o qual acarretou no assoreamento pela “construção de diques, desvios de canais, secas: diversos atos do homem, resultando de necessidades coletivas e que apenas uma certa

estrutura social torna possíveis”. Todavia, observa-se que essa transformação também faz parte da história, porque foi um acontecimento histórico, pois a intervenção das sociedades, modelando a transformação de um acontecimento geológico, moldando o solo na satisfação de suas necessidades, é um fato histórico. (BLOCH, 2002, p.53)

Morin (2005) explicou que a complexidade dos saberes, do pensar complexo, gerava ruídos de comunicação e que precisavam ser esclarecidos. A complexidade não tem uma receita própria, nem tampouco é uma resposta, mas antes deve ser considerada como um desafio e como uma motivação a pensar. Ela não pode ser entendida como a inimiga da ordem e da clareza, mas como uma procura viciosa da obscuridade. A complexidade é por outro lado a incompletude do conhecimento.

O pensamento não deve ser simplificado, mas deve sempre ir à busca de conhecimento complexo e entrelaçado dos saberes. Assim, as ciências não podem ser analisadas de forma isolada. Destarte, os saberes não podem ser isolados e que se unem pelas próprias necessidades do homem. Como asseverou Marc Bloch (2001, p. 54)

(...) de um lado, um ponto de sobreposição onde a aliança de duas disciplinas revela-se indispensável a qualquer tentativa de explicação; de outro, ponto de passagem onde, depois de constatar um fenômeno e pôr efeitos na balança, este é, de certa maneira, definitivamente cedido por uma disciplina à outra. O que se produziu parecia apelar imperiosamente à intervenção da história? Foi que o humano apareceu.

Morin afirmou algo semelhante, ao considerar que o próprio ser humano não pode ser visto de forma isolada. Ora, se o próprio ser humano tem sua complexidade, não se pode negar que os saberes também devem ser ligados para melhor entendimento e compreensão dos fatos:

Por exemplo, se tentamos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante. (MORIN, 2005, p. 176)

Jenkins nesse sentido também dá sua contribuição e diz em outras palavras que cada especialista consegue transformar a mesma paisagem em discurso próprio. Senão veja-se:

Ora, dado que aquele panorama não tem nada de intrínseco grite “Geografia!”, “Sociologia!”, “História!” etc., podemos ver claramente que, embora os

historiadores e todos os outros não inventem a paisagem (todas aquelas coisas parecem estar mesmo lá), eles realmente formulam todas as categorias descritivas dessa paisagem e quaisquer significados que possa dizer que ela tem. (20015, p.28)

Em outras palavras o que se quer dizer, é que o especialista dará a sua abordagem ao tema, a partir da epistemologia, metodologia e da ideologia de cada um.

A abordagem interdisciplinar, portanto, pode ser realizada por meio da união dos esforços de conhecimento do passado por meio da jurisprudência, que é uma fonte do direito. Em vez de considera-la exclusivamente um documento jurídico, ela pode servir de suporte para o registro do passado.

1.4. A memória individual e memória coletiva

Uma vez realizada a revisão bibliográfica acerca do conceito de história, cabe agora fazê-lo em relação ao conceito de memória. Com efeito, o pensador que mais contribuiu com este estudo foi Maurice Halbwachs.

Ao iniciar propriamente a análise do conceito de memória, Halbwachs analisou o processo de lembrança em cada ser humano. A memória individual neste âmbito tem fundamental importância posto que é uma condição necessária e suficiente para recordar e reconhecer as lembranças. Segundo este autor, “a primeira testemunha, à qual podemos sempre apelar, é a nós próprios” (1990, p. 25). Os apelos são para fortalecer, debilitar ou completar aquilo que já sabemos ou já vimos sobre um determinado evento.

No entanto, é importante observar que estes mesmos eventos podem ser vistos através da percepção de outras pessoas e ter maior ou menor relevância de acordo com quem os vê e passam a ser de memória coletiva.

Embora apenas determinada pessoa tenha participado ou vivenciado determinado fato, “as nossas lembranças permanecem coletivas, e elas nos são lembradas pelos outros, mesmo que se trate de acontecimentos nos quais só nós estivemos envolvidos, e com objetos que só nós vimos”. (HALBWACHS, 1990, p.26)

Isso significa que todos os sujeitos têm lembranças, iguais ou diferentes, de um mesmo objeto. Ou ainda, um sujeito interagindo com o outro, faz aquele lembrar coisas que o outro já havia esquecido ou que se lembra, mas faz mudar seu modo de pensar.

Ademais, o sujeito acaba percebendo que faz parte de um mesmo grupo e que teve lembranças em comum com este e dessa forma as reaviva. Uma ou várias pessoas podem se reunir para lembrar e reconstruir determinados fatos e, embora todos tenham participado, pode acontecer de um deles não ser capaz de lembrar-se de nada, ainda que o fato tenha sido localizado no tempo e no espaço, inclusive com sua participação. Isso ocorre devido à importância que cada um dá a esse determinado fato e que este fique gravado na memória. Mas é preciso notar que não basta ter assistido ou participado de uma cena: é preciso que esta fique no espírito de cada um, para que depois ao reconstruí-la, ela seja suficiente para tomar aparência viva, e a imagem se transformar em lembrança.

Nesse momento, a lembrança é aquela imposta e que modifica a impressão que se havia guardado de um fato ou pessoa conhecida, e, unida a uma massa compacta, torna-se lembrança fictícia. Também pode acontecer de os depoimentos prestados serem verdadeiros e que nos informem ou reorientem a lembrança individual.

A lembrança será maior ou menor de acordo com o envolvimento que se tem com os fatos. Por outro lado, é possível estar tão interessado nos fatos quanto os outros e, contudo, deles não conservar nenhuma memória. Para que a memória seja coletiva, não basta apenas que traga conhecimentos. É necessário que não se tenha esquecido dela e que a lembrança que nos recordam possa ser reconstruída sobre um fundamento comum. (HALBWACHS, 1990, p.28-34)

Para Ricoeur, “[...] a memória é o presente do passado, o que é dito do tempo e de sua relação com a interioridade pode facilmente ser estendido à memória” (2007, p. 111) a memória individual seria uma condição necessária e suficiente para a recordação e o reconhecimento da lembrança (2007). Já para Le Goff, a memória é a “propriedade de conservar certas informações” que nos remete a um conjunto de funções psíquicas pelas quais se pode atualizar impressões ou informações passadas (2003, p. 419). Por fim, para Bosi, (1979, p. 331) memórias são lembranças ou ideias inspiradas na conversa dos outros e que com o passar do tempo formam uma história dentro da pessoa.

Chega-se à conclusão de que a lembrança é parte da construção da memória que, enquanto individual, está na mente da pessoa, passando a ser coletiva pela somatória das memórias individuais.

Halbwachs (1990) fez distinção dos conceitos de memória individual e memória coletiva. Para ele, a memória individual é um suporte da memória coletiva, e esta é o conjunto de memórias individuais que estão na consciência de cada um. Porquanto isso só subsiste quando se tem consciência daquele fato através de jornais e revistas, da memória de outras pessoas.

Porém, a crítica que se deve fazer é a de que há fatos que não tiveram impacto coletivo e que estão apenas na lembrança individual; portanto, são subjetivos e não fazem parte de uma memória coletiva, pois caíram no esquecimento para a coletividade.

Para Bosi a memória coletiva “se desenvolve a partir de laços de convivência familiares, escolares e profissionais” (1979, p. 332-333). Ela se desenvolve a partir da memória de seus membros que acrescentam, unificam e o corrigem, dependendo assim de sua interação.

Le Goff (2003) reservou o termo “memória coletiva” para os povos sem escrita. Segundo o autor, nestas sociedades ditas selvagens, a memória coletiva se ordena em três grandes interesses: a idade coletiva do grupo, o prestígio das famílias dominantes e o saber técnico. O primeiro domínio onde se cristaliza a memória coletiva é aquele que dá um fundamento - aparentemente histórico - fundado em mitos de origem; já no prestígio das famílias dominantes se exprimem pela genealogia e por fim as fundadas no saber técnico que tem como base as fórmulas práticas baseadas na magia religiosa.

De todos os conceitos de memória coletiva, o que se pode depreender, em outras palavras, é que ela só existe como um conjunto de memórias individuais, que, somadas, formam essa memória coletiva. Nesse sentido, ao analisarem-se as memórias individuais, constata-se que estas são formadas através de notícias, conversas ou opiniões formadas até mesmo sem a participação da pessoa no fato. Assim, para Ricoeur, “é a partir de uma análise sutil da experiência individual de pertencer a um grupo, e na base do ensino recebido dos outros, que a memória individual toma posse de si mesma.” (2007, p.130-131) Do mesmo modo, Halbwachs, quando afirmou que a memória individual é formada por visões, opiniões e pensamentos que temos sobre determinados assuntos que nos são sugeridos de fora, por vezes manipulados, uma vez que cada grupo procura persuadir os membros de seu próprio grupo.

Por isso, no entendimento de Bosi, a memória individual é mais fiel que a memória coletiva, pois, permite ao sujeito conter distorções em certos limites por ter visto o fenômeno. Já a memória coletiva que é emprestada pode sofrer preconceitos e tendências do grupo. (1979, p.341-342)

Embora possa contribuir para a memória coletiva, a memória individual de cada um permanece consigo mesma e subsiste. Os acontecimentos mais frequentes são também aqueles mais gravados naquele grupo ao qual se pertence. “Essas lembranças estão para “todo o mundo” dentro desta medida, e é por podermos nos apoiar na memória dos outros que somos capazes, a qualquer momento, e quando quisermos, de lembrá-los” (HALBWACHS, 1990, p.49), essas são nossas memórias individuais.

Vale ressaltar que a memória individual é entrelaçada à memória coletiva, mas não se confunde com esta, ainda que, por vezes, é bem certo que para se recordar de uma lembrança pessoal, seja necessário utilizar-se da memória dos outros. Nesse momento, o indivíduo se utiliza de pontos de referência que são fixados pelo coletivo, pela sociedade. No entanto a memória individual somente subsiste palavras e as ideias, que o indivíduo empresta de seu meio.

Do mesmo modo que a memória individual é limitada ao espaço e ao tempo, a memória coletiva também o é, mas os limites não são os mesmos. Pode-se ter a memória de um centro de acontecimentos, dos quais se sabe que aconteceu, sendo muito importante, por exemplo, a Segunda Guerra Mundial, mas que, por vezes, é lembrado pelas coisas das quais se ouviu falar em jornais, ou pelos depoimentos daqueles que participaram diretamente daquele evento. Dessa sorte, como dizia Halbwachs, “carrego comigo uma bagagem de lembranças históricas, que posso ampliar pela conversação ou pela leitura. Mas é uma memória emprestada e que não é minha” (1990, p.54).

Para além dos conceitos de memória individual e coletiva, a memória pode ser classificada como memória interior, interna ou memória pessoal, e a memória exterior ou memória histórica.

De acordo com Halbwachs (1990), a memória pessoal se apoia na memória histórica, pois toda a história de nossa vida faz parte da história geral e por isso mesmo a memória histórica é bem mais ampla que a memória pessoal. Neste contexto, a memória histórica é mais ampla e a memória pessoal mais restrita. No entanto, esta seria

mais resumida, ao passo que a memória individual da pessoa seria mais contínua e densa. Daí então também dizer que a memória individual, pessoal, também é a memória interior. Já a memória coletiva, histórica é também chamada exterior.

A memória individual pode ser intrínseca ao ser humano, mas a memória coletiva, além de ser uma memória emprestada e que representa de forma senão uma série de dados, datas e listas de fatos históricos, leva um tempo para ser produzida. Ademais, a memória coletiva trata dos acontecimentos mais notáveis da vida social, de fatos considerados verdadeiramente importantes para a vida social coletiva.

Halbwachs observou ainda que é como se “nossas vidas estariam colocadas na superfície dos corpos sociais, elas os seguiriam dentro de suas revoluções, experimentariam as repercussões de seus abalos. Mas um acontecimento não toma lugar na série dos fatos históricos senão algum tempo depois que se produziu” (1990, p. 57), isso porque até então a memória ainda é individual e estão apenas nas cabeças das pessoas que participaram ou acompanharam aquele acontecimento.

A memória é como uma faculdade individual e, como tal, as lembranças individuais estão integradas em determinado espaço e tempo e que estas memórias se situam entre períodos e datas podem tornar-se coletivas, considerando-se, como já dito, a importância que tem para a vida coletiva. Também é influenciada por circunstâncias políticas e nacionais. Quando alguém participa de um grupo, acaba sendo influenciado pelas ideias dele. Desde a tenra idade, a pessoa é influenciada pelos pais, que acreditavam numa determinada ideologia. A percepção que eles têm sobre os acontecimentos que vivem são herdadas e ficam nas memórias individuais. Assim, as circunstâncias de determinado período influenciaram pessoas do passado e, conseqüentemente, continuam a influenciar as pessoas do tempo presente. Isso leva a refletir que a história pode ser manipulável através das lembranças que ficam nas memórias e que somente da qual se terá ideia da história quanto se tiver consciência dela e não pela percepção de pessoas que influenciaram outras, tais como pais em face dos filhos, “quer a atitude de nossos pais em face dos acontecimentos que terão mais tarde uma significação histórica, quer os costumes somente, os modos de falar e agir de uma época, em que se distinguem-nas de tudo aquilo que ocupa a nossa vida de criança”. (HALBWACHS, 1990, p.60)

Essas ideologias ficam gravadas na memória individual de cada um dos participantes daquele grupo e impactam na memória coletiva dos povos que hão de vir. Ela fica registrada, mas antes é vivida por um povo. Se a história existe, é porque alguém a vivenciou. Sabe-se bem, pela atitude dos adultos em presença do fato que impressionou a criança, que este merecia ser lembrado. Se este é lembrado, é porque pessoas próximas se preocupavam com este. Mais tarde, compreende-se melhor por quê.

As lembranças são representações que se reproduzem em depoimentos e racionalização e são elas que permitem olhar para o passado e reconstruí-lo sob nova visão no presente, de acordo com as novas necessidades. Por outro lado, as imagens da memória não ficam apenas no pensamento, mas espalhadas pela sociedade, a fim de reconstruir partes de nosso passado, as quais nós representamos de modo incompleto ou indistinto, ou que, até mesmo, cremos que provêm completamente de nossa memória”. (HALBWACHS, 1990, p.72 e 77)

As lembranças compartilhadas e as lembranças comuns que são geralmente de coisas, pessoas ou lugares, refletem a condição enquanto participantes de um grupo e de um processo, por vezes, de acontecimentos reconstruídos por terceiros.

Então é possível identificar, através dessa história, quais eram os problemas e conflitos vivenciados por aquele povo e após esse período, na história presente ou, na história que adveio logo após aquele período, achar a solução para esses conflitos e tomar atitudes para modificar a história das próximas gerações.

Nesse momento, cabe a reflexão se a jurisprudência é história ou memória. Como visto até então, vale lembrar que Bloch havia proposto que a história é a ciência dos homens no tempo e não o conhecimento do passado por si só. Pela jurisprudência, podem-se conhecer pessoas que buscavam solução para seus problemas familiares, como também conhecer a história da ação de pessoas dentro de instituições, como no caso da atuação dos magistrados nos processos de desquite.

Todavia, a definição de história de Marc Bloch não é suficiente para caracterizar a jurisprudência como história. Por exemplo, Carr chamava a atenção para a subjetividade do historiador na seleção dos fatos que se tornam históricos, ao passo que a jurisprudência não é o trabalho pronto de uma pessoa, mas a reunião de diversos acórdãos sobre determinado tema. Pode-se tentar fazer uma história a partir da

jurisprudência, mas aí caberá ao historiador selecionar quais fatos relatados nos acórdãos serão considerados históricos. Portanto, comprova-se que a jurisprudência não é memória, de acordo com o conceito de Carr.

Para Carr, o historiador acaba sendo um porta-voz de sua época. No caso da jurisprudência, não há essa pretensão, pois não se trata de um texto argumentativo sobre determinado fato, mas apenas o registro de que determinado fato aconteceu. A subjetividade do tribunal está na tomada de decisão, por um lado ou outro, para solucionar o conflito. Essa tomada de decisão pode ser objeto de estudo por um historiador, mas não se confunde com a função da jurisprudência enquanto conjunto de decisões dos tribunais.

Do mesmo modo, para Glénisson, a história é uma crítica documental que se faz para a produção de uma obra histórica. Não é o caso da jurisprudência, porque não se procura fazer uma análise crítica dos fatos, mas, sim, tomar uma decisão a partir dos fatos narrados pelas partes. A parcialidade no relato de um fato é diferente da parcialidade na tomada de decisão por um dos lados, por julgar quem tem razão, a partir dos relatos subjetivos apresentados pelas partes.

Por isso, a jurisprudência é memória, porque se baseia nos relatos trazidos pelas partes em litígio perante os tribunais. Esses relatos são as lembranças de acontecimentos pretéritos na vida das pessoas, eivados de subjetividade pelo fato de que cada qual acredita ter razão e ser detentor da verdade, formando assim, uma memória social. Cada parte envolvida em um litígio julgado pelo tribunal se lembra do seu conflito pessoal; mas, pela leitura da jurisprudência, pode-se construir uma lembrança do passado de determinada sociedade. Nesse sentido, pode-se fazer um paralelo com o trabalho de Eclea Bosi, que teve como objeto de pesquisa a memória de idosos, ou seja, as lembranças deles. Já aqui se trabalha com as lembranças narradas pelas partes e transcritas nos acórdãos.

A jurisprudência é memória social, porque é uma construção coletiva dos tribunais decisão após decisão, e não por um único caso isolado. Inclusive essa é a proposta dessa dissertação: demonstrar que, por conta das influências políticas, religiosas e econômicas, as pessoas que eram casadas teriam de viver eternamente com seus cônjuges, ainda que não tivessem mais vontade. Tamanha era a infelicidade e por

tantos clamores e pela evolução da sociedade, o Direito teve de intervir e dar nova medida para o conflito dessas relações. Intitulada mais tarde como divórcio.

Ademais, a jurisprudência é repositório de memória social e não uma história, porque os desembargadores, quando redigiram os acórdãos, não se preocupavam com os requisitos metodológicos, epistemológicos e ideológicos desenvolvidos e adotados pelos historiadores, como preconizou Jenkins.

Os registros dessa memória social estão nos legados deixados pela jurisprudência da época como se observará noutro capítulo. Pelo passado vivenciado das pessoas entre 1962 a 1977, lutando para que pudessem casar-se novamente e constituir nova família, ficou apreendido na jurisprudência, deixando, portanto, uma história escrita, sobre a qual depois de muita luta e evolução chegou-se à possibilidade de pôr fim à sociedade conjugal com o divórcio.

2. Sociedade, Direito e o problema do divórcio

Este capítulo tem o intuito de situar o contexto social ao qual a população estava inserida nos períodos compreendidos entre 1962 e 1977. É de fundamental importância destacar a emancipação jurídica da mulher, a tentativa de igualdade entre os homens e as mulheres e o declínio do poder da Igreja Católica antes de entrar na questão do divórcio propriamente dito.

As décadas de 1960 e 1970 foram um período de grandes transformações em todo o mundo em diversos pontos de vista. Para entender o contexto social da época no Brasil, é necessário entender a influência dos Estados Unidos e da Europa em termos de revolução dos costumes.

Vale lembrar que as mudanças são gradativas e que, portanto, não ocorreram de uma vez. Os movimentos que modificaram a condição jurídica da mulher e a tentativa de igualdade entre homens e mulheres começaram primeiramente na Europa e Estados Unidos e depois se expandiram para o Brasil.

Contudo, o enfoque aqui considerado será sob o ponto de vista jurídico da emancipação da mulher no Brasil, até chegar à possibilidade do divórcio.

A origem da desigualdade entre homens e mulheres era explicada inicialmente do ponto de vista biológico pelo fato de ser considerada mais fraca que os homens e, por isso, em estado de submissão. A mulher, em verdade, só servia para três coisas: cuidar da casa, satisfazer o marido inclusive no aspecto sexual, procriar e cuidar de sua prole. Em outras palavras era um mero objeto e criada para sentir-se feliz dessa forma.

O Brasil-colônia se regulava pelas leis portuguesas. As Ordenações Filipinas traziam consigo o conservadorismo do poder patriarcal. Já sob o regime republicano brasileiro, o Decreto nº 181 de 1890 manteve o domínio patriarcal, mas com duas grandes modificações: o marido a partir de então não poderia mais impor castigo corpóreo sobre a mulher ou filho e passou a dispor a indissolubilidade do casamento. Embora o fato de o instituto do divórcio já ser previsto neste decreto ele era sinônimo de desquite e não propriamente de divórcio.

A partir de 1916, com o advento do Código Civil, continuou o conservadorismo patriarcal, mantendo o homem como o chefe de família, e a mulher relativamente incapaz do ponto de vista jurídico. Contudo este mesmo dispositivo legal trazia a possibilidade de os cônjuges romperem com a convivência sob o mesmo teto, desde que atendessem a alguns requisitos, que será demonstrado mais adiante, mas não colocava fim à sociedade conjugal.

Certos fatos foram determinantes para a emancipação jurídica da mulher no Brasil. O movimento de ideias, a revolução cultural e dos costumes a partir de 1960 foram de fundamental importância para novos avanços e é o que se demonstrará adiante.

No tópico final deste capítulo, se evidenciará o que levou à promulgação da Emenda Constitucional nº 1 e Lei nº. 6.515 em 1977, após muita batalha travada entre os defensores do divórcio e aqueles que eram contrários a esse instituto jurídico - sendo parte deles a Igreja Católica, a qual, até os dias atuais, não admite a quebra do vínculo decorrente do casamento.

2.1. O contexto social da época

Ao longo do século XX e, sobretudo, no pós-Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos foram o país que mais exerceu influência no mundo, e considerado como único e com inovações. A influência da cultura americana através da música, dos filmes, dos hábitos, dava a impressão de modernidade. Eram desejadas por todos em um mundo que clamava por mudanças.

Os avanços tecnológicos produzidos no esforço de guerra, aplicados na indústria, somados à divisão internacional do trabalho, impuseram transformações e novidades em praticamente todos os aspectos da vida humana, tanto pela extraordinária rapidez quanto em sua universalidade. Embora as partes central e ocidental da Europa, além da América do Norte e uma pequena faixa de ricos e das grandes cidades já vivessem as revoluções, o que, para estes, tais transformações significavam apenas mais uma aceleração ou intensificação dos movimentos sociais e culturais do que revoluções propriamente ditas, é certo que, para a maior parte da humanidade, conforme explicou Hobsbawm (2007), a Idade Média “acabou” na década de 1960.

Em que pese o fato de que, nessa sociedade pós-industrial, parte da mão-de-obra humana tenha sido substituída por máquinas e novas técnicas de produção, a contrassenso, o proletariado na década de 1960 cresceu consideravelmente, exceto nos Estados Unidos. Isso deve-se a migração da mão-de-obra humana da velha para a nova indústria, sobretudo da Europa Oriental e nos países de Terceiro Mundo.

A Guerra Fria potencializou avanços tecnológicos, sendo exemplo a ser destacado a corrida espacial. No arrasto dessa transformação científica, ocorreram importantes mudanças, que, de acordo com Hobsbawm, (2007) são denominadas, respectivamente, de revoluções social e cultural.

Em se tratando da revolução social, Hobsbawm afirmou que “a mudança social mais impressionante e de mais longo alcance da segunda metade do século, e que nos isola para sempre do passado, é a morte do campesinato” (2007, p.284), por todo o mundo, o que, em outras palavras, significa que a população mundial se tornou urbana.

Na América Latina na década de 1970, os camponeses já eram quase minoria. A porcentagem de camponeses “se reduziu à metade em vinte anos na Colômbia (1961-73), no México (1960-80) e – quase – no Brasil (1960-80). Caiu em dois terços, ou quase isso na República Dominicana (1960-81), Venezuela (1961-81) e Jamaica (1953-81)” (2007, p.285). Já entre os britânicos na década de 1980, menos de três em cada cem britânicos eram agricultores.

No caso brasileiro, a despeito da influência cultural norte-americana, devem-se considerar as transformações socioeconômicas pelas quais o país passava. Até 1950, era um país predominantemente rural, sendo suas atividades voltadas para a exportação de produtos agrícolas. A industrialização no Brasil em 1950 promovida no governo de Juscelino Kubitschek e a concentração fundiária levaram ao êxodo rural. A partir de 1970, grande parte da população já morava na zona urbana e com muito mais acesso à saúde, educação, emprego etc. Conforme Mello e Novais (1988, p.581)

Foi assim que migraram para as cidades, nos anos 50, 8 milhões de pessoas (cerca de 24% da população rural do Brasil em 1950); quase 14 milhões, nos anos 60 (cerca de 36% da população rural de 1960); 17 milhões, nos anos 70 (cerca de 40% da população rural de 1970). Em três décadas, a espantosa cifra de 39 milhões de pessoas!

Muito embora a urbanização tenha trazido aspectos negativos, devido à falta de planejamento urbano, de uma política econômica menos concentrada e de uma política habitacional, a ocupação irregular nas principais capitais brasileiras fez aumentar a violência urbana, devido à insuficiência de oferta de emprego no curto prazo. Houve, ainda, o aumento da poluição dos rios e do ar devido ao volumoso número de indústrias, automóveis e habitantes, além das enchentes, em virtude de processo de asfaltamento e da própria ocupação irregular.

Se a porcentagem de camponeses diminuía, as cidades cresciam e com estas ocorriam várias mudanças, como, por exemplo, uma revolução no transporte público, que necessitava atender à nova demanda. Além disso, desenvolviam-se também os serviços de lojas e lazer, com os *shoppings centers*, concebidos pelos norte-americanos. Surgiam, por outro lado, as favelas baixas, quase sempre criados por um grupo de posseiros, onde a população vinda do campo passava a habitar. (HOBBSAWM, 2007)

O modelo da *mão invisível* de mercado de Adam Smith passou a coexistir com a mão visível do Estado do Bem-estar social. A partir da década de 1960, a intenção de os donos de empresas estarem juntos, pelos vínculos de parentesco e de amizade perdeu sua força em várias partes do mundo. As preferências deixam de ser familiares e a lei passa a regulá-las, pois o papel do parentesco passa a ser menor com as instituições governamentais.

Esse pensamento teve impacto não somente nas relações econômicas, mas se refletem também nas questões políticas, dos costumes e no modo de pensar das pessoas em geral.

Com a melhoria de vida das pessoas, a sociedade tornou-se uma sociedade de consumo. A vida dos operários nos países desenvolvidos transformou-se nitidamente e a televisão contribuiu imensamente com essa transformação. Ao invés de ir ao jogo de futebol, ao cinema e outros eventos, as pessoas passaram a fazê-los em suas casas com mais privacidade pela televisão. As diversões, que, antes, estavam somente disponíveis a milionários, agora estavam disponíveis na casa de todos. Tiveram acesso à compra de veículos, ainda que em prestações mensais, e também a industrialização da alta-costura e do comércio de cosméticos que começa a crescer em 1960 para atender a demanda. Em 1970 com a crise do petróleo e, em 1980, com as reformas neoliberais empreendidas com especial rigor na Inglaterra, em que houve desmantelamento dos sindicatos e os

operários, estes ficaram desassistidos, criando, assim, uma subclasse que configura na classe dos operários uma classe menos favorecida e que tinham voltado a ficar tão pobres quanto os do século XIX. (HOBSBAWM, 2007)

As inovações tecnológicas da época também contribuíram para a alteração da rotina da família dentro do lar. De acordo com Mello e Novais

dispúnhamos também de todas as maravilhas eletrodomésticas: o ferro elétrico, que substituiu o ferro a carvão; o fogão a gás de botijão, que veio tomar o lugar do fogão elétrico, na casa dos ricos, ou o fogão a carvão, do fogão a lenha, do fogareiro e da espiriteira, [...], o chuveiro elétrico; o liquidificador e a batedeira de bolo, a geladeira; o secador de cabelos, a máquina de barbear, concorrendo com a gilete, o aspirador de pó, substituindo as vassouras e o espanador; a enceradeira, no lugar do escovão; depois veio a moda do carpete e do sinteco (1998, p.563-564).

Além disso, surgiram também o aparelho de som, as vitrolas, o disco de vinil, a televisão, que possibilitaram o acesso a informações sobre o Brasil e o mundo. A inovação dos alimentos industrializados também trouxe para as donas do lar um alívio e cada vez mais tinham possibilidades de fazer tarefas domésticas em menor tempo.

No campo da educação também houve importantes transformações. Havia grande preocupação das famílias em colocar seus filhos na educação superior, pois era a melhor chance de conquistar para eles uma renda melhor, além do status social superior e a possibilidade de garantir um lugar na máquina estatal, e, portanto, poder e influência sendo uma fonte de verdadeira riqueza. (HOBSBAWM, 2007)

Existindo mais pessoas instruídas ou até mesmo alfabetizadas, as concepções de mundo naturalmente vão se modificando. Esse fenômeno também ocorreu no Brasil. Houve a ampliação do acesso à escolarização. Em 1964, a implementação do MOBRAL (Movimento Brasileiro de Alfabetização) promoveu não só a alfabetização funcional, mas também a educação continuada para analfabetos de 15 anos ou mais.

Com a criação de faculdades e universidades privadas no fim da década de 1960, o ensino superior começou a crescer e a aumentar o número de jovens matriculados. Esse fato coincidiu com o crescimento das políticas voltadas para a educação. A reforma universitária serviu para a ampliação da oferta de vagas no ensino superior, tendo em vista a insatisfação da classe média, que via seus filhos sem poder continuar estudando.

Não se pode olvidar que, no século XX, a grande maioria dos intelectuais europeus e americanos era de esquerda e via na União Soviética um modelo a ser seguido. Logicamente, a revolução dos costumes naquele país era acompanhada por estes, que irradiavam por seus livros e manifestações públicas esses valores na sociedade ocidental, fomentando essa mesma revolução em seus próprios países.

Por isso, dentro das universidades, o movimento estudantil ganhou força, devido à proposta de deixar o mundo muito melhor do que aquele que eles mesmos conheciam e não com base na velha sociedade em que seus pais viviam. A nova sociedade idealizada pelas rebeliões estudantis, trouxe como efeito mais imediato as greves operárias reivindicando por maiores salários e condições de trabalho, expressando o seu descontentamento político e social. (HOBSBAWM, 2007)

Ocorre que esses movimentos foram reprimidos pelas autoridades. Logo foram criadas outras organizações e novas ondas de repressão política. As manifestações do Movimento de Maio de 1968 na França, por exemplo, demonstravam que os jovens realmente queriam uma mudança radical não só nas políticas e nas leis repressivas, mas também na liberdade de expressão principalmente nas questões sobre o corpo e a sexualidade.

No Brasil, a Rua Maria Antônia, localizada na região central de São Paulo, em 1968, foi palco de confronto entre os estudantes da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo (FFLCH) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie, fato este conhecido como a “Batalha da Maria Antônia”.

Foi um movimento de resistência contra o regime militar em que participavam não só cidadãos comuns, mas também houve uma forte mobilização estudantil. Estudantes de direita e de esquerda se enfrentaram nessa rua da região central de São Paulo. O governo aproveitou a situação, endureceu o regime, promulgando o AI-5 em 13 de dezembro de 1968.

Durante os governos de Johnson e Nixon nos Estados Unidos, houve movimentos pacifistas contra a Guerra do Vietnã, mas também surgiram os movimentos feministas e os das minorias étnicas e sexuais, que lutaram pelos Direitos Civis, sobretudo liderado por Martin Luther King.

O movimento *hippie* tinha como característica um público predominantemente jovem, rico e escolarizado, que inconformado com as injustiças e desigualdades sociais e com a segregação racial abandonavam o conforto dos lares e rumavam para as cidades, para viverem com seus pares. Defendiam ainda os valores da natureza e a “paz e o amor”. Tinham seu estilo próprio e defendiam a ideia de amar ao próximo. Usavam roupas coloridas, sandálias e sapatos psicodélicos e cabelos compridos tanto para homens como para mulheres. Dentre os *slogans* da época, destaca-se: “É proibido proibir”, “O pessoal é político”, “Quando penso em revolução quero fazer amor”. (HOBSBAWM, 2007, p. 326) Nesse sentido, o grande Festival de *Woodstock*, fazia frente ao conceito de contracultura e com letras de protestos e revolucionárias. Ao mesmo tempo em que eram contra guerras, queriam liberdade, paz e amor, sexo e *rock´in roll* e a liberação das drogas.

Do movimento *hippie* surgem outros movimentos como o Flower Power, Black Power, Gay Power e o Women’s Lib, que dizia respeito às mulheres que lutavam pela liberdade. Com esses novos movimentos, as moças passaram a chamar a atenção para a sexualidade. Suas roupas já não eram mais de estilos tradicionais e também começaram a fazer uso de maquiagens fortes. A ideia era de demonstrar sua sexualidade e também o modo que encontraram para serem vistas como pessoas diferentes.

A moda em geral foi modificada e influenciada pelos jovens, pois o modo de se vestir demonstrava que os jovens passaram a ser pessoas de atitude e que lutavam por seus ideais. Para tanto, faziam o uso de roupas decotadas, sensuais e que marcavam o corpo. Nas ruas se viam moças usando minissaias, vestidos tubinho com a silhueta reta, roupas metálicas e botas brancas de cano longo. As roupas passaram a ser mais chamativas e coloridas. Os filmes em cores possibilitaram evidenciar a beleza das atrizes de Hollywood, trazendo a ideia de beleza ideal, e por conta disso a indústria de cosméticos começa a crescer, principalmente com a maquiagem para os olhos, boca e para a pele.

A mulher também passou a modificar sua vestimenta e adquiria roupas tipicamente dos homens, como o uso de calça comprida, da camiseta, de tênis e até da sandália. Em contrapartida, as roupas típicas de mulher são inovadas, como o caso do sutiã, que ficou macio, caindo-se em desuso a anágua. O biquíni substituiu os calções e as saias ficaram curtas. Adquiriu hábitos peculiares dos homens, o “que provocou a

reprovação dos caturras: mulheres fumando, fumando em público!” (MELLO e NOVAIS, 1988, p.571).

Além disso, o traje popular introduzido nas universidades americanas, o *blue jeans* por estudantes que não queriam se parecer com os pais. Tanto esse tipo de calça quanto o *rock* se internacionalizaram, tornando-se a marca da juventude moderna. Vale ressaltar, contudo, que isso ocorreu pelo fato de que os jovens se tornaram dominantes nas economias de mercados, porque representavam a massa do poder de compra e eram eles mesmos que criavam as inovações. (HOBSBAWM, 2007).

Fato curioso que ocorreu na Europa foi que os jovens das classes média e alta, que, cada vez mais tendenciavam a música e a moda, passaram a aceitar as roupas e até mesmo o linguajar da classe jovem operária. A predileção para o popular nos jovens das classes mais abastadas, tiveram até “alguns paralelos no Terceiro Mundo, como a defesa do samba pelos intelectuais brasileiros, pode ou não ter tido alguma coisa a ver com a corrida dos estudantes da classe média para a política e ideologia revolucionárias poucos anos depois”. (HOBSBAWM, 2007, p. 325)

Na realidade, essas mudanças de costumes tinham cunho político, porque era uma forma de contestar as instituições econômicas e políticas vigentes. As drogas espalharam-se e os jovens a usavam como expressão de contrariar aquilo que era permitido.

Esses movimentos musicais da década de 1960 produziram efeitos no Brasil, como nos casos da Tropicália e da Jovem Guarda, por meio dos quais figuras expressivas na música popular brasileira, como Gilberto Gil, Caetano Veloso, Chico Buarque, Elis Regina, Roberto Carlos, Wanderléia e Erasmo Carlos, surgiram para o público brasileiro.

A Tropicália foi um dos movimentos que trouxe fortes inovações, impulsionando não só a evolução da música, mas também a própria cultural nacional. Buscava um novo modo de se expressar culturalmente, notadamente marcado por influências mundiais, trazendo a paródia, a não aceitação da censura, a exploração do ser humano, a crítica à esquerda intelectualizada.

Para os tropicalistas, a mudança também era necessária, mas “ela devia acontecer de outra maneira: não por meio da política, mas a partir da crítica dos

comportamentos e dos costumes. Por isso eles se recusavam a ser “bons moços”, [...] e ter atitudes pouco convencionais”. (USP; UNIFESP, 2017). As letras das músicas traziam mensagens codificadas das quais só quem detinha uma bagagem cultural, as compreenderia. Embora a música de Caetano Veloso intitulada “*Alegria, Alegria*” exemplo do estilo de música do período, trouxesse consigo frases sem sentido e cheias de duplas interpretações, estas eram repletas de metáforas para burlar o regime militar. Por exemplo, a expressão “Caminhando contra o vento, sem lenço e sem documento”, que queria na verdade transmitir a ideia de que nada seria capaz de impedir esse caminhar, mesmo contra as regras que eram impostas na época ainda que lhe faltasse uma identidade.

A Jovem Guarda, por sua vez, foi outro movimento importante para a década de 1960. Surgiu em função de um programa televisivo da TV Record, criado em 1965 e apresentado pelo cantor Roberto Carlos. Além dele, outros cantores de destaque, como Erasmo Carlos, Wanderléia, Jerry Adriani, Ronnie Von, traziam em suas melodias cenários de paixões que eram dotadas de um clima descontraído. Geralmente servia de pano de fundo para povoar o imaginário dos fãs, o passeio de carro, a ida ao cinema. A televisão possibilitou o uso visual moderno e influenciou a cabeça dos jovens por meio de seus ídolos.

Este movimento foi bastante criticado. Questionava-se a despreocupação de seus expoentes com relações as questões políticas e entendiam que suas temáticas românticas demonstravam a falta de comprometimento com as questões e problemas até então vivenciados pelo país. Ao final da década de 1960, já havia perdido sua força.

A divergência de pensamento entre os adeptos da Jovem Guarda e do movimento Tropicália eram tão grandes que aqueles chegaram a se indispor com estes numa disputa pela audiência no rádio e televisão.

Outro fator de grande importância na mudança na revolução dos costumes deu-se com a pílula anticoncepcional. Conhecida como a “Mãe da Revolução Sexual”, esta surgiu do desejo de dar mais liberdade às mulheres que não conseguiriam se libertar enquanto não se libertassem sexualmente.

De acordo com Ujvari e Adoni (2014, p. 145), “as portas para a descoberta da pílula anticoncepcional se abriram pelas mãos do fisiologista austríaco Ludwig

Haberlant muito antes dos famosos anos 1960”. Em 1921, a descoberta partiu da preocupação do cientista em confirmar qual era o efeito causado no ovário de coelhas normais que tinham sido transplantadas com ovários de coelhas prenhas. Descobriu que os animais no período de gestação não engravidavam e que depois se tornavam novamente férteis. Anos depois os laboratórios identificaram as primeiras moléculas de hormônios sexuais. Em 1929, milhares de galões com urina de mulheres prenhas e mulheres gestantes foram analisadas em laboratório.

Asseveram ainda que as tentativas dos químicos eram de isolar, na urina, novas moléculas produzidas na gestação; pela primeira vez, foi identificado o estrógeno. Na década de 1930, surgiu o estrógeno injetável e a companhia canadense lançou o Premarin (hormônio fabricado a base da urina de éguas grávidas). Cinco anos depois surgiu a progesterona. Acontece que este método além de trabalhoso era muito caro. Além disso, a produção de progesterona era insuficiente para alcançar a quantidade necessária de sua molécula para bloquear a gestação em animais. (Ujvari; Adoni, 2014).

Tentou-se produzir esta molécula fora do organismo dos animais. Mais tarde novas pesquisas revelaram que ovelhas australianas se alimentavam de trevo de pastagens, rico em estrógeno e que este novo vegetal era a causa da esterilidade caprina. Novos avanços surgiram e em 1938 o químico norte-americano Russel Marker se empenhou nas pesquisas dos hormônios sexuais. Russel encontrou em uma planta americana com uma substância chamada sarsasapogenina, muito semelhante ao hormônio humano, e conseguiu sintetizar progesterona dos animais. Isso à época era uma vitória, pois não seria mais necessário buscar tal substância no líquido dos animais. Mas outro problema surgia: a planta americana era muito cara e a quantidade extraída da planta muito pequena. Em 1941, encontrou-se no México o inhame nativo e descobriu-se que o tubérculo americano submetido a reações químicas produzia outra substância semelhante à progesterona: a diosgenina e em grande quantidade. (UJVARI; ADONI, 2014)

No entanto os laboratórios Merck e Parke-Davis não se animaram para a produção da droga em larga escala. Russel então partiu para o México e em 1944 fundou o laboratório Syntex. Na década de 1950, a progesterona já era comercializada por outros laboratórios e os lucros da Syntex despencaram. Nesse mesmo período descobriu-se que as moléculas de colesterol, progesterona, estrógeno, cortisol e

testosterona eram semelhantes. Em 1951 Carl Djerassi que havia sucedido Russel nas pesquisas do laboratório da Syntex criou a noretindrona que tinha excelente absorção quando administrada via oral e surgia como uma forma de progesterona não mais injetável, mas em comprimidos. (UJVARI; ADONI, 2014)

Em 1953, reuniram-se na Fundação Worcester para Biologia experimental Gregory Pincus, diretor da instituição, a feminista, jornalista e enfermeira Margaret Sanger e a bióloga e milionária Katherine McCormick que foi apresentada ao Sr. Pincus por sua amiga Sanger. Ambas tinham algo em comum: lutavam em defesa das mulheres e para a invenção contra a gravidez. Sanger chegou a ser presa por abrir uma clínica de orientação para o controle de natalidade o que lhe dera ainda mais forças para lutar. Pincus tinha ânimo, mas sua fundação não disponibilizava de recurso financeiro para novas pesquisas que fizessem com que o sonho do método contraceptivo se tornasse realidade. Foi então que McCormick ofertou considerável importância monetária para a realização dos estudos necessários. Pincus contatou o obstetra John Rock para participar desse projeto.

Iniciados os trabalhos e a descoberta do método contraceptivo nos testes realizados, Pincus e Rock precisavam encontrar um local onde pudessem testar a droga em um número maior de mulheres para comprovar sua eficácia. Para conseguir a aprovação do FDA, órgão norte-americano que controla os medicamentos, uma vez que a lei de Comstock de 1873 ainda era vigente e proibia qualquer meio ou orientação que visasse à contracepção e apoiada pela Igreja, Pincus conseguiu convencer o laboratório Searle a testar sua progesterona oral na ilha de Porto Rico, pois, naquele momento, era algo que privilegiaria o governo, que precisava dar solução ao aumento populacional desenfreado. O governo via na proposta de Pincus a possibilidade de esterilizar as mulheres e efetivamente acabar com o problema.

No ano de 1957, o laboratório Searle conseguiu a autorização para a comercialização da droga, batizada como Enovid, mas aprovada como regulador menstrual e não como método contraceptivo. Na prática, a droga era receitada para ser utilizada como anticoncepcional, mas só em 1960 é que foi aprovada pela FDA como tal.

A pílula anticoncepcional mudou a cultura, a política e a economia e ainda inspira novas tecnologias e debates. A inovação desse medicamento propiciou a partir

da década de 1960 a possibilidade de manter relações sexuais apenas por prazer. Daí surgiu o termo controle de natalidade.

Se por um lado a pílula representou a libertação das mulheres, por outro foi objeto de grandes críticas. Principalmente pela Igreja Católica, que continuou sendo contra o método.

Finalmente, a grande mudança que afetou a classe operária e também a maioria de outros setores das sociedades desenvolvidas, foi o papel desenvolvido pelas mulheres casadas. Em 1940, as mulheres casadas e que trabalhavam somavam menos de 14% do total da população feminina dos Estados Unidos. Entre 1950 e 1970 a porcentagem quase duplicou e em 1980 eram mais da metade. Elas também obtiveram crescimento na educação superior.

Conquistar espaço no mercado de trabalho e ingressar no ensino superior, permitiram o reflorescimento dos movimentos feministas a partir da década de 1960. “Na verdade, os movimentos das mulheres são inexplicáveis sem esses acontecimentos”. (HOBBSAWM, 2007, p. 305) Conseguiram o direito ao voto e direitos civis iguais depois da primeira Guerra Mundial e da Revolução Russa.

Segundo Rago, as mulheres passavam por situação de humilhação nas fábricas e eram alvos de investidas sexuais dos patrões e dos contramestres. “Apesar das muitas greves e mobilizações políticas que realizaram nos estabelecimentos fabris entre 1890 e 1930, as operárias eram tidas como “moças infelizes e frágeis””. (2017.p. 578) Elas eram desprotegidas e emocionalmente vulneráveis aos olhos da sociedade, tornavam-se alvo do assédio masculino.

No começo do século XX, as mulheres operárias brasileiras eram imigrantes portuguesas, alemãs, italianas, que vinham trabalhar nas fábricas, especialmente em São Paulo. Elas trabalhavam nas fábricas de fiação e tecelagem, ao passo que os setores de metalurgia e mobiliário, por exemplo, eram ocupados pelos homens.

A quantidade de mulheres foi crescendo nas fábricas ao longo dos anos, conforme os dados, 49,95% em 1901 enquanto que as crianças representavam 22,79%. Rago observou que “no recenseamento de 1920, foram inspecionadas 247 indústrias têxteis; do total de 34.825 operários arrolados, 14.352 (41,21%) eram homens e 17.747(50,96%) eram mulheres”. (2017, p.581). Mas ainda não se supunha que elas

estavam conquistando espaço e substituindo os homens, pois muitas delas eram expulsas à medida que avançava a industrialização.

A discriminação das mulheres pelos homens era muito grande e as barreiras enfrentadas eram diversas, a começar pelo salário que era menor, além da intimidação e do assédio sexual pelo qual passavam. Note-se que isso era independente da classe social a que pertenciam, pois, o ambiente fabril era tido como predominantemente masculino.

Em termos de luta por igualdade entre homens e mulheres, a primeira onda dos movimentos feministas surge no século XIX até século XX. Durante este período, a preocupação era do sufrágio das mulheres possibilitando-as a ter o direito de votar, tal como aconteceu no Brasil na década de 1930, quando se permitiu o voto feminino pelo Decreto-lei nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Outra preocupação eram seus direitos trabalhistas e educacionais, ou seja, de assim como o homem, também estudar e trabalhar e obter os mesmos direitos. No entanto, não era o que acontecia. A mulher que trabalhava pouco acrescentava na renda familiar uma vez que seus rendimentos eram significativamente inferiores quando comparados ao dos homens.

Não se pode olvidar que, para os industriais, o trabalho feminino era economicamente lucrativo. Pagavam menos e exploravam ainda mais a mão de obra feminina considerando ser de capacidade produtiva baixa. Ao perceber que a força de trabalho feminina era tão produtiva quanto a masculina, o industrial acabava sobrecarregando as mulheres e remunerava-as em menores proporções, o que propiciava maiores ganhos por menor preço.

Com a entrada do migrante rural, os homens ocupavam os serviços na construção civil, e as mulheres, sendo antes exclusivas para prestar serviços do campo, passam a ocupar o cargo de empregadas domésticas, manicures, balconistas, enfermeiras, atendentes etc. A luta era grande, pois elas começavam com o amanhecer do dia e só acabavam depois da louça do jantar. As folgas eram raras, geralmente aos domingos depois do almoço. Contudo, quando passavam para o trabalho na indústria, na condição de empregadas adquiriam também acesso aos direitos trabalhistas. O número de mulheres que estava neste mercado de trabalho era muito pequeno porque a maior parte da população estava no início do século XX, no campo.

Já nas décadas de 1960 a 1980, a preocupação do movimento feminista era com as desigualdades legislativas e culturais que as mulheres sofriam, sobretudo com seu papel na sociedade. Lutavam por um tratamento de igualdade entre homens e mulheres. O fato de a mulher poder trabalhar representava uma declaração de independência e liberação feminina. Além disso, tornou-se uma maneira de equilibrar o orçamento doméstico, uma vez que os filhos da classe média passaram a frequentar o ensino superior. O reflorescimento do movimento feminista começa com as mulheres de classe média e já nas décadas de 1970 e 1980 se espalha entre as massas. As mulheres passaram então a tornar-se uma força política importante e o exemplo mais nítido foi a revolta das mulheres tradicionalmente fieis nos países católicos romanos contra doutrinas impopulares da Igreja.

A terceira fase por sua vez inicia-se no final da década de 1980 e pode-se dizer que perdura até os dias atuais na tentativa de verdadeiramente fazer com que ganhe seu efetivo espaço na sociedade.

A independência e liberdade femininas foram questões fundamentais para mudar o comportamento social. Eram questões que interessavam a todas e que se tornaram urgentes e “gerava uma profunda, e muitas vezes súbita, revolução moral e cultural, uma dramática transformação das convenções do comportamento social e pessoal”. (HOBBSAWM, 2007, p. 313)

Daí se depreende a importância da revolução social à revolução sexual, a qual fez com que a mulher conquistasse seu espaço na sociedade, tornando-se cada vez mais independentes, com contribuição para o desapego dos laços familiares e crescente número de famílias não tradicionais, em sua maioria formadas por mães solteiras.

2.2 A emancipação jurídica da mulher

Não se pode olvidar que, dos séculos XIII a XVIII, os conceitos que identificavam socialmente a mulher eram decorrentes de uma ideologia misógina, sendo a mulher a imagem da morte e do pecado, imoral, comprometida pela herança europeia e transmitida pela colonização lusitana.

O conceito contemporâneo de família hoje é amplo e verifica-se uma repersonalização das relações, baseadas na socioafetividade e na liberdade das relações familiares.

De acordo com Campos, o conceito de família contém “cargas semânticas diversas, ainda mais no passado”. (2003, p.237). Nem sempre foi assim, no sentido primitivo, a família era conceituada como a reunião de servidores e escravos pertencentes a uma única pessoa. Depois se estendeu para ser aplicado a todas as pessoas, parentes ou não, que vivem sob o mesmo teto.

Até o século XIX e meados do século XX o modelo familiar tinha como estrutura a família patriarcal, isto é, o casal com pais e filhos, em que a mulher trabalhava apenas para sua família, cuidando e satisfazendo ao marido, inclusive do ponto de vista sexual e cuidando dos filhos. O marido por sua vez era o cabeça da família a quem a mulher e os filhos deviam obediência.

No começo do século XX, esta visão não havia se alterado, até mesmo porque um século absorve ideologias preexistentes, conformando-as às novas condições. A mulher era aquela que deveria conceber filhos ao mundo, cuidar da casa e servir ao homem. Enfim, a sua imagem sempre a mesma: “era animal de carga ou de preço, subjugado pelo homem”. (CAMPOS, 2003, p.337-342).

Reich apontou que o direito soviético preconizava “o fim da ordem moral autoritária é a subjugação sexual” (1981, p.111). Em 1917, Lênin baixou dois decretos, um intitulado como “Da dissolução do matrimônio” e outro “Do casamento civil, dos filhos e do registro do estado civil” de fundamental importância pois trouxe novos direitos e deveres aos cônjuges, sobretudo da mulher. Conforme observado por esse autor, “ambas as leis privavam o marido do direito de chefia na família, davam à mulher autodeterminação integral material e também sexual, declaravam natural que uma mulher pudesse determinar livremente nome, domicílio e cidadania”. (REICH, 1981, p.111) Essas leis revogavam o poder patriarcal com a perda do poder da burguesia e do Estado e seu controle de repressão sobre a família. Elas também influenciaram na dissolução do casamento compulsório.

A partir da segunda metade do século XX, nos países ocidentais tidos como desenvolvidos, tal qual Inglaterra e Gales é que, a estrutura familiar começou a mudar.

Exemplo dessa mudança foi o número de divórcios que cresceu de 1 para cada 58 casamentos em 1938, e de um divórcio para 2,2 casamentos na década de 1980. (HOBSBAWM, 2007, p.315)

Evidente que, para tamanho crescimento dos divórcios, algo acontecia de diferente. Os principais fatores foram: uma diminuição substancial no número de casamentos formais, tradicionais, e a redução do número de mulheres pelo desejo de ter filhos, principalmente após o advento da pílula anticoncepcional.

Importante também esclarecer que as mudanças ocorriam e não eram de forma proporcionalmente iguais em todo o mundo e que as leis mais serviam para reconhecer “do que criar o novo clima de relaxamento sexual”. O que antes era proibido “não só pela lei e a religião, mas também pela moral consuetudinária, a convenção e a opinião pública” passa a ser permitido. (HOBSBAWM, 2007, p. 317)

No Brasil, com as revoluções dos costumes e sexual que se encontravam em curso, as mulheres encontraram a oportunidade de ampliar seus espaços na sociedade, superando-se a ideia de que elas eram socialmente incumbidas da árdua tarefa de cuidar da casa, dos filhos e satisfazer seus maridos. Muito embora somente com a Constituição Federal 1988 a mulher tenha conseguido uma situação de plena igualdade jurídica, a luta pela igualdade sexual e emancipação da mulher teve seus reflexos no Direito brasileiro já no início da década de 1960.

Na redação original do Código Civil de 1916, a mulher casada tornava-se relativamente incapaz para o exercício de direitos e deveres na ordem civil, como segue: “Art. 6º são incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

Consequentemente, as decisões familiares eram exclusivas do marido. É o que se definia no art. 233 do Código Civil de 1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I - a representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV); IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III); V - prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Além disso, a mulher ainda competia todo o trabalho da casa e, sendo ela o ventre gerador, tinha também de cuidar dos filhos. Além disso, pela redação original do Código Civil, o seu salário era administrado pelo marido, pois era relativamente incapaz.

Na visão de Monteiro (1952), a justificativa para este trecho encontrava guarida em algumas afirmações como: ao marido compete à chefia da sociedade conjugal em função da fragilidade da mulher, a ideia não era apresentar traços de superioridade em relação a esta, mas sim defendê-la; o marido é representante legal da família, mas não da mulher. A visão dele parecia, no entanto, uma pouco protecionista, pois posteriormente se comprovou que a mulher era tão capaz quanto o homem.

Devido às mudanças sociais ocorridas no Brasil, o primeiro passo na melhoria da condição jurídica da mulher deu-se com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62), o qual revogou diversos artigos do Código Civil de 1916. O primeiro deles é a questão da capacidade de agir da mulher.

Veja-se agora a redação dada pelo Estatuto da Mulher Casada em 1962 para o mesmo art. 233 do Código Civil:

Art. 233 O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe:

I - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311); III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

O homem, a partir do Estatuto da Mulher Casada, passava a ter apenas o direito de fixar o domicílio da família e não mais mudá-lo. Em contrapartida, mesmo deliberando sua fixação, se a deliberação prejudicar a mulher, esta tinha o direito de recorrer ao juiz para que não a prejudicasse.

A mulher também já não precisava mais de autorização do marido para ter uma profissão nem para ter residência fora do teto conjugal. Isso à época representou grande evolução.

Contudo, se, por um lado, a mulher adquiriu direitos pela redação do art. 240 do Estatuto, ela passou a ter o dever de velar pela direção material e moral na condição de

companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, o que não ocorria com no Código Civil de 1916. Veja-se o art. 240 do Código de 1916: *A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos de família (art. 324).*

Outra importante mudança advinda em 1962 foi a possibilidade de a mulher aceitar ou repudiar herança, bem como tutela e curatela e principalmente litigar em juízo civil ou comercial, nos termos da nova redação do art. 242 do Código Civil de 1916.

Também lhe foi autorizado dispor livremente do fruto do seu trabalho e dos bens com ele adquiridos (art. 246). Ficavam de fora para efeitos de sucessão os bens da herança necessária e os bens reservados (art. 263, incisos XI e XII) todos do mesmo dispositivo legal, assim como os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder e os demais bens que se consideravam também excluídos da comunhão universal (art. 273).

Quando do desquite judicial, os filhos menores passam a ficar com a mãe, salvo se isso prejudicar a moral daqueles; se os filhos não puderem ficar com nenhum dos pais, podia o juiz determinar quem ficaria com a guarda. (art. 326).

Outro ponto importantíssimo é o poder familiar. A partir de então, não perderia o direito ao pátrio poder a mãe que se casasse novamente (art. 393).

2.3. A luta pelo divórcio no Brasil

Até chegar ao ano de 1977, muita batalha foi travada entre os defensores do divórcio e aqueles que eram contrários a esse instituto jurídico. A Igreja Católica, até os dias atuais, não admite a quebra do vínculo decorrente do casamento. Porém, com todas as transformações ocorridas no século XX, muitas pessoas casadas passaram a não querer mais conviver juntas umas com as outras e pretendiam dar fim a sociedade conjugal.

Para Campos “a ‘boa’ família era aquela constituída por um homem e uma mulher e que apenas a morte poderia separar os consortes”. (2016. p.954)

Na verdade, a desavença pairava entre a disputa de quem deveria regular as questões pertinentes à legislação da família. A Igreja atacava com rigor a tentativa de regulação dessa matéria pelo Estado. Julgava ser o órgão máximo de competência nessa matéria. Seu discurso era de que a família era a pilastra da coletividade e que, portanto, o Estado não deveria intervir. Se, por um lado, a Igreja Católica era a propagadora do pensamento de que só ela era capaz de promover a união entre pessoas e de força eficaz, o Estado, por sua vez, utilizava-se do Código Civil de 1916 para reafirmar a transferência de bens ou pessoas do regime religioso passando os bens ao regime civil, laicizando-as. (Campos, 2016)

O século XX foi muito importante para o direito de família, pois foi nele que pela primeira vez se admitiu a possibilidade do desquite e posteriormente do divórcio.

Analisando-se a etimologia da palavra, divórcio vem do latim *divortium* e significa separação, derivado do verbo *divertere*, que vem de afastar-se e tomar caminhos opostos. Segundo Almeida, “os romanos estabeleciam uma distinção entre o *divortium*, como o desejado por ambos os cônjuges, e o *repudium*, desejado por apenas um dos cônjuges”. (2010, p.14)

Já Monteiro (1952) asseverava que no direito romano havia duas formas de divórcio: o *bona gratia* quando o consentimento era mútuo e o *repudium* quando pela vontade de só um dos cônjuges ou quando um poderoso homem tivesse interesse pela mulher de um varão humilde.

O Concílio de Trento, que, no Brasil, teve vigência sob a forma das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, de 1707, e manteve sua vigência pela Lei n. 34, de 3 de novembro de 1827, regulava o sacramento do matrimônio. Casamentos somente podiam ser dissolvidos pela morte ou se fosse possível a prova de algum impedimento que o tornasse nulo.

Nas primeiras décadas do século XX, em conformidade com a legislação republicana, ainda vigorava o princípio da indissolubilidade do casamento. Vale esclarecer que o instituto do divórcio já era previsto no art. 82 do Decreto nº 181 de 1890. Mas, neste contexto o divórcio era sinônimo de desquite e não como divórcio, pois este não colocava fim à sociedade conjugal. Ainda existia o entendimento de que o casamento somente poderia ser desfeito com a morte.

Com o advento do Código Civil de 1916, adotou-se o termo desquite, regulamentado pelos arts. 317 a 324, o qual mantinha as disposições semelhantes ao Decreto nº181, de 1890, por não colocar fim à sociedade conjugal, mas apenas por romper a convivência dos cônjuges sob o mesmo teto, dividindo-se os bens. Mesmo assim, registra-se que não eram todos os casos passíveis do desquite, mas por razões excepcionalíssimas.

A impossibilidade de dissolver o casamento significava que os consortes não poderiam contrair novas núpcias e, se assim o procedessem, essa nova constituição familiar não seria alcançada pelas normas jurídicas em vigor da época. Era permitido de forma judicial somente com fundamento no adultério, ou pela tentativa de morte, pela sevícia ou injúria grave, pelo abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Neste momento, cabe destacar algumas características do Código Civil de 1916, a fim de demonstrar como este impedia a mudança cultural e de costumes para que, enfim, fosse permitido o divórcio no Brasil.

O Código Civil de 1916 trazia um título relativo à dissolução da sociedade conjugal e à proteção da pessoa dos filhos. O art. 315 dispunha como se dissolia a sociedade conjugal:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjugues, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, Segunda parte.

A primeira hipótese de dissolução da sociedade conjugal era a morte dos cônjuges. Tendo em vista a ideia de que o casamento era indissolúvel pelo ser humano e “o que Deus uniu o homem não separa”, a morte evidentemente era a separação do casal feita por Deus. Ademais se um dos cônjuges morria, era materialmente impossível a subsistência desta sociedade.

A segunda hipótese era a de nulidade ou anulação do casamento, na qual, pessoas que podiam casar, realizavam-no em infração às regras previstas em lei acerca

da inconveniência dessa relação para a sociedade, como nos casos de incesto, casamento anterior e tentativa de bigamia desconhecida do cônjuge inocente.

A terceira possibilidade era a de desquite, amigável ou judicial, que também colocava fim a sociedade conjugal, mas não ao casamento. Colocar fim à sociedade conjugal significava apenas o fim do dever de viver junto sob o mesmo teto e impunha a partilha dos bens. Porém, a não dissolução do casamento importava a impossibilidade de casar novamente e constituir nova família, porque o vínculo não se dissolvia igual como ocorreria na hipótese da morte. É o que se observa na redação do art. 322, descrito a seguir: “Art. 322. A sentença do desquite autoriza a separação dos conjugues, e põe termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse anulado (art. 267, n. III)”. Ambos os artigos eram intencionalmente positivados pelo legislador para que a pessoa desquitada não pudesse casar novamente, funcionava como uma sanção por não ter conseguido manter uma família.

Exceto se houvesse mútuo consentimento para o desquite, a sua decretação deveria obedecer alguns requisitos que eram taxativos e restritivos, e são eles: a) o adultério, se o autor não houvesse concorrido para que o réu o cometesse, ou se o cônjuge inocente o perdoasse, presumindo-se o perdão se continuassem coabitando juntos; b) se um cônjuge tentasse matar o outro; c) por sevícia (maus tratos) ou injúria grave. Note-se que caracterizava injúria grave a simples aproximação de um homem ou mulher casados com pessoa de sexo oposto que ensejasse comentários da vizinhança sobre o presumível relacionamento amoroso; d) o abandono voluntário do lar conjugal, por dois anos contínuos. Se o outro cônjuge tivesse dado causa ao abandono, não configurava ensejo para a ação de desquite.

E o que se observa na redação dos arts. 317 e 319, descritos abaixo:

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I. Adultério.

II. Tentativa de morte.

III. Sevícia, ou injúria grave.

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Art. 319. O adultério deixará de ser motivo para desquite:

I. Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse.

II. Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado.

Parágrafo único. Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado.

Outros pontos interessantes a serem abordados referem-se a pensão alimentícia e a utilização do nome do marido.

A mulher que fosse declarada inocente e pobre na ação de desquite tinha direito à pensão alimentícia paga pelo marido no valor fixado pelo juiz. No entanto, se declarada culpada, ou se fosse rica, perderia tal direito. Nesta última hipótese, teria a possibilidade de se erguer. O problema consistia na mulher declarada culpada, que, além de não poder se casar novamente, ficava em difícil situação financeira. Além de mal falada, perdia a guarda dos filhos. Perdia também o direito de usar o nome do marido, o que, à época, era uma desonra. É o que se depreende dos artigos que seguem:

Art. 320. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.

Art. 324. A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido (art. 240).

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

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

Como a legislação que tratava do assunto, no caso, o Código Civil, era de 1916, e este já não correspondia mais aos novos valores das décadas de 1960 e 1970 no Brasil, este impedia as mudanças geracionais dessas décadas, clamando cada vez mais para a criação da Lei do Divórcio.

Ao longo da década de 1960, a discussão sobre o divórcio no Brasil ainda dividia as opiniões. A oposição da Igreja Católica nessa matéria era nítida e durante muito tempo aceita pela sociedade, mas não foi suficiente para deixar de ser objeto de discussões acaloradas durante muito tempo.

No próprio Congresso Nacional, os congressistas tinham opiniões tão divididas quanto à população. Aliás, a matéria já era discutida não somente pela ordem religiosa, mas também por médicos, juristas e tantos mais. A tradição, até esse período, era de que o casamento civil era acompanhado do casamento religioso. Se, por um lado, havia a corrente antidivorcista defendida pelo padre Arruda Câmara, a corrente contrária defendida por Nelson Carneiro, clamava pelo divórcio.

Adeptos da primeira corrente, como o padre Leonel Franca, autor da obra *O Divórcio*, defendiam que a sociedade conjugal era indispensável à existência, a formação e ao aperfeiçoamento do homem e garantiria ainda a perpetuidade da raça. Nesse sentido, a monogamia indissolúvel era essencial. Para ele, o divórcio romperia com a harmonia natural advinda do casamento, pois sua razão de ser que era a prole, restaria prejudicada com a dissolução do mesmo. (FRANCA, 1946)

Para os contrários ao divórcio, o casamento era a base da sociedade e serviria para dar a continuidade da família. O pensamento dos antídorcionistas era tão forte que, em sua concepção, a introdução do divórcio nos costumes, segundo Monteiro, seria como “cavar brechas ainda maiores no seio da instituição, facilitando ou apressando a desagregação da família”. (1952, p. 188)

As questões sobre afeto ou felicidade dos cônjuges não eram discutidas nem consideradas importantes. Através da perpetuidade da família pelo casamento é que a Igreja Católica continuaria a exercer seu poder sobre a sociedade.

O casamento subsistia não para servir como relação de afeto, mas “ao contrário, como dever de casamento, ou seja, de sacrifício pessoal para assegurar crescimento espiritual dos cônjuges e desenvolvimento da prole”. (MONTEIRO, 2014, p.61) E, mais, acreditavam que a tão sonhada modernização da sociedade não seria alcançada com a dissolução do vínculo matrimonial.

As mudanças dos paradigmas do ponto de vista do casamento como forma de vínculo conjugal, afastariam a possibilidade de a Igreja continuar ditando as regras sobre direito de família. O divórcio seria então a destradicionalização ou flexibilização dos modelos familiares. Seria mais um passo para a secularização do casamento e colocaria fim à família por meio da dissolução conjugal.

Segundo Almeida, “a crítica da igreja católica de inspiração tradicionalista conclui que a institucionalização do divórcio conduzirá inevitavelmente a uma mudança social sem norma e sem referência transcendente, incapaz de definir e salvaguardar todas as leis naturais ou reveladas que devem reger a vida social”. (2010, p.14)

Washington de Barros Monteiro, um dos grandes juristas do Direito Civil Brasileiro, também pertencia à classe dos antídorcionistas. Para ele o casamento era uma grande instituição social que nasceria com a vontade dos nubentes, mas que se sujeitaria

às normas e que não seria possível a dissolução por simples vontade destes. Por outro lado, defendia o desquite ao divórcio, pois além de afastar situações de incompatibilidade era uma forma de coibir a conduta do adúltero que não poderia se casar levando a infelicidade a outras pessoas. Era também uma forma de evitar a liberdade dos costumes que levaria a irresponsabilidade, pois o divórcio assim como o desquite prejudicariam a prole que não seria assistida conjuntamente pelos pais. Ressalta ainda que novos arranjos familiares poderiam trazer maiores problemas, uma vez que o novo esposo ou esposa não teriam o mesmo apreço pela prole do antigo cônjuge. (MONTEIRO, 1952)

Fato é que essa discussão perdia cada vez mais espaço e era fortemente questionada, passando a ser objeto de inúmeros projetos de lei na tentativa de instituir o divórcio no Brasil.

Destaca-se que muitos foram fracassados. Mas a luta de Nelson Carneiro, o grande defensor do divórcio no Brasil, persistia e era nos debates parlamentares da época que se via que o assunto despertava interesse e exaltava os ânimos quando se discutia sobre o assunto.

Para seus adeptos, o divórcio atenderia a uma demanda crescente composta não só de homens, mas principalmente, de mulheres insatisfeitas com suas escolhas sentimentais e que buscavam cada vez mais conquistar espaços na sociedade patriarcal.

De acordo com esta segunda corrente, a insistência num casamento infeliz, impactaria na prole. Ruína também seria no caso de adultério, em que o homem ou a mulher mesmo que ainda jovens deveriam permanecer eternamente em castidade. Isso de fato seria uma infelicidade.

Interessante é notar que as pessoas defendiam ou refutavam a ideia do divórcio de acordo com suas convicções religiosas. Quanto maior a crença religiosa, maior era a defesa contra o divórcio; quanto menor crença mais apoiavam o divórcio.

Nelson Carneiro, em sua obra *A luta pelo divórcio*, apresenta uma comédia que serviu como instrumento de propaganda intitulada *O culpado foi você!*, transmitida inclusive pela televisão. Nesta comédia, pelo diálogo entre dois personagens é possível observar qual era o pensamento da época sobre mulheres divorciadas. Senão veja-se:

Anselmo- ...tem que ter cuidado especiais com o amor. As solteiras e as viúvas querem casar. Com as casadas há sempre o risco de aparecer o marido. Restam as desquitadas. Ah! uma desquitada! A gente advinha de longe. Não precisa saber-lhe o nome. Basta o estado civil. Parece trazê-lo escrito na testa. O mais é fácil. **Uma mulher desquitada é uma mulher a quem todo o homem tem o direito de fazer uma insinuação, de ferir com um olhar de desejo, de encaminhar uma proposta de amor.** (grifos nossos).

Aragão-Exagero, Anselmo. Não generalize. Há as desquitadas por culpa do marido. As inocentes.

Anselmo- Depois do desquite, Todas são apenas desquitadas. Quando enchem as fichas num hotel, ou ingressam num serviço público, não declaram se foram julgadas inocentes ou culpadas. São apenas desquitadas. Prêas aos maridos pela corrente do vínculo indissolúvel, são as mais livres mulheres aos olhos de todos os demais homens. Inocentes ou culpadas, que importa? **O destino de umas e de outra é o mesmo. Ou a renúncia, o isolamento, ou o concubinato, a aventura [...].** (grifos nossos). (1973,111)

Desse modo, constata-se que a mulher uma vez casada, para continuar sendo respeitada pela sociedade, não poderia se desquitar, pois do contrário, seu fim seria o isolamento ou o concubinato.

Outra característica consistia em dizer que se o casal se desquitou, porque o marido teria abandonado a mulher e o teria feito por culpa sempre dela ou por adultério, “sem indagar se não foram os maridos que, por ação ou omissão, mais por omissão de que por ação, empurraram as próprias esposas a braços mais compreensivos”. (CARNEIRO, 1973, p. 132)

A situação de inferioridade da mulher, inclusive do ponto de vista jurídico, registra-se desde longa data na Inglaterra, como se depreende do trecho que segue:

sob muitos aspectos a situação jurídica das mulheres era inferior à dos homens. O marido que assassinasse a esposa era apenas enforcado, enquanto a mulher que matasse seu marido ainda era queimada viva. A mulher que cometesse a indecência de sentar-se no mesmo banco que seu marido, durante o culto, estava sujeita a penas impostas pelos tribunais eclesiástico (1987, p.296).

Note-se que, durante as décadas de 1960 e 1970, não se admitia que desagregação familiar fosse por culpa do homem. A mulher, em regra, era sempre a culpada pelo casamento não ter sido bem-sucedido.

No entanto se esquecem de que “para que não mais subsista a nobre instituição, bastaria que as esposas, de agora por diante, comessem a julgar os maridos sob os mesmos critérios com que por eles são julgadas”. (CARNEIRO, 1973, p. 130-131)

Outra característica impiedosa, que recaia sobre a mulher que fosse desquitada, era a de ter que abandonar o apelido do marido. Além disso, a impossibilidade de pleitear alimentos se já os tivesse renunciado uma vez.

Veja-se a situação da mulher que optasse pelo desquite. Era considerada como mulher desonrosa, sem grandes oportunidades de emprego, nem amparo legal de dever de assistência a ser prestada pelo ex-cônjuge. Caso houvesse filhos, estes ficariam depois de certa idade necessariamente com o homem.

Por falta de uma lei que até então realmente atendesse os interesses da sociedade, as pessoas eram obrigadas a conviver com quem não mais queriam pelo resto de suas vidas. Mesmo com o desquite, nunca mais poder se casar novamente, pelo fato de que o vínculo conjugal jamais se extinguiria.

Refletindo sobre o adultério, a situação parece ser ainda pior, ao saber que houve transgressão da regra de fidelidade conjugal imposta aos cônjuges e que o adúltero manteve relações carnavais extraconjugais, necessitando que o parceiro seja obrigado a no mínimo manter o vínculo conjugal com o outro.

Segundo Carneiro, o antídiorcismo vigente à época, deixava desprotegidas também as mães solteiras que, desamparadas pela lei e pelo desprezo moral da sociedade, prejudicava seu equilíbrio mental e ensinavam-lhe a ser consideradas como pouco menos que criminosas, sofrendo a mãe e o filho (1973).

A Lei e a Igreja não reconheciam os filhos havidos fora do casamento. Mas como assevera Campos (2003, p.233), “as formas de organização da família variam e nenhuma pode ser tomada como referencial absoluto”. Logo, excluir os filhos, antes chamados de bastardos era cometer injustiças com aquele que nem ao mundo pediu para estar.

A Igreja Católica, ao defender o princípio dos ensinamentos de Jesus de que *quo Deus conjunxit, homo non separet* (que não separe o homem o que Deus uniu), ignorava a realidade de que, aos olhos de Deus, já era certo que o casamento estava arruinado,

fracassado, e as pessoas separadas, estavam cheias de mágoas, ressentimentos, amarguras, angústias, desgostosos e infelizes.

Se pelo casamento se buscava a união de duas pessoas para serem felizes, caso não houvesse mais felicidade, esse deixaria de existir e não tinha mais sentido persistir.

A persistência só traria ainda mais dissabores. Esses aborrecimentos impactariam sobremaneira na vida daqueles que não mais desejassem levar uma vida em comum. A vida pessoal divide-se em vários aspectos - vida profissional, familiar, acadêmica etc - não há ninguém que consiga estar bem em todas estas, se o seio familiar já está destruído.

Como bem observado por Monteiro, até entre os evangelistas São Lucas, São Marcos e São Mateus havia contradições aparentes sobre o divórcio. “[...] para São Lucas e São Marcos, Jesus condenou o divórcio de maneira absoluta, sem exceção alguma, ao passo que para São Mateus, o teria admitido ao caso de adultério”. (MONTEIRO, 1952, p. 185)

Os antídorcionistas defendiam a ideia de que o problema do desquite não estava nas leis, mas na dissolução dos costumes, do predomínio das paixões individualizadas e da falta de temor a Deus.

Observa Campos que “tornou-se um problema descobrir a lógica social de tais sistemas, sobretudo em suas relações com os sistemas externos de comportamentos observáveis, como por exemplo, por intermédio da análise das normas jurídicas”. (2003, p.233)

Tanto a Igreja Católica quanto as Leis desfavorecem a mulher em detrimento da continuidade do sistema, pois, assim, mesmo o Estado sendo laico, ainda consegue manter seu discurso de manipulação pelas leis.

Foi em meio à luta travada que a proposta de Nelson Carneiro foi aprovada e deu ensejo a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, alterando a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição Federal, passando a permitir a dissolubilidade do casamento desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos.

Consequentemente, em 26 de dezembro de 1977, foi promulgada a Lei nº 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, a qual dispunha em seu art. 24 a possibilidade de por fim ao casamento.

A inovação da Lei nº. 6.515 consistiu não só ampliar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, mas também acrescentou os institutos da separação judicial e do divórcio inexistentes no Código Civil. Dessa forma, o art. 2º revogou o art. 315 do Código Civil de 1916.

Art. 2º A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único. O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

O desquite, por sua vez, foi transformado em separação judicial, pelo que pode se observar pelo art. 3º da Lei do Divórcio, muito similar à redação do artigo 322 do Código Civil de 1916.

Art. 3º A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

Art. 5º A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

Art. 7º A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens.

O divórcio colocava fim à sociedade conjugal e aos efeitos civis do matrimônio religioso, possibilitando a qualquer dos cônjuges casarem novamente.

Art. 24. O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.

Parágrafo único. O pedido somente competirá aos cônjuges, podendo, contudo, ser exercido, em caso de incapacidade, por curador, ascendente ou irmão.

Apesar das ressalvas depois de sua promulgação, a Lei do Divórcio foi objeto de críticas. Ela já nasceu com vários obstáculos na tentativa de evitar o rompimento do casamento, como, por exemplo, a criação da separação judicial e a tentativa do juiz em promover a reconciliação do casal.

Diante do exposto, é possível tirar uma lição: o direito só existe em função da sociedade. Este existe para regulamentar as zonas de conflitos e normalizar os costumes que já eram aplicados pela sociedade. Assim, como a sociedade é dinâmica o Direito tal qual deve acompanhá-la.

Com a evolução da sociedade, novos costumes nascem e, novamente, o Direito precisou regular essas relações. A possibilidade de reconhecer a dissolubilidade do vínculo conjugal a partir da alteração constitucional e da promulgação da Lei do Divórcio, demonstrou-se “a diminuição da intervenção estatal nesta seara, porquanto os cônjuges passaram a poder decidir pelo desfazimento do vínculo matrimonial e, até mesmo, unir-se em nova união posterior”. (MONTEIRO, 2014, p. 69)

Quando já não há mais amor, não há o que se fazer. Conforme asseverado por Carneiro (1973, p. 312), “não há lei, não há preconceitos, não há nada que resista. No dia em que o amor perece no coração dos cônjuges, então este casamento se destrói por si mesmo”.

Depois de tanta luta, a sociedade já não mais admitia os velhos padrões e modelos de concepção de casamento. Por meio dos registros dos relatos das pessoas que se encontravam nessas situações, e que ficavam evidenciados na jurisprudência da época, é que hoje se pode perceber o clamor da sociedade por mudanças nas relações familiares.

As pessoas não mais precisariam estar sujeitas às Leis de Deus, mas à Lei do Estado, que passaria a regular essas questões trazendo garantias legais. Conclui-se que a perda do poder da Igreja Católica ocorre pela laicização do Estado, como também pelo fato de as pessoas passarem a questionar os seus ensinamentos e pela própria evolução do pensamento da sociedade.

3. Memória e jurisprudência na *Revista dos Tribunais*

Esta parte da dissertação tem a finalidade de demonstrar, por meio dos casos concretos levados aos tribunais, como a jurisprudência é uma espécie de memória social. Para tanto, serão analisadas nos julgados as circunstâncias sociais que levaram os homens e as mulheres a solicitar o desquite, ainda que, embora não colocasse fim ao casamento, permitia a separação de corpos e a partilha do patrimônio comum.

Por meio da jurisprudência, pode-se lembrar do drama das pessoas casadas que vivenciavam problemas conjugais, entender as dificuldades encontradas para que as pessoas pudessem se desquitar, ou até mesmo a impossibilidade de solução do problema pelo Poder Judiciário em razão da proibição do divórcio.

Não se pode olvidar que, conforme ensinou Reale, a jurisprudência “é a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. (1999, p. 167) E que, portanto, é a aplicação do direito pelos juízes nos casos concretos, a fim de solucionar os conflitos gerados pela sociedade, entre indivíduos e grupos.

No entanto, a jurisprudência que se formou nos casos sobre o desquite, permite concluir a necessidade de mudança legislativa naquela época. Os desembargadores, inevitavelmente, analisavam o caso concreto sob o enfoque do fato, valor e norma. O valor que ele atribuía ao caso fazia toda a diferença na decisão.

Nos julgados, encontravam-se as mais diversas razões para pleitear o desquite. As demandas eram em função de humilhação e ofensas atribuídas ao marido, abandono do lar conjugal, sevícias praticadas pelo esposo, adultério e outras tantas.

Vale destacar que, para a mulher vencer uma ação de desquite litigioso, deveria demonstrar a culpa do marido, o que por vezes era impossível. Outro ponto é que a mulher desquitada sofria fortes pressões sociais. Afinal, ela era desquitada e, por ter essa condição jurídica, podia trazer má influência para as mulheres casadas, para a família e para a sociedade.

Os acórdãos analisados foram publicados na *Revista dos Tribunais*. Essa revista tinha na década de 1960 publicações do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Alçada do

Estado de São Paulo, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Alguns anos depois, se expandiu para outros Estados.

Seu fundador foi Plínio Barreto, sendo este membro participante do governo e também diretor do jornal *O Estado de São Paulo*. A revista teve em sua direção o advogado Noé Azevedo, que exerceu papel fundamental na advocacia brasileira, tendo inclusive exercido o cargo de presidente da OAB e cujo mandato foi um dos de mais longa gestão. Estiveram ao seu lado na direção, o jornalista Nelson Palma Travassos e os juristas Philomeno J. da Costa e Lauro Malheiros.

O primeiro acórdão selecionado, publicado no volume 291 da *Revista dos Tribunais*, datada de janeiro de 1960, é a apelação nº. 84.660, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Adultério – Perdão – Ocorrência pretendida pelo fato de haver o autor, posteriormente, mantido relações sexuais com a mulher – Inexistência – Comércio sexual em encontros fortuitos – Ausência de condições de convivência debaixo do mesmo teto – Decisão confirmada – Aplicação do art. 319, parágrafo único, do Código Civil.

Este caso refere-se ação de desquite litigioso proposto pelo marido contra sua mulher. Ele alegou que o motivo da ação era por adultério cometido pela sua esposa e que, por conta disso, ela deveria perder o nome do autor da ação e a guarda da filha menor. Ela, por sua vez, em sua defesa, alegou tratar-se de injúria grave decorrente da acusação de adultério, por ter sido expulsa do lar conjugal e sofrido ofensas graves.

O Tribunal reconheceu que a mulher foi a causadora da separação do casal, porque testemunhas teriam visto um homem, tido como “conquistador barato”, conversar com a ré diversas vezes nas ruas da cidade e no ponto em que tomava ônibus para ir lecionar. Também teriam visto esse mesmo homem rondar a casa da mulher de noite e nela ter ingressado, assim como relataram que esse homem teria contado a duas pessoas que mantivera relações sexuais uma vez com a mulher.

Por outro lado, a mulher não conseguiu comprovar a expulsão e as injúrias graves por parte do marido. Porque, tendo ele descoberto a traição, ficou furioso e ofendeu a sogra. Na visão do Tribunal, essa atitude teria ocorrido “em momento de irritação justificável”. Também não se aceitou a alegação da mulher de que o marido a

perdoara, pelo fato de que eles tiveram relações sexuais três vezes, sendo uma delas dentro do automóvel.

Quanto à filha do casal, o Tribunal entendeu que a criança deveria ficar com a mãe, a despeito do que determinava o art. 326 do Código Civil de 1916, segundo o qual a criança deveria permanecer na guarda do cônjuge inocente. Como resultado, o Tribunal decretou o desquite, a esposa perdeu o nome do marido, mas ganhou o direito de cuidar da filha pequena.

Análise do acórdão: este caso consiste em desquite litigioso por ausência de condições de convivência sobre o mesmo teto por parte do homem. No entanto, embora a mulher já não se interessasse mais pelo homem e inclusive praticou adultério, ela não queria o desquite, pois a mulher desquitada, por qualquer motivo que fosse, teria sérios problemas, como, por exemplo, a não aceitação pela sociedade. Por isso, precisava suportar a convivência com uma pessoa pela qual não se interessava mais. Esse foi o motivo de o desquite ser da forma litigiosa.

O segundo acórdão selecionado publicado no volume 362 da *Revista dos Tribunais*, datada de dezembro de 1965, é a apelação nº. 142.202, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é a seguinte:

Desquite litigioso – Adultério e injúria grave atribuídos à esposa – Falta de prova – Ação de alimentos proposta anteriormente pela esposa, por motivo de abandono do lar pelo marido – Ação improcedente – Apelação não provida

O marido propôs ação de desquite contra sua esposa, alegando injúria grave e adultério praticado por ela. Em suas alegações, o marido afirmou que se casou com a esposa em 1933 e viveu com ela por dezessete anos. No entanto, este teria ficado doente e internado num sanatório por oito meses em 1938. Teria argumentado ainda que, ao voltar para a casa, não teve de sua esposa a acolhida esperada. Além disso, ela se tornou hostil, não fazia mais suas refeições e chamava-o de tuberculoso. Teria sido colocado em situação de evidente inferioridade, injuriosa e desumana por ela supostamente ter mantido amizade ilícita com um dos hóspedes de sua casa e ainda o teria expulsado do lar.

A esposa afirmou que os fatos alegados não eram verdadeiros, porque ela mantinha a casa, lavando roupas para fora e que o marido teria abandonado o lar. Diante

desses acontecimentos, o Tribunal entendeu que a mulher não praticou adultério, mas sim que ele quis sair de casa para viver com outra mulher.

Análise do acórdão: depreende-se que o homem tentou de todas as formas a desonrar a mulher, usando fatos de mais de uma década atrás para tentar obter o desquite e eximir-se da responsabilidade de ter de pagar pensão alimentícia. Consequentemente, o marido perdeu a ação, permanecendo casado com a mulher.

O terceiro acórdão selecionado, publicado no volume 380 da *Revista dos Tribunais*, datada de junho de 1967, é a apelação n°. 157.052, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Concubina – Ação para receber metade do patrimônio do companheiro
– Falta de prova de haver a amásia concorrido para a formação do patrimônio – Ação improcedente – Apelação não provida.

Essa ação foi proposta por uma concubina que pleiteava o reconhecimento de sociedade de fato entre ela e o antigo companheiro, com quem “viviam maritalmente, tendo nascido, dessa união, o filho do casal”. Também pretendia obter a partilha do patrimônio, o qual teria sido adquirido pelo esforço comum, porque “em virtude de não poderem contrair matrimônio, por ser a autora já casada, constituíram uma sociedade de fato”.

O Tribunal reconheceu que ela era concubina, mas julgou improcedente a ação, porque “a testemunha de fls. demonstra que, na verdade, as relações amorosas dos concubinos não influíram na parte econômica, conservando cada um seu patrimônio próprio, encontrando-se separado já desde o tempo da convivência marital, em que a autora comerciava por conta própria”.

Análise do acórdão: a mulher, sobretudo durante esse período, sempre foi muito discriminada. Apesar de, na realidade, ela ter constituído uma sociedade de fato com seu companheiro, não tinha como comprová-la, porque essa sociedade não era reconhecida pelo direito. Os ex-nubentes não poderiam casar-se novamente, mesmo que com pessoas solteiras. Inclusive era mais comum que um homem tivesse relações fora do casamento do que a mulher o tivesse. Esse foi o motivo pelo qual a companheira (concubina), embora tivesse realmente uma sociedade de fato com um homem já

casado, não conseguiu obter seu interesse reconhecido. Ainda que tenha contribuído financeiramente para a aquisição do patrimônio.

O quarto acórdão selecionado, publicado no volume 388 da *Revista dos Tribunais*, datada de fevereiro de 1968, são os embargos infringentes nº. 157.307, opostos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Injúria grave – Conceituação // Desquite litigioso – Injúria grave – Inexistência – Maus tratos infligidos a ascendente do cônjuge. // Desquite litigioso – Esposa que não se mostra resignada diante do marido violento e revida agressão – Situação de inferioridade, dentro do lar, em face da mãe do réu – Ação procedente e reconvenção improcedente. // Desquite litigioso – Esposa que sai do lar após agressão cometida pelo marido – Abandono não caracterizado.

Nessa ação de desquite litigioso proposta pelo marido por injúria grave, ele alegou que a esposa não sabia “manter convívio harmonioso com a sogra”. Ela, por sua vez, revidou a agressão que sofreu do marido, abandonando o lar duas vezes, sendo que, na última, permaneceu ausente por mais de quarenta dias. Produzidas as provas, ficou esclarecido que a mulher saiu de casa pela primeira vez por ter sido agredida, na véspera, à noite, pelo marido. Teria ido para casa de seu pai no Rio de Janeiro, de onde retornou logo, trazida pelo seu pai. Na segunda saída, ficou com a irmã por quarenta dias e não se esclareceu o motivo. Ficou entendido que não houve provas que revelassem a injúria grave proferida ao marido.

Análise do acórdão: o referido acórdão demonstra, mais uma vez a dificuldade das mulheres em defender seus interesses e de resguardar a sua própria integridade física. Observe-se que a mulher fora vítima de maus tratos pelo marido. Tentou abrigar-se em seu lar de solteira e o próprio pai a levou de volta para o lar matrimonial.

O Tribunal apontou como sendo dela a culpa para que o casal chegasse ao desquite, porque o fato dela não ser, no entender deles, equilibrada e resignada para conviver com sua sogra, colocou seu esposo em situação difícil. Pode-se interpretar que, ao final, a esposa deveria ser agredida pelo marido e que a culpa ainda era sua por não se harmonizar com a sogra.

O quinto acórdão selecionado, publicado no volume 398 da *Revista dos Tribunais*, datada de dezembro de 1968, é a apelação nº. 169.426, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Injúria grave – Discussões provocadas pelo marido, visando colocar sua esposa contra seus parentes, inclusive seu pai relativamente a andamento de inventário – Ação procedente – Voto vencido.

Nesta ação de desquite litigioso proposta pela esposa por injúrias graves e discussões provocadas pelo marido, alegou-se que este a colocava contra seus parentes, inclusive seu pai, relativamente a andamento de um processo de inventário dos bens deixados pela sogra dele. Ela alegou que o marido praticava uma série de atos que, em seu conjunto, configuraram falta grave à esposa, entre os quais não gostar de trabalhar, mas sim de jogar e levar vida irregular. No entanto, não satisfeito com o andamento do processo de inventário, discutiu com sua esposa e colocou-a contra seus parentes, inclusive contra seu pai. Por fim, deixou o domicílio conjugal e foi morar novamente com seu pai.

No entanto, o Tribunal deu-lhe razão apenas por maioria de votos. Dois desembargadores afirmaram que o marido “injurou gravemente a apelada, magoando-a nos seus sentimentos de filha e esposa, a tornar impossível a vida em comum”. Na opinião do terceiro desembargador, cujo voto foi vencido, a alegação de que marido jogava era “diz-que-diz-que” e que “o pouco amor ao trabalho constante e ao emprego fixo não abalaram o matrimônio, além do que a desavença acerca do inventário “não é grave, pois tentativas houve de harmonia conjugal e a esposa confessa haver quase se reconciliado com o marido”.

Análise do acórdão: observa-se que o homem, mesmo tendo pouco comprometimento com a família por não trabalhar, e a mulher ser a provedora da casa, além de ter configurado o seu interesse sobre o inventário de sua sogra, a mulher quase não conseguiu se desquitar do marido, o que revela, por um lado, sensibilidade em face do drama da mulher e, de outro, a consideração de que toda essa desarmonia era de somenos importância, devendo permanecer sob o mesmo teto com o marido.

O sexto acórdão selecionado, publicado no volume 399 da *Revista dos Tribunais*, datada de janeiro de 1969, é a apelação nº. 165.805, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Adultério e abandono do lar, invocados pelo próprio autor para justificar a procedência do pedido – Inadmissibilidade.

Refere-se a ação de desquite litigioso por adultério e abandono do lar invocados pelo próprio homem para justificar a procedência do pedido de desquite. Ocorre que, no decorrer do processo, o autor, com espantável naturalidade, inverteu a acusação, confessando que ele teria praticado o adultério e abandono do lar. O Tribunal negou provimento ao pedido do autor e as partes não se desquitaram.

Análise do acórdão: a mulher, tendo inicialmente passado por todo o constrangimento de ser rotulada de adúltera e de ter abandonado seu lar, mesmo comprovado que, na verdade, o homem é quem já tinha outra mulher e deixara o lar, não teve a decretação de seu desquite.

O sétimo acórdão selecionado, publicado no volume 401 da *Revista dos Tribunais*, datada de março de 1969, é a apelação nº. 178.112, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Esposa ciumenta – Desavenças – Inocorrência de injúria grave – Ação improcedente.

Trata-se ação de desquite litigioso proposta pelo esposo, alegando que a esposa era ciumenta e que ela proferia injúrias graves. O autor teria saído para pescar com os amigos em Ubatuba e não informara sua esposa, motivo pelo qual ela foi atrás dele. Ela discutiu com ele na frente dos amigos, mas teriam se reconciliado logo após. O Tribunal julgou improcedente a ação, porque essa briga ocorreu sete anos antes e esse motivo, portanto, não era suficiente para justificar a dissolução da sociedade conjugal.

Análise do acórdão: depreende-se que o marido queria simular uma situação para não ficar mais casado. No entanto, não teve êxito, sobretudo porque a ideia de preservar a família era muito forte, inclusive em razão dos princípios religiosos, ainda que, a duras penas, o casal deveria conviver debaixo do mesmo teto.

O oitavo acórdão selecionado, publicado no volume 405 da *Revista dos Tribunais*, datada de julho de 1969, é a apelação n. 874/67, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com a seguinte ementa:

Concubina – Sociedade de fato com o amásio – Falta de prova – Simples prestação de serviços domésticos – Ação improcedente.

Nessa ação de reconhecimento de sociedade de fato e partilha de patrimônio de homem já falecido, embora o Tribunal tenha reconhecido a sociedade entre os concubinos, não se reconheceu a existência de esforço comum para a partilha do patrimônio, porque a concubina também prestava serviços fora do lar, como empregada, pelo que teria já recebido compensação financeira.

A improcedência da ação consistiu no fato de que a “justiça não pode reconhecer efeitos jurídicos de natureza patrimonial ao adultério” porque “não seria lógico, nem moral, nem jurídico, que se pudesse situar a concubina em melhor plano que a esposa legítima, esta não podendo ter bens próprios”.

Análise do acórdão: fica muito clara a posição de inferioridade da concubina em relação à esposa legítima. Ela não tinha direito a quase nada ou nada, porque, embora ela tivesse direito ao patrimônio, caso ela conseguisse demonstrar o esforço comum, essa situação, na maioria das vezes, era de difícil comprovação.

Somente com a Constituição Federal de 1988 se admitiu a relação não matrimonial entre homem e mulher como forma legítima de família, reconhecendo direitos dessa união não só para os concubinos, mas também em face dos filhos, antes tidos como bastardos. Vale destacar que tal fato somente fora possível, tendo em vista a revolução da cultura e dos costumes, sem a qual, não seria possível qualquer mudança nesse sentido.

O nono acórdão selecionado, publicado no volume 410 da *Revista dos Tribunais*, datada de dezembro de 1969, é a apelação n. 181.588, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Mulher professora na Capital – Mudança do marido para o interior – Abandono da esposa – Ação proposta por esta – Procedência – Aplicação do art. 233, n. III, do Código Civil.

Trata-se de ação de desquite litigioso proposta por uma mulher, que alegou ter sido abandonada pelo marido. O juiz julgou improcedente a ação por entender que a autora não comprovou a culpa do marido por ter abandonado o lar. Inconformada, a autora recorreu dessa sentença.

Em síntese, a autora era professora na capital. No relato do acórdão, “a autora fora vítima da solidão, na escola de fazenda em que passou a lecionar; aí conheceu o

réu, simples operária braçal, com o qual veio a se casar, muito embora estivesse patente que o casamento jamais poderia dar certo, como realmente não deu”. Ela foi removida para a capital e o autor a acompanhou. Por interferência do marido da testemunha, o réu conseguiu trabalhar em uma empresa multinacional norte-americana em São Paulo. Todavia, depois de certo tempo, regressou ao interior e nunca mais voltou.

Posteriormente teve conhecimento de que sua esposa estava com problemas grave de saúde e mesmo assim não lhe prestou assistência, mesmo sabendo que a autora estava sofrendo das faculdades mentais. Outra testemunha relatou que o marido já havia se amasiado com outra mulher e que tinha dois filhos.

Diante disso, ficou configurado o abandono do réu, pois “cabe ao marido deliberar sobre o domicílio do casal”, [...], “e tal abandono se apresenta mais grave, pois poderia ter mudado para o interior desde que continuasse a assistir a espôsa”, [...] “contudo, tal não ocorreu, pois, mesmo após a autora haver perdido as faculdades mentais, nem assim cuidou êle de assisti-la, como era de sua obrigação e, demais, elementar dever cristão”. E assim o réu foi condenado.

Análise do acórdão: já próximo à década de 1970, verifica-se o espaço que a mulher começou a adquirir. A autora não era uma simples dona do lar, mas uma professora. Outro ponto importante dá-se ao fato de que mesmo no final da década, ainda era muito forte o dever moral do homem em assistir a esposa, mesmo que este ocupasse situação inferior do ponto de vista profissional.

O décimo acórdão selecionado, publicado no volume 436 da *Revista dos Tribunais*, datada de fevereiro de 1972, é a apelação n. 204.675, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Injúria grave – Demonstração de concordância do marido a acusações desonrosas feitas por seus pais a sua mulher – Ação procedente.

Refere-se a ação de desquite litigioso movida pela mulher em face do marido em razão de ter sofrido injúria grave. O motivo principal das desavenças do casal era o fato de dizer-se que a autora não casou virgem. Essas ofensas já ocorriam antes do casamento, tanto assim que a autora chegou a se submeter a exame médico. O resultado teria sido negativo, porque “comprovara-se a honestidade da moça” [...] “Sim, porque

não se compreende que, chegando a situação a tal ponto, se o resultado fosse diferente, o réu, que, com sua mãe, acompanhara a noiva ao exame aludido, mantivesse o noivado e se casasse”.

Mas o fato é que a moça era comerciária, e os pais do réu falavam na rua e em voz alta que a autora “não era mais virgem”, era “vagabunda”, e o réu assistia a tudo e não se manifestava, o que foi entendido como “concordar com as acusações desonrosas”. O resultado foi que o Tribunal entendeu ser procedente a ação pelo fato de ter se tornado inviável a vida em comum do casal por culpa do réu.

Análise do acórdão: vê-se mais uma mulher movendo uma ação e, pela sua posição profissional, ficou evidente que estava ampliando seu espaço na sociedade. Em que pese essa conquista de espaço, o pensamento patriarcal ainda era muito forte. No caso, a mulher ganhou a ação porque ficou demonstrado que era virgem e não porque tal pensamento era discriminante e machista. A mulher que já tinha mantido relações sexuais antes de casar-se, era considerada como desonrada e nem mesmo era considerada como mulher para casar.

Contudo, nota-se que, a partir da década de 1970, os Tribunais começam a modificar seu entendimento acerca do desquite, adotando postura mais favorável às mulheres. É o que está registrado, por exemplo, no acórdão que segue.

O décimo-primeiro acórdão selecionado, publicado no volume 445 da *Revista dos Tribunais*, datada de novembro de 1972, é a apelação n. 207.906, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Abandono do lar pela mulher – Motivo justo – Posterior união com outro homem – Inocorrência de adultério – Ação ajuizada pelo marido – Improcedência.

Este caso refere-se à ação de desquite movida pelo marido contra a mulher, pelo fato desta ter abandonado o lar e ter praticado adultério ao unir-se com outro homem. Em sua defesa, ela alegou que teve de abandonar o lar para evitar as ameaças do esposo em manter relações sexuais com as próprias filhas, e uniu-se com outro para sobreviver, bem como para sustentá-las. Nesse caso, julgou-se improcedente a apelação do marido para continuar casado com a esposa.

Análise do acórdão: além de ter o desgosto de saber que seu esposo era um criminoso, pois praticava crime contra sua própria prole, teve de se unir a outro homem. Como a jurisprudência é memória social e não história, não há registro sobre qual a real intenção da autora quando se uniu a outro homem. Cabe aqui levantar a hipótese de que talvez essa mulher tenha se unido a outro somente para não passar fome e prover a manutenção de suas filhas. Embora tendo sido decretado o desquite, ela ainda continuava vinculada ao pai de suas filhas.

O décimo-segundo acórdão selecionado, publicado no volume 447 da *Revista dos Tribunais*, datada de janeiro de 1973, é a apelação n. 207.090, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Sevícia e injúria grave – Ação proposta por marido que, em festa colegial dos filhos, presente a esposa, aparece de braço dado com sua concubina – Revolta daquela – Ofensas e empurrões – Atitude justificada – Ação improcedente.

O autor moveu ação de desquite litigioso sob a alegação de sevícia e injúria grave praticadas pela mulher por sua exclusiva culpa, pleiteando que ela fosse privada de usar o nome do marido, de pensão alimentícia e da guarda dos filhos.

O marido perdeu a ação e o recurso ao Tribunal. Esclareceu-se que, no dia da formatura do filho do casal, o autor compareceu de braços dados com sua concubina. A mulher, por sua vez, revoltada, empurrou o marido, proferindo-lhe palavras violentas. O Tribunal deu razão à mulher, tendo em vista marido e a concubina, serem “adúlteros ambos” e julgou a conduta da mulher justificável, agindo em seu interesse, como se depreende do trecho a seguir: “é perfeitamente justificável e razoável ante os princípios morais que regem o dever recíproco de fidelidade do casamento, ajustando-se mesmo dentro das previsões da legítima defesa”.

Análise do acórdão: nesse caso se reconheceu a dignidade da mulher, fato este difícil de imaginar-se no começo da década de 1960, quando ainda a revolução dos costumes e da cultura era incipiente e a mulher era rotulada como inferior ao homem.

O grande problema é que a manutenção do casamento, assim como o desquite, não resolvia esse problema. Em que pese o acórdão em referência ter destacado a dignidade da mulher, ainda assim era prejudicada, pois continuaria vinculada a um

homem que já tinha outra mulher. Se quisesse unir-se a outra pessoa, isto seria em desacordo com a lei.

O décimo-terceiro acórdão selecionado, publicado no volume 453 da *Revista dos Tribunais*, datada de julho de 1973, é a apelação n. 215.727, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Injúria grave – Casal separado de fato por longos anos – Procedimento irregular da esposa após a separação – Fato que justifica a procedência da ação.

Este caso refere-se à ação de divórcio movida pelo marido contra a mulher vinte e nove anos após a separação do casal, alegando que, quando em “idade provecta, a esposa não guardou o necessário recato, incorrendo em procedimento irregular, que configura injúria grave motivadora do desquite”. No entender do relator, “os deveres assumidos com o casamento vigoram e devem ser respeitados, ainda que desavença tenha motivado a separação de fato”, e a mulher não poderia ter se envolvido com outros homens, situação que comprometiam a honra e a respeitabilidade do cônjuge varão, que criou e educou o filho do casal.

Análise do acórdão: este caso demonstra retrocesso, posto que, após vinte e nove anos separados de fato, a mulher ainda devia fidelidade ao marido. Embora tenha sido decretado o desquite, a mulher continuava vinculada e não poderia constituir nova família. Essa situação comprova que a lei ficou anacrônica em face dos anseios da sociedade, que se transformava pelos movimentos culturais e de costumes.

O décimo-quarto acórdão selecionado, publicado no volume 459 da *Revista dos Tribunais*, datada de janeiro de 1974, é a apelação n. 649/72, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Ação proposta pelo marido – Mulher que, na ausência do esposo, recebe outro homem em sua casa – Injúria grave – Ação procedente.

Segundo o relator do caso, “a mulher, pelo seu próprio sexo, é obrigada a guardar maior recato e, por isso, suas ações são mais sensíveis à moral e aos costumes públicos. Um ato que, praticado pelo homem, não se reveste de gravidade, pode dar

lugar a sérias suspeitas se atribuído à mulher”. Por esse motivo, decretou-se o desquite do casal.

Análise do acórdão: fica clara a situação de inferioridade em que as mulheres ainda se encontram. O mesmo ato praticado pela mulher, configurava injúria grave; o contrário não procedia em função dos costumes, que, embora estivessem mudando, ainda deixavam fortes marcas.

No caso descrito abaixo, uma situação análoga aquela já vista acima, teve deslinde diverso.

O décimo-quinto acórdão selecionado, publicado no volume 468 da *Revista dos Tribunais*, datada de outubro de 1974, é a apelação n. 87.720, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Adultério – Hipótese não caracterizada – Cônjuge inocente que, após abandono, sem justa causa, pelo outro, durante longos anos, inicia vida marital com terceiro – Aplicação, por analogia, da jurisprudência do STF valorizando a separação de fato em matéria de filiação adulterina – Inteligência do art. 317, n. I, do Código Civil - Voto vencido.

Aqui se julgou improcedente ação de desquite litigioso proposta pelo marido, sob o fundamento de que a jurisprudência dos tribunais evoluía pelo reconhecimento de que “não cabe à Justiça ficar cega diante da realidade humana e exigir um comportamento socialmente inexigível”. “Ora, ninguém poderá seriamente (não ficticiamente) sustentar que o cônjuge separado de fato do outro, por vontade exclusiva deste, tenha para com ele um dever de fidelidade”. O relator foi além: “Ora, não é sincero pretender que o cônjuge abandonado pelo outro – só porque não teve o cuidado de propor uma ação de desquite em que certamente seria vencedor e principalmente quando se trata de pessoa de condição modestíssima, como é o caso da apelante - tenha o dever de viver na castidade”.

Análise do acórdão: o relator que apreciou o caso, demonstrou acompanhar os novos valores que ganhavam importância, ao ter julgado não em conformidade com a lei, mas de acordo com os anseios da sociedade.

O décimo-sexto acórdão selecionado, publicado no volume 471 da *Revista dos Tribunais*, datada de janeiro de 1975, é a apelação n. 234.454, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Adulterio – Reconhecimento na espécie – Indícios veementes – Marido que, inopinadamente, regressa ao lar onde encontra a mulher de camisola e um cidadão debaixo da cama do casal – Ação procedente.

Trata-se de ação de desquite litigioso proposta pelo marido por adultério da esposa. O homem trabalhava no período noturno no Porto de Santos e, em 22 de fevereiro de 1972, resolveu ir até sua casa para trocar de roupa durante o horário de folga para o lanche por volta de 22h30, o que não era de seu hábito. Quando tocou a campainha, a sua esposa teria demorado para abrir a porta e estava de roupas íntimas. Desconfiado, o marido fez a busca e encontrou o cúmplice do adultério escondido debaixo de sua cama, que, coincidentemente, era seu colega de trabalho e teria também prestado alguns serviços em sua casa.

Durante o processo, a mulher tentou demonstrar que o cúmplice estava de conluio com o seu marido. O pai da mulher, por sua vez, teve conduta impressionante e que merece destaque. Acompanhou o autor até a autoridade policial, viu sua filha assinar documento de confissão de adultério e dizia reprovar a conduta da filha.

O casal separou-se de corpos e a mulher foi morar num apartamento alugado pelo autor, o que demonstrou que ele não a teria a perdoado. “E não bastaria para caracterizar o perdão o simples fato de, eventualmente, permanecerem os cônjuges, ou viverem sob o mesmo teto. Seria indispensável a convivência, acompanhada das relações sexuais”, o que não ocorreu.

A ação foi julgada procedente e a mulher condenada pela ação de desquite por adultério e injúria grave. A guarda de sua filha ficou com os avós maternos e era assistida pela mãe.

Análise do acórdão: observa-se que a mulher praticou o adultério e, por isso, foi condenada. No entanto mesmo após a separação de corpos do casal, ainda assim ela era vigiada para saber se não cometeria novos deslizes e chegou até mesmo a perder a guarda de sua filha. Além de ser obrigada a assinar um documento de confissão de culpa, o seu pai desaprovou sua conduta, apoiando o genro. Isso demonstra os valores

patriarcais e da falta de valor da mulher existentes à época. Por ter cometido adultério, perdeu a guarda da sua filha, quando, na verdade, o fato dela ter cometido tal ato, não deveria desmerecê-la quanto a condição de mãe.

O décimo-sétimo acórdão selecionado, publicado no volume 472 da *Revista dos Tribunais*, datada de fevereiro de 1975, é a apelação n. 284.184, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Adultério da esposa – Perdão do marido – Falta de prova – Ação e reconvenção procedentes – Apelação provida em parte – Voto vencido.

Nessa ação de desquite litigioso proposta pelo marido também por adultério da esposa, o juiz reconheceu ter havido perdão do ofendido, pois marido e mulher ainda moravam na mesma casa.

No entanto, o Tribunal reformou a sentença, condenando a autora, por entender que, para haver o perdão, deve haver a coabitação, que, naquela época, era ter relações sexuais e pagar, portanto, o “*debitum conjugale*”. “Não basta a residência sob o mesmo teto, nem sequer, o dormir no mesmo leito. Os cônjuges separados no mesmo lar são mais separados, diz máxima de experiência, que aqueles mesmos que vivem longe um do outro: a proximidade que distancia mais afasta que as distancias”. Por outro lado, o homem também foi condenado na reconvenção, pois convivia no mesmo teto com sua mulher, mas tinha por fora outras mulheres.

Análise do acórdão: o que se depreende desse caso é o dever do casamento de que não bastava aos cônjuges morarem no mesmo teto, mas sim a prática de relações sexuais, para estarem quites com o “*debitum conjugale*”. Fato que chama a atenção é que o desembargador relator entendeu que o marido também não poderia relacionar-se com outras mulheres, porque também era casado.

O décimo-oitavo acórdão selecionado, publicado no volume 473 da *Revista dos Tribunais*, datada de março de 1975, é a apelação n. 233.509, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Ação proposta pelo marido – Adultério atribuído à esposa – Falta de prova – Injúria grave cometida pelo autor – Reconvenção da esposa - Ação e reconvenção procedentes.

Neste caso, o homem moveu ação contra a mulher, alegando que ela tinha cometido adultério. Acontece que foi configurado a má-fé do autor, inclusive caracterizando abuso de direito e imputado a ele a injúria grave que, por si só, já foi motivo do desquite, posto que não houve adultério.

No entanto, a mulher também foi condenada nessa ação, porque, conforme descrito no acórdão, o casal não demonstrava noção de responsabilidade para viver a vida a dois. “O autor, relutando para acordar cedo e agredindo sua esposa quando por ela acordado para não chegar atrasado no emprego e esta, por sua vez, vendo-se sem dinheiro, fazendo das suas com vizinhos e ameaçando o marido com revólver do pai e com uma faca”.

Por diversas vezes o casal brigou, a mulher chegou a ser atendida no pronto-socorro com contusão no antebraço. Ela por sua vez, sempre o ameaçava de morte com o revólver e arremessava objetos nele. Na decretação do desquite, a mulher perdeu o direito a pensão alimentícia, por ter sido declarada culpada e perdeu ainda o direito de usar o nome do marido.

Análise do acórdão: verifica-se que, no caso concreto, não haveria razão de manter esse casal unido. No entanto, continuariam ainda unidos pelos laços do matrimônio, pois o desquite só separou os corpos. A mulher não obteve o direito a pensão alimentícia e muito provavelmente ficou desamparada financeiramente.

O décimo-nono acórdão selecionado, publicado no volume 479 da *Revista dos Tribunais*, datada de março de 1975, é a apelação n. 238.395, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Esposa abandonada pelo marido – Coabitação deste com outra mulher – Relações da esposa abandonada com outro homem – Inocorrência de adultério – Ação proposta pela esposa – Procedência – Marido culpado – Apelação improvida – Voto vencido.

Este caso refere-se ao marido que abandonou sua mulher com duas filhas por dois anos contínuos para viver com outra mulher. Em resposta, a mulher defendeu-se, pedindo alimentos, mas esse pedido foi julgado procedente, porque ela também se enamorou de outro homem, mantendo relações de intimidade com este. No processo, havia fotos que comprovavam essa relação. Porém, a maioria dos votos julgou em favor da mulher. Há que se destacar o voto de um dos juízes: “O fato de o marido haver

abandonado materialmente sua esposa não implica a afirmação que teria ele concorrido para que a mulher cometesse adultério. Separação de fato não dá ao cônjuge a liberdade de praticar relações sexuais com estranhos. A infidelidade de um não autoriza o outro a proceder da mesma forma. Assim, no caso vertente, positivado que ambos os cônjuges cometeram adultério, o desquite deveria ser decretado, mas por culpa recíproca”.

Análise do acórdão: o Tribunal entendeu que, como houve separação de fato, e esta eximia os cônjuges do dever de fidelidade. Ainda mais pelo fato de o homem ter abandonado o lar, o que concorreu para a infidelidade da esposa. Isso evidencia transformações sociais, pois a maioria entendeu não haver mais o dever de fidelidade, principalmente pelo fato de o homem ter saído de casa e, desse modo, não poderia a mulher ter sido declarada culpada por, depois de, no mínimo, dois anos, ter-se enamorado de outro homem.

Mas este acórdão também chama a atenção para o fato de que, mesmo nos Tribunais, as opiniões sobre o desquite estavam mudando, embora, no caso do voto vencido, a opinião manifestada tenha sido a de que o fato de o varão ter abandonado o lar, não dava à mulher o direito de tentar constituir nova família.

Diante disso, observa-se cada vez mais a necessidade de uma mudança legislativa que permitisse não só a dissolução da sociedade conjugal e partilha de bens, mas também a possibilidade de se casar novamente e constituir nova família.

O vigésimo acórdão selecionado, publicado no volume 488 da *Revista dos Tribunais*, datada de junho de 1976, é a apelação n. 629, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Adultério atribuído à esposa – Falta de prova – Conciliação prevista na Lei 968, de 1949 – Revogação – Ação Improcedente.

Julgou-se ação de desquite proposta pelo marido com base exclusiva em ocorrência de adultério. Houve tentativa de conciliação ao longo do processo, a qual restou infrutífera. Porém, foi julgada improcedente, porque o autor não provou o alegado, e a teria proposto apenas em boatos e disse-que-disse da vizinhança, bem como no fato de a mulher sair para trabalhar e eventualmente receber fregueses em casa.

Análise do caso: este foi mais um exemplo que demonstra a mudança na compreensão dos tribunais sobre o desquite. No caso concreto, o entendimento é de que como o único fundamento apresentado para a possibilidade do desquite fora o adultério. No entanto, este acórdão demonstra claramente a intenção do homem em querer desquitar-se, deixando-se levar por boatos da vizinhança, além do fato de a mulher sair para trabalhar e eventualmente receber fregueses em casa. A apelação não diz qual era a profissão da mulher, mas se, por exemplo, a mulher fosse cabelereira, não poderia receber em casa sua freguesia para não ser mal falada e discriminada.

O vigésimo-primeiro acórdão selecionado, publicado no volume 489 da *Revista dos Tribunais*, datada de julho de 1976, é a apelação n. 242.515, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Injúria grave – Caracterização na espécie – Tentativa do marido ganhar a vida na Capital – Espaçamento gradativo das visitas à família deixada no interior – Suspensão de qualquer contribuição para o lar – Afastamento, a final, por completo da esposa – Ação procedente – Aplicação do art. 317, n. III do Código Civil.

Neste caso, a ação de desquite foi proposta pela mulher por circunstância de o marido ter vindo tentar a vida na Capital, deixando-a no interior. Na verdade, tal conduta por si só não configura motivo legal para o desquite, principalmente porque a mulher consentiu com essa situação. Mas aconteceu que o marido teve um gradativo espaçamento das visitas à família e suspendeu a contribuição de manutenção do lar. No começo, ele estava com dificuldades financeiras e era seu pai quem ajudava sua mulher. Mesmo superadas as dificuldades financeiras, não voltou a contribuir e acabou afastando-se da esposa por completo, demonstrando menosprezo pela sua condição de mulher e companheira. Ademais, “a autora ficou, pois, com o filho recém-nascido, (...), em situação de desamparo material e moral, que foi suprida por seus familiares, sofrendo, pois, verdadeira humilhação ao ser deixada pelo marido por longo período. O constrangimento e a humilhação mais se acentuam diante da consideração de se tratar de cidade pequena do interior, em que todos os acontecimentos celeremente se tornam de domínio público, sendo, ademais, a autora pessoa particularmente interessante a comentários, devido a pertencer a família conhecida e a seu pai ocupar posto de destaque na localidade, visto que Capitão do Exército”. Diante dessa situação o Tribunal

entendeu trazer de injúria grave do marido para com a esposa e declarou o desquite condenando-o como culpado.

Análise do acórdão: o caso em tela deixou clara a intenção do homem de não mais manter a vida conjugal. O problema consiste em relatar a dificuldade que passou a mulher. Além da situação de enfrentamento ao menosprezo do marido em não mais querer continuar com a relação conjugal, tinha ainda de continuar com o vínculo conjugal imposto pela lei.

O vigésimo-segundo acórdão selecionado, publicado no volume 489 da *Revista dos Tribunais*, datada de janeiro de 1977, é a apelação n. 254.724, interposta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa:

Desquite litigioso – Ação ajuizada pela mulher – Emissão de cheques sem fundo pelo marido – Prática reiterada – Condenação em processo criminal – Injúria grave – Ação procedente

A ação foi proposta pela mulher em função de o marido ter emitido cheques sem fundo e ser indiciado criminalmente pela prática reiterada de tal infração. Essa situação criava um clima de instabilidade e de constrangimento para a autora e os filhos do casal. Além disso, afirmou-se que a constante mudança de endereço por parte do réu demonstrava não se cuidar de pessoa apegada à família, a qual deixava de dar a devida atenção e os suprimentos de que necessitava.

Nas palavras do magistrado, “Não foi, portanto, apenas a emissão de um cheque sem fundos a razão de se decretar o desquite, ao contrário do que se pretendeu nas razões de recurso”. O marido sofreu condenação criminal a um ano de reclusão além de multa. Permaneceu preso durante cinco meses e meio, mas, mesmo ao final sendo extinta a sua punibilidade, prosseguiu na atividade ilícita. Além disso, havia o descumprimento dos deveres de chefe de família, deixando a mulher ao desamparo e sacrificando-a com as suas dívidas sem explicação. Decretou-se o desquite e o homem foi declarado culpado por injúria grave.

Análise do acórdão: este foi mais um caso em que uma mulher necessitou propor ação em razão de seu marido não cuidar dela e ainda deixá-la em situação vexatória. De acordo com os autos, o homem praticava atos ilícitos; ainda assim,

mesmo havendo a decretação do desquite, o melhor que podia se fazer a época, a mulher ainda tinha de manter o vínculo conjugal com ele.

Os acórdãos acima são, portanto, a jurisprudência relativa ao desquite, relativa ao período compreendido entre 1960 e 1977. Pela sua leitura e análise, observam-se vivamente as circunstâncias sociais que levaram os homens e as mulheres a solicitar o desquite, que, não colocava fim ao casamento, mas ao menos permitia a separação de corpos e a partilha do patrimônio comum.

Foi possível ter conhecimento do drama das pessoas casadas que vivenciavam problemas conjugais, entender as dificuldades encontradas para que as pessoas pudessem se desquitar, ou até mesmo a impossibilidade de solução do problema pelo Poder Judiciário em razão da proibição do divórcio.

Mas vale destacar que isso tudo só foi possível pelo fato de a jurisprudência ser uma forma de memória social e que hoje está disponível para certificar o quanto difícil foi a luta pelo divórcio.

Registra-se mais uma vez que somente é possível hoje contar estes casos em função de a jurisprudência ser memória social, que deixou registrado nos acórdãos a dificuldade das pessoas em se desquitar e até de ter de conviver, por vezes, com a mesma pessoa sem querer. Lembrando que o desquite separava os corpos, mas não colocava fim a sociedade conjugal.

Considerações Finais

Nessa dissertação, pretendeu-se demonstrar que a jurisprudência é uma forma de memória social, tendo como exemplo a questão do divórcio.

Com apoio na Teoria Tridimensional do Direito, desenvolvida por Miguel Reale, observou-se que o Direito é realmente um fenômeno que compreende fato, valor e norma. Verifica-se isso na análise dos acórdãos, nos quais foram relatados os dramas pessoais dos casais, isto é, os fatos; a manifestação dos novos valores sociais decorrentes das transformações sociais da época, denominadas por Hobsbawm de revoluções social e cultural, e que resultou numa nova concepção sobre a igualdade jurídica entre homens e mulheres e a consequente emancipação jurídica da mulher. Por fim, a norma jurídica, que consistia no Código Civil, não previa o divórcio, mas somente o desquite, não mais se adaptando à função de estabelecimento da ordem. Assim, o resultado inevitável foi que se fez surgir a modificação legislativa para que se permitisse o divórcio, pela revogação da proibição contida na Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 1, e a promulgação da Lei nº 6.515, ambas de 1977.

Foi necessário analisar as fontes do Direito, que são as origens das normas jurídicas. Embora as principais sejam a lei, os costumes, a jurisprudência, o negócio jurídico e a doutrina, cada qual dotada de suas particularidades, analisou-se, por pertinência temática, a lei e a jurisprudência. A lei porque é dotada de força e obrigatoriedade, e que, no caso, era o Código Civil de 1916, que não permitia o divórcio e mantinha a mulher em situação de desigualdade jurídica; o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, que foi o primeiro passo para a melhoria da condição jurídica da mulher; a Emenda Constitucional nº 1, que suprimiu a proibição do divórcio e, por fim, a Lei nº 6.515, que acabou com as regras sobre desquite e introduziu no Direito brasileiro o divórcio.

Já a jurisprudência é a aplicação do direito pelos magistrados nos casos concretos, a fim de solucionar os conflitos gerados pela sociedade, entre indivíduos e grupos. Representa a aplicação da norma ao caso concreto pelo entendimento dos tribunais sobre determinado assunto já consolidado. Também é o conjunto de reiterados acórdãos sobre um mesmo assunto, aplicando-se a sanção prevista na norma jurídica.

No caso dessa dissertação, estudou-se o desquite, porque por ele se comprovou a necessidade de mudanças legislativas no Brasil para permitir o divórcio.

A jurisprudência serve como precedente para a adoção de um sistema jurídico único quando se tratam de conflitos sobre o mesmo assunto. O magistrado, em sua atividade, analisa o caso concreto sob a ótica do fato, valor e norma. Como visto, os fatos e valores que o magistrado leva em consideração em sua decisão, farão toda a diferença na elaboração do acórdão.

Porém, a despeito das considerações jurídicas, provou-se que a jurisprudência é, também, fonte de memória social. Necessário foi ainda conceituar história e memória para ao fim identificar se a jurisprudência seria uma coisa ou outra.

Chega-se à conclusão de que a história e memória não são termos sinônimos, como pressupõe o senso comum. Enquanto a primeira conta com a subjetividade do historiador que examina os fatos no tempo passado, seleciona-os e depois os torna históricos, a memória é aquela que fica registrada na cabeça das pessoas, podendo ser individual ou coletiva (social) e que por ela se tem o conhecimento dos fatos. Depois coube uma reflexão para efetivamente identificar a natureza da jurisprudência. Mas é certo que, pela jurisprudência, foi possível conhecer pessoas que buscavam solução para seus problemas, como também conhecer a história da ação de pessoas dentro de instituições, como no caso da atuação dos magistrados nos processos de desquite. Embora se possa fazer História a partir da jurisprudência, caberia ao historiador ir além dos fatos narrados nos acórdãos, criticá-los, e selecionar quais fatos relatados nos acórdãos poderiam ser considerados históricos. Por isso, conclui-se que jurisprudência não é História.

Por isso, chega-se à conclusão de que a jurisprudência é memória. Afinal, não se trata de um texto argumentativo sobre determinado fato, mas apenas o registro de que determinado fato aconteceu. Nela há a subjetividade das lembranças das partes, narradas para os magistrados, além da subjetividade do tribunal na tomada de decisão para por fim ao conflito. Essa tomada de decisão pode ser objeto de estudo por um historiador, mas não se confunde com a função da jurisprudência, enquanto conjunto de decisões dos Tribunais. A jurisprudência, portanto, não procura fazer uma análise crítica dos fatos, mas, sim, decidir um conflito a partir dos fatos narrados pelas partes. Na elaboração de um acórdão, o magistrado tem a visão do fato que chegou para ele, e não

coloca sobre este fato uma visão crítica objetiva. Ao contrário projeta toda a sua subjetividade, seus valores e muito provavelmente completa com coisas que nem sequer aconteceram.

Ademais, a jurisprudência é memória, porque se baseia nos relatos trazidos pelas partes em litígio perante os tribunais. Esses relatos são as lembranças de acontecimentos pretéritos na vida das pessoas, todos eivados de subjetividade pelo fato de que, cada qual acredita ter razão e ser detentor da verdade, formando assim, uma memória social, porque cada parte envolvida em um litígio julgado pelo tribunal, se lembra do seu conflito pessoal; mas, pela leitura da jurisprudência, pode-se construir uma lembrança do passado de determinada sociedade.

Por fim, jurisprudência é memória social, porque é uma construção coletiva dos tribunais decisão após decisão, e não por um único caso isolado.

Por meio da jurisprudência, foi possível lembrar-se das influências políticas, religiosas e econômicas na sociedade brasileira, em especial, entre as décadas de 1960 e 1970, e que as pessoas casadas eram legalmente obrigadas a viver eternamente com seus cônjuges, ainda que não tivessem mais vontade. Tamanha era a infelicidade dessas pessoas, que se fez necessário – nessa perspectiva de Miguel Reale sobre fato, valor e norma - intervir e dar nova medida para o conflito dessas relações por meio da permissão do divórcio. Portanto, conforme visto no terceiro capítulo, os registros dessa memória social estão nos legados deixados pela jurisprudência da época.

Pelo passado vivenciado das pessoas entre 1962 a 1977, que lutavam para casar-se novamente e constituir nova família, ficou apreendido na jurisprudência, deixando, portanto, uma memória escrita, sobre a qual, depois de muita luta e discussão, chegando-se à possibilidade de pôr fim à sociedade conjugal.

Para ter-se compreendido todo esse drama registrado nos acórdãos publicados pela *Revista dos Tribunais*, repositório oficial das decisões de diversos tribunais brasileiros, especialmente o do Estado de São Paulo, foi necessário estudar quais foram as transformações ocorridas à época, e que, ainda que discretamente, apareciam relatadas nos acórdãos. Como visto, nas décadas de 1960 e 1970, profundas mudanças, embora a condição jurídica da mulher fosse aquela do começo do século XX, segundo a

qual ela servia apenas para procriar, cuidar dos afazeres de casa, satisfazer seu marido e cuidar de sua prole.

As mudanças econômicas e sociais levaram à alteração da estrutura familiar, como, por exemplo, o declínio ou diminuição do Poder da Igreja Católica, a redução do número de filhos pelo controle da natalidade em função do advento da pílula anticoncepcional e a revolução dos costumes e da cultura que vinham dos países desenvolvidos, sobretudo dos Estados Unidos e Inglaterra.

Aliás, destaca-se que já existia o conceito de divórcio, mas este era muito diferente do divórcio que começou a existir em 1977 no Brasil com a Lei 6.515.

Como visto, houve realmente uma grande luta até a conquista do divórcio. A mulher no Brasil era tida como submissa ao homem e considerada em 1916 relativamente incapaz para o exercício de direitos e deveres da vida civil. As decisões familiares por sua vez eram exercidas pelo chefe da sociedade conjugal, o marido a quem competia, nos termos do art. 233 do Código Civil de 1916, a representação legal da família; a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher; o direito de mudar ou fixar o domicílio da família, prover a manutenção da casa e o direito de autorizar a profissão da mulher.

Algumas mudanças ocorreram com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, em 1962. O homem, a partir de então, passava a ter apenas o direito de fixar o domicílio da família e não mais mudá-lo. Em contrapartida, mesmo deliberando sua fixação, se a deliberação prejudicasse a mulher, esta tinha o direito de recorrer ao juiz para que não a prejudicasse. A mulher também já não precisava mais de autorização do marido para ter uma profissão nem para ter residência fora do teto conjugal. Passou a dispor livremente do fruto do seu trabalho e dos bens com ele adquiridos e ficavam de fora, para efeitos de sucessão, os bens da herança necessária e os bens reservados (art. 263, incisos XI e XII) todos do mesmo dispositivo legal.

Alguns dispositivos do Código Civil de 1916 ainda impediam os reflexos da mudança cultural, como o caso do divórcio. Conforme se observou, nas primeiras décadas do século XX, em conformidade com a legislação republicana, ainda vigorava o princípio da indissolubilidade do casamento. Vale esclarecer que o instituto do divórcio

embora já fosse previsto no art. 82 do Decreto nº 181 de 1890, o divórcio era sinônimo de desquite e não como divórcio, pois este não colocava fim à sociedade conjugal.

O Código Civil de 1916 adotou o termo desquite, regulamentado pelos arts. 317 a 324, o qual mantinha as disposições semelhantes ao Decreto nº 181, de 1890, por não colocar fim à sociedade conjugal, mas apenas por romper a convivência dos cônjuges sob o mesmo teto, dividindo-se os bens e mesmo assim, registra-se que não eram todos os casos passíveis do desquite, mas por razões excepcionalíssimas.

O art. 315 do Código Civil de 1916 disciplinava a dissolução da sociedade conjugal e nesta, na redação original, não se previa o divórcio. Somente se dissolvia o casamento em caso de morte – porque ainda era muito forte a ideia de que o casamento era indissolúvel pelo ser humano e “o que Deus uniu o homem não separa”, a morte evidentemente era a separação do casal feita por Deus; a nulidade ou anulação do casamento, na qual, pessoas que podiam casar, realizavam-no em infração às regras previstas em lei acerca da inconveniência dessa relação para a sociedade, como nos casos de incesto, casamento anterior e tentativa de bigamia desconhecida do cônjuge inocente. Como visto, o desquite, amigável ou judicial, embora colocasse fim à sociedade conjugal, este não extinguiu o vínculo conjugal. Apenas terminava o dever de viver junto sob o mesmo teto e impunha a partilha dos bens. Como visto, a não dissolução do casamento importava a impossibilidade de casar novamente e constituir nova família e essas proibições eram intencionalmente previstas pelo legislador para que a pessoa desquitada não pudesse casar novamente, penalizando-o por não ter conseguido manter uma família.

A decretação do desquite exigia o atendimento de requisitos, tais como a comprovação de adultério, a tentativa de homicídio, violência doméstica e injúria grave. Os acórdãos analisados reiteradamente discutiam esses temas. Viu-se que já se caracterizava injúria grave a simples aproximação de um homem ou mulher casados com terceira pessoa, fato este que já ensejava comentários da vizinhança sobre o presumível relacionamento amoroso, tal como relatado em alguns acórdãos, ou o abandono voluntário do lar conjugal, como também era frequente nos relatos contidos nos acórdãos.

Também se viu, por meio da jurisprudência, o problema da mulher ser considerada culpada. Além de não poder se casar novamente, ficava mal falada, passava

a ter difícil situação financeira e perdia a guarda dos filhos. Por isso, a cruel situação da mulher de tentar evitar a decretação de desquite, tal como visto em alguns acórdãos.

Pela leitura dos acórdãos publicados na *Revista dos Tribunais*, que formam a jurisprudência sobre o tema, pode-se lembrar como foi importante a luta pelo divórcio no Brasil. Com todas as transformações ocorridas no século XX, já se fazia mais que necessária a permissão legal para dar fim completo à sociedade conjugal, sem as restrições impostas pelo desquite. Ressalta-se que esse período foi muito importante para o direito de família, pois foi nele que pela primeira vez passou-se a admitir possibilidade do desquite e posteriormente do divórcio.

Viu-se que, enquanto os tribunais tinham dificuldades em resolver o problema dos casais pela impossibilidade de decretação do divórcio, havia, por outro lado, muita disputa sobre o tema noutros espaços públicos. A oposição da Igreja Católica nessa matéria era ferrenha e o próprio Congresso Nacional tinha opiniões divergentes sobre o tema. Como visto, havia a corrente antídiorcista defendida pelo padre Arruda Câmara e a corrente contrária defendida por Nelson Carneiro, que reclamava pelo divórcio. Na doutrina, Washington de Barros Monteiro era adepto da corrente antídiorcista.

Como consequência dessa batalha, promulgou-se, em 1977, a Emenda Constitucional nº 1, que eliminava da Constituição a proibição do divórcio e, em 26 de dezembro de 1977, foi promulgada a Lei nº 6.515, conhecida como “Lei do Divórcio”, a qual dispunha em seu art. 24 a possibilidade de pôr fim ao casamento. Esta lei não só ampliava as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, mas também acrescentou os institutos da separação judicial e do divórcio inexistentes no Código Civil, revogando-se o art. 315 do Código Civil de 1916. O desquite foi transformado em separação judicial e, agora, o divórcio colocava fim à sociedade conjugal e aos efeitos civis do matrimônio religioso, possibilitando a qualquer dos cônjuges casarem-se novamente.

Essa transformação da sociedade até chegar à criação do divórcio, está registrada na jurisprudência que deixou seu legado como forma de memória social na *Revista dos Tribunais*.

Logo, por meio da jurisprudência, pode-se lembrar do drama das pessoas casadas que vivenciavam problemas conjugais, entender as dificuldades encontradas para que as pessoas pudessem se desquitar, ou até mesmo a impossibilidade de solução

do problema pelo Poder Judiciário em razão da proibição do divórcio. Os casos ficaram registrados e serviram para demonstrar a necessidade de mudança na lei naquela época.

Também, por meio da jurisprudência, entendida nessa dissertação como fonte de memória social, foi possível lembrar-se de que o Código Civil de 1916 não se encaixava mais nos padrões ~~atuais~~ das décadas de 1960 e 1970 no Brasil, e dessa forma estava impedindo as mudanças geracionais dessas décadas, clamando cada vez mais para a criação da “Lei do Divórcio”. Mas os tribunais, amarrados pela lei, não conseguiam resolver o problema do fim do relacionamento entre os casais, uma vez que o desquite não dissolvia a sociedade conjugal e impedia até mesmo contrair novas núpcias.

Referências

ALMEIDA, Maria Isabel de Moura. **Rompendo os vínculos, os caminhos do divórcio no brasil: 1951-1977**. Universidade Federal de Goiás. Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia. Tese de Doutorado, Goiânia, 2010.

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia Da História: ou o Ofício de Historiador**, Prefácio, Jacques Le Goff; apresentação à edição brasileira, Lilia Moritz Schwarcz; Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001

BOSI, Ecléa. **Memória e sociedade: lembrança de velhos**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1979.

BRASIL, **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30. Set. 2017.

_____. **Decreto nº3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 17.set.2017.

_____. **Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Institui o Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 17.set.2017.

_____. **Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6515.htm . Acesso em: 17. Set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº. 84.660. Relator: Des. C. Carmo Pinto. Sexta Câmara Cível. Julgado em 26 de junho de 1959. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 49, v. 291, p. 186-190, janeiro de 1960

_____. Apelação nº. 142.202. Relator: Des. Cardoso Filho. Terceira Câmara Cível. Julgado em 29 de abril de 1965. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 54, v. 362, p. 171-174, dezembro de 1965

_____. Apelação nº. 157.052. Relator: Des. Dinio Garcia. Segunda Câmara Cível. Julgado em 30 de maio de 1966. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 56, v. 381, p. 127-129, julho de 1967

_____. Embargos Infringentes nº. 157.307. Relator: Des. Lafayette Salles. Segundo Grupo de Câmaras Cíveis. Julgado em 11 de maio de 1967. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 388, p. 132-134, fevereiro de 1968

_____. Apelação nº. 169.426. Relator: Des. Rodrigues Porto. Terceira Câmara Cível. Julgado em 30 de maio de 1968. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 57, v. 398, p. 174-175, dezembro de 1968

_____. Apelação nº. 165.805. Relator: Des. Cardoso Rolim. Primeira Câmara Cível. Julgado em 23 de abril de 1968. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, v. 399, p. 372, janeiro de 1969

_____. Apelação nº. 178.112. Relator: Des. Torres de Carvalho. Sexta Câmara Cível. Julgado em 28 de fevereiro de 1969. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, v. 401, p. 294, março de 1969

_____. Apelação nº. 181.588. Relator: Des. Andrade Junqueira. Primeira Câmara Cível. Julgado em 23 de setembro de 1969. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, v. 410, p. 175-176, dezembro de 1969

_____. Apelação nº. 204.675. Relator: Des. Dantas de Freitas. Quinta Câmara Cível. Julgado em 17 de dezembro de 1971. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 60, v. 436, p. 114-115, dezembro de 1969

_____. Apelação nº. 207.906. Relator: Des. Jonas Vilhena. Primeira Câmara Cível. Julgado em 6 de junho de 1972. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 61, v. 445, p. 92, novembro de 1972

_____. Apelação n. 207.090. Relator: Des. Costa Leite. Terceira Câmara Cível. Julgado em 23 de março de 1972. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 62, v. 447, p. 81-82, janeiro de 1973

_____. Apelação nº. 215.727. Relator: Des. Marcio Bonilha. Quinta Câmara Cível. Julgado em 2 de março de 1973. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 62, v. 453, p. 93-94, julho de 1973

_____. Apelação nº. 234.454. Relator: Des. Carlos A. Ortiz. Terceira Câmara Cível. Julgado em 1º de agosto de 1974. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 64, v. 471, p. 73-76, janeiro de 1975

_____. Apelação nº. 284.184. Relator: Des. Souza Lima. Sexta Câmara Cível. Julgado em 14 de novembro de 1974. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 64, v. 472, p. 68-72, fevereiro de 1975

_____. Apelação nº. 233.509. Relator: Des. Carlos A. Ortiz. Sexta Câmara Cível. Julgado em 2 de agosto de 1974. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 64, v. 473, p. 63-65, março de 1975

_____. Apelação nº. 238.395. Relator: Des. Almeida Camargo. Primeira Câmara Cível. Julgado em 23 de dezembro de 1974. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 64, v. 479, p. 71-72, setembro de 1975

_____. Apelação nº. 242.515. Relator: Des. Moretzsohn de Castro. Quarta Câmara Cível. Julgado em 24 de julho de 1975. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 65, v. 489, p. 77-78, julho de 1976.

_____. Apelação nº. 254.724. Relator: Des. Dantas de Freitas. Quinta Câmara Cível. Julgado em 1º de outubro de 1976. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 66, v. 495, p. 73, janeiro de 1977.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. Apelação nº. 87.720. Relator: Des. Aloysio Maria Teixeira. Sexta Câmara Cível. Julgado em 26 de março de 1974. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 63, v. 468, p. 216-218, outubro de 1974

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº. 874/67. Relator: Des. Vieira Sobrinho. Quarta Câmara Cível. Julgado em 17 de abril de 1968. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, v. 405, p. 349-350, julho de 1969

_____. Apelação nº. 649/727. Relator: Des. Henrique Dorfmund. Quarta Câmara Cível. Julgado em 13 de junho de 1973. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 62, v. 459, p. 93-94, janeiro de 1974

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº. 629. Relator: Des. Goulart Pires. Terceira Câmara Cível. Julgado em 18 de setembro de 1975. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 65, v. 488, p. 207-208, junho de 1976

CAMPOS, Alzira Lobo de Arruda. “A interdisciplinaridade e as radicais transformações do pensamento científico”. In: Brandão, Jack (Org.). **Diálogos Interdisciplinares: novos olhares as ciências humanas**. Embu-Guaçu: Lumen Et Virtus, 2015. pp 51-64.

_____, Alzira Lobo de Arruda. **Casamento e Família em São Paulo Colonial: caminhos e descaminhos**. Coordenação Paula Porta. – São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CAMPOS, Ipojuacan Dias. “**Igreja e Estado, casamento, família e divórcio (Belém-Pará, 1916-1940)**”. In: Horizonte Puc Minas, Belo Horizonte, v. 14, n. 43, p. 952-974, jul.set. 2016 – ISSN 2175-5841.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1973

_____. **Divórcio e anulação de casamento**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951

CARR, Edward Hallet. **Que é História?**. In: Conferências George Macaulay Trevelyan proferidas por E.H. Carr na Universidade de Cambridge, janeiro-março de 1961, tradução de Lúcia Maurício de Averka, revisão técnica de Maria Yedda Linhares. 5ª edição. São Paulo: Paz E Terra. 1987.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 7ª edição. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994.

FRANCA, Leonel. **O divórcio**. 6ª edição. Agir, 1946.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JENKINS, Keith. **A História repensada**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Contexto, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LE GOFF, Jacques, **História e Memória**. Tradução de Irene Ferreira, Bernardo Leitão e Suzana Ferreira Borges. 5ªed. São Paulo: Editora da Unicamp. 2003.

MELLO, João Manuel Cardoso de, NOVAIS, Fernando A. “Capitalismo Tardio e Sociabilidade Moderna”. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord), SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org). **História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MONTEIRO, Renata Oliva, **A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a responsabilidade civil nas relações conjugais**, Dissertação de Mestrado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1952.

MORIN, Edgar. **Ciência e Consciência**. Edição revista e modificada pelo autor. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8ª edição. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil. 2005.

_____. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução do francês: Eliane Lisboa. Posto Alegre: Sulina, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 38ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAGO, Margareth. “Trabalho feminino e sexualidade”. In: PINSKY, Carla Bassanezi (Coord), PRIORE, Mary Del (Org). **História das Mulheres no Brasil**, 10º edição. São Paulo, Contexto, 2017.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida Dos Direitos**. 5ª edição. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999

REICH, Wilhelm. **Revolução Sexual**. Tradução de Ary Blaustein. 8ª edição. Rio de Janeiro, Zahar. 1981.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história o esquecimento**. Tradução de Alain François [et. al.]. São Paulo: Editora da Unicamp, 2007

STEFAN, Cunha Ujvari; Adoni Tarso. **A História do Século XX pelas descobertas da medicina**. São Paulo: Contexto, 2014

USP; UNIFESP; INTERFACES E NÚCLEOS TEMÁTICOS DE ESTUDOS E RECURSOS DA FANTASIA NAS ARTES, CIÊNCIAS, EDUCAÇÃO E SOCIEDADE. “Aula 38- Da revolução política à revolução dos costumes”. Disponível em:

http://www.cienciamao.usp.br/dados/t2k/_historiadobrasil_2hb38.arquivo.pdf. Acesso em: 16.set.2017.