

CECÍLIA BEATRIZ SOARES DE ALMEIDA

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER
E A EFETIVIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2007

CECÍLIA BEATRIZ SOARES DE ALMEIDA

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER
E A EFETIVIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Flávia Cristina Piovesan.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2007

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.” (Boaventura de Sousa Santos)

Agradecimentos

Agradeço a Deus, Pai-Filho e Espírito Santo, e a Sua (e nossa) Grandiosa Mãe, todas as graças, virtudes e inspirações que me possibilitaram este estudo. Sem o Amor do Pai Maior e de Sua Mãe nada disto teria sido realizado. Espero, humildemente, que este trabalho tenha alcançado os objetivos Superiores, que só Ele é capaz de compreender.

Agradeço a todos os “patrocinadores”, oficiais e extra-oficiais. Aos meus pais, Antonio Luiz de Almeida – pelas noites maldormidas e pelo incentivo incondicional –, à minha flor predileta, minha mãe, Lydia Maria Soares de Almeida – fonte das maiores e melhores inspirações; aos meus irmãos, por enquanto “apenas” tricampeões mundiais: Pedro Henrique Soares de Almeida e Paulo Murilo Soares de Almeida.

Dedico este trabalho também à minha família *lato sensu*, especialmente à minha avó, Amélia Reis Soares. A todos os meus tios queridos: ao imprevisível tio Mick, ao sempre “tricolor paulista” professor Rufino – arquiteto de afetos minuciosamente construídos –, à tia “Nenê” e seus temperos e emoções mágicos, ao “Bigo”, à tia Sônia, à tia Áurea e ao Murilo, à tia Laís e ao tio Armando, à tia May, ao Joel, pensador de prontidão, e à Jora, especialmente pelo belíssimo presente pendurado na minha parede. Com infinitas saudades ao vovô Pedro, tio João e tia Maria Elisa.

Aos primos inestimáveis, pelas aventuras de outrora e por permanecerem presentes no meu caminho: Otávio Augusto Soares Machado e Larissa Figueiredo Machado. E aos priminhos Júlia e Gustavo, que me ensinam todos os dias o quanto “custa” crescer... Obrigada pela fantástica oportunidade de conviver com vocês e de amá-los tão de perto.

Aos meus amigos de hoje e sempre: Dr. Lucas Kinpara, Ana Paula e Eduardo, Kátia Marcos e João Pedro, Gláucia, Patrícia, Aline, Alice, Gisele, José Alfredo, Regina Célia, Regina Ferrari, Anamaria, Verinha, Priscilla, Bartira, Eveline, Sílvia, Tatiana e todos os que fazem ou fizeram parte da minha vida.

Especial agradecimento ao Namorado Rodrigo Peres Maruxo, pelo “lindíssima” e por me ensinar a “trocar de lugar” sempre que necessário. Thank you, you, you. Um milhão de “yous”. You.

Aos inesquecíveis professores “puccianos” meus eternos agradecimentos, pela disponibilidade, pelo entusiasmo em ensinar e principalmente pelo exemplo que representam com suas obras e vida: Maria Garcia, Cassio Scarpinella Bueno (“sem acento”) e Haydée Maria Roveratti. E, é claro, à querida professora orientadora, Flávia Cristina Piovesan, meus agradecimentos infindáveis pela imensa honra do convívio, pela competência, gentileza e elogios sempre generosos. Agradecimentos contínuos a Deus por ter-me brindado com a presença de cada um desses – e de outros tantos que deixei de mencionar, mas igualmente queridos – na minha vida. Isso já seria o bastante para mim.

Resumo

Os objetivos desta dissertação consistem em apresentar o desenvolvimento jurídico dos direitos da mulher e discutir sua efetividade no direito de família. Após descrever o período de reivindicações e a afirmação dos direitos femininos nos planos internacional, regional e nacional, a análise da efetividade jurídica torna-se o cerne deste estudo. O tema foi escolhido após reflexão sobre a situação jurídica da mulher no Brasil. Nos espaços público e privado a mulher ocupou – como ainda hoje em muitos momentos – posição relegada a segundo plano. Ressalte-se que a participação feminina na sociedade é imprescindível para o desenvolvimento social, para a efetivação dos direitos humanos e da democracia. Existe eficácia dos direitos da mulher na sociedade brasileira? A crescente efetividade dos direitos femininos é um processo real ou apenas aparente? Como proporcionar a igualdade numa sociedade desigual sem passar de sujeito discriminado a discriminador? Essas questões constituem o objeto da presente investigação. A análise da jurisprudência, especialmente dos vinte acórdãos coletados na *Revista dos Tribunais*, de 1989 até 2006, é guiada pelo princípio da igualdade. Seu conteúdo é recortado em três vertentes: a isonomia, proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello; a compensação de desigualdades, segundo Gomes Canotilho, e o combate às discriminações que geram desigualdades, conforme Boaventura de Sousa Santos. Ressaltem-se como critérios para a compreensão do presente princípio: os exemplos constitucionais, os conceitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos e a interpretação e aplicação do direito proposta por Eros Roberto Grau e apresentada nas conclusões. O método utilizado nesta dissertação é o analítico indutivo. Com base nesses instrumentos, conclui-se que a efetividade jurídica dos direitos da mulher, no direito de família, é um processo real e em expansão nos Tribunais brasileiros, embora estes não mencionem, em regra, como fundamento os princípios constitucionais e os tratados de direitos humanos. Como tendência minoritária – implícita e em declínio –, constata-se a manutenção das funções sociais atribuídas aos homens e às mulheres na família, ou seja, permanecem presentes os estereótipos de “pai provedor” e “mãe afetiva” nas decisões, embora em menor escala. A efetividade jurídica dos direitos da mulher não prejudica os homens; ao contrário, a igualdade diminui os ônus familiares para o sexo masculino e representa um avanço social sem precedentes, por reconhecer a dignidade da pessoa humana e possibilitar maior crescimento social. Portanto, as reivindicações e conquistas dos direitos da mulher transformam-se, nos dias atuais, no contínuo desafio da efetividade jurídica, que se relaciona com os direitos humanos e o desenvolvimento.

Abstract

The objectives of this dissertation are to present the legal development of women's rights and discuss its effectiveness within the Family Law. The juridical effectiveness becomes the core of this study, after describing the period in which there were women claims and the women's rights assertion, both in the international and national/regional levels. It must be emphasized that women's participation in society is indispensable for the social development, for human rights accomplishment and for the establishment of the democracy. Therefore, this theme has been chosen after reflecting about the Women's legal situation in Brazil, where, so far, women have occupied a secondary role, both in the public and private spaces. Is there efficacy of women's rights in the Brazilian society? Is the growing effectiveness of the female rights barely an apparent process or is it real? How can equality be provided in an uneven society without passing from discriminated to biased subject? These questions constitute the object of the present inquiry. The analysis of the jurisprudence, especially of the twenty sentences collected in the *Revista dos Tribunais* (Magazine of the Courts), from 1989 until 2006, is guided by the principle of the equality. Its content is based on three principles: the equality, proposed by Celso Antonio Bandeira de Mello; the inequality compensation, according to Gomes Canotilho, and the battle against the discriminations that generate inequalities, in accordance with Boaventura de Souza Santos. The criteria for the comprehension of the principle here presented are: the constitutional examples, the concepts predicted in International Treated of Human Rights and the interpretation and application of the Law proposed by Eros Roberto Grau, which is presented in the conclusions. The method used in this dissertation is the analytic inductive one. Through these instruments, it can be concluded that the legal effectiveness of the women's rights, in the Right of Family, is a real process and it is being expanded in the Brazilian Courts, although, as a rule, they do not mention as their foundations the constitutional principles nor the treatises of human rights. As minority tendency – implicit and in decline – it can be noticed the maintenance of the social functions attributed to the men and to the women in the family, in other words, the stereotypes of “father supplier” and “affectionate mother” are still present in the decisions, although in a smaller scale. The legal effectiveness of the women's rights does not impair men, on the contrary, the equality diminishes the family burden for the male sex and represents a social advancement without precedents, because it recognizes the dignity of the human being as a person and enables a greater social improvement. Therefore, nowadays, the claims and conquests of the women's rights are transformed in a continuous challenge for the legal effectiveness, which is related to human rights and development.

Sumário

Introdução	12
1. Desenvolvimento histórico dos direitos da mulher	16
1.1 Considerações preliminares	16
1.2 A relação entre igualdade e diferença entre os gêneros	17
1.3 As diversas faces da igualdade para o direito	22
1.4 O princípio da igualdade neste estudo	24
1.5 O desenvolvimento histórico dos direitos da mulher no mundo	26
1.6 Precedentes do desenvolvimento dos direitos humanos	31
1.7 Os sistemas global, regional e nacional de proteção aos direitos da mulher	34
1.7.1 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	36
1.7.2 Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)	41
1.7.3 Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994)	42
1.7.4 Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (1995)	44
1.7.5 Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999)	46
1.7.6 Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)	47
1.7.7 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994)	49

1.8 Desenvolvimento dos direitos da mulher na legislação brasileira	51
1.8.1 O princípio da igualdade nas Constituições brasileiras	52
1.8.2 A nacionalidade e a cidadania	56
1.8.3 A prestação do serviço militar	64
1.8.4 A proteção ao trabalho da mulher	66
1.8.5 A proteção à maternidade	70
1.8.6 Direito à aposentadoria	72
1.9 Os direitos civis e as mulheres	74
1.9.1 Igualdade civil entre mulheres e homens	75
1.9.2 Breves considerações sobre leis relevantes para o direito da mulher	83
1.10 A violência contra a mulher e a legislação penal brasileira	86
1.11 Legislação trabalhista	90
1.12 Análise da evolução jurídica dos direitos da mulher	100
2. A jurisprudência nas questões de direito de família	105
2.1 Considerações preliminares	105
2.2 Critérios e indicadores para a pesquisa dos casos concretos	106
2.3 O formato da pesquisa	108
2.4 Os indicadores da pesquisa	109
2.4.1. Guarda de crianças e adolescentes	112
2.4.2. Separação judicial	142

2.4.3. Pensão alimentícia entre os cônjuges	164
3. Conclusões	184
Referências	202

Introdução

Ao desenvolver a presente dissertação, revelou-se para mim o quanto o tema “direitos da mulher” ainda é visto com “reservas” pela sociedade. Ao caminhar com o material de estudo por bibliotecas, pela rua e até mesmo no escritório, muitas vezes fui observada com “olhos de reprovação” ou surpreendida com comentários “atravessados”, mais ou menos assim: “Não sabia que você era feminista” ou “Desde sempre as mulheres cuidam da casa e dos filhos; é uma sabedoria milenar”. Por certo que a função imputada às mulheres não era a de estudar e refletir sobre sua posição na sociedade, nas relações de poder, públicas ou privadas. Há, portanto, um progresso e um “atraso”, concomitantes, mas este, apesar de tudo, parece caminhar a passos mais lentos em nossos dias e, esperamos, deve ficar para trás com o passar do tempo...

A afirmação dos direitos da mulher decorre de uma trajetória de justas reivindicações e lentas realizações. Desde o século XVIII o percurso feminista é marcado por avanços, ora tímidos, ora significativos, mas sempre crescentes. A inclusão da figura feminina como cidadã, sujeito de direitos e deveres, foi uma das primeiras reivindicações feministas, assim como melhores condições no trabalho, e impulsionou a busca por uma posição de igualdade em relação aos homens.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a mudança de paradigmas na interpretação do direito, a causa feminista ganhou destaque sob o primado da “dignidade da pessoa humana”. Os direitos fundamentais tornaram-se legitimadores das ordens jurídicas internas; a comunidade internacional, a guardiã primeira desses direitos. Iniciou-se a redução da soberania absoluta dos Estados. Nesse panorama floresceram os direitos da mulher nos planos internacional, regional e nacional.

O reconhecimento dos direitos das mulheres merece especial atenção, pois metade da população mundial pertence ao sexo feminino. Em todas as sociedades, independentemente de etnia, raça, cor, idade ou religião, a figura feminina compõe a família, a comunidade e a nação.

Portanto, imprescindível não apenas o reconhecimento dos direitos humanos, mas, em especial, a concretização da igualdade entre homens e mulheres. Não há desenvolvimento social nem democracia sem a participação da mulher em igualdade de condições com o homem.

Este estudo trata de um tema constitucional, relacionado aos direitos humanos e ao direito internacional, e procura abordar a questão da afirmação e da efetividade jurídica dos direitos da mulher com base na doutrina pesquisada em livros, revistas científicas e *sites*. O método adotado é o indutivo.

A afirmação dos direitos da mulher e sua efetividade jurídica estão divididos, aqui, em três capítulos. No primeiro são apresentadas as reivindicações feministas e o desenvolvimento da legislação internacional, regional e nacional, com ênfase nas inovações trazidas pela Constituição de 1988 e pelo novo Código Civil; no segundo capítulo é empreendida uma análise sobre os casos concretos relativos ao direito de família; no terceiro se apresentam as conclusões, destacando as mais relevantes reflexões deste estudo e apresentando uma concisa avaliação sobre a interpretação e aplicação do direito.

Existe nos sistemas internacional, regional e nacional ampla legislação destinada ao combate à discriminação contra a mulher e à promoção da figura feminina na sociedade, não apenas no espaço público mas também no privado.

Neste estudo ressaltam, como instrumentos internacionais protetivos da mulher: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (em 1979); a Declaração e Programa de Ação de Viena (em 1993); a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (em 1994); a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (em 1995) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (em 1999).

No âmbito regional, os principais documentos jurídicos firmados e apresentados nesta dissertação são: a Convenção Americana de Direitos Humanos (em 1969) e a Convenção Inte-

americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — Convenção de Belém do Pará (em 1994).

Quanto à evolução dos direitos da mulher no âmbito nacional, alguns direitos específicos foram destacados e analisados, considerando: 1º) todas as Constituições brasileiras; 2º) uma relação comparativa entre o Código Civil de 1916 e o novo Código de 2002 quanto ao direito de família e sucessões; 3º) a legislação especial; 4º) o direito penal quanto à violência; e 5º) a legislação trabalhista.

Este estudo procurou, num primeiro momento, relacionar os principais instrumentos legislativos que consagram os direitos da mulher, reconhecendo a importância destes. Demonstrado o amplo rol de conquistas, a segunda preocupação foi a análise da efetividade jurídica no campo das relações familiares, especificamente nos seguintes temas: guarda de crianças e adolescentes, separação judicial e pensão alimentícia entre cônjuges, em que a litigância entre mulheres e homens é frequente, envolvendo as relações familiares de poder e a interpretação dos papéis sociais dos sexos pela lei e seus intérpretes.

Assim, as questões centrais da segunda parte da dissertação podem ser resumidas em três: 1ª) existe eficácia dos direitos da mulher na sociedade brasileira? 2ª) A crescente efetividade dos direitos femininos é um processo real ou apenas aparente? 3ª) Como proporcionar a igualdade em uma sociedade desigual sem passar de sujeito discriminado a discriminador?

Neste estudo o princípio da igualdade, sua forma e conteúdo, é determinante para a implementação dos direitos da mulher, ou seja, constitui não apenas o vetor para a análise da igualdade entre mulheres e homens, mas a busca pela aplicação efetiva e imediata dos direitos e garantias fundamentais. Ao interpretá-lo e aplicá-lo como norma jurídica, seguindo os preciosos ensinamentos de Eros Roberto Grau, a concretização do direito torna-se possível.

O conteúdo da igualdade, tarefa difícil, é recortado em três vertentes a partir das lições, respectivamente, de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Joaquim Gomes Canotilho e Boa-

ventura de Sousa Santos: a) isonomia; b) compensação de desigualdades de oportunidades e justiça social; e c) combate às discriminações geradoras de desigualdades.

As questões formuladas para a análise dos acórdãos buscam sugerir o que seria, na prática, essa almejada igualdade – nos casos de direito de família, adotando as concepções complementares dos autores mencionados. Os resultados surpreendem. O “movimento” da efetividade jurídica dos direitos da mulher revela crescente tendência à igualdade entre mulheres e homens no plano familiar, mas também denuncia a influência – ainda que implícita e em declínio – de estereótipos fundamentados nas funções sociais atribuídas aos homens e mulheres.

Ao apresentar as conclusões deste estudo, percebe-se que a efetividade jurídica dos direitos da mulher está em seu início, e que os Tribunais brasileiros – compostos na grande maioria por homens – têm participação fundamental em tal processo.

Por fim, ressalte-se que esta dissertação pretende questionar o atual momento histórico e jurídico da mulher no Brasil, bem como demonstrar a crescente efetividade de seus direitos e a necessidade de impulsioná-la por meio de uma interpretação mais arrojada do direito.

1. Desenvolvimento histórico dos direitos da mulher

1.1 Considerações preliminares

Na introdução deste estudo importa delimitar o objeto da investigação, as questões centrais do tema e a ótica utilizada para analisá-las. Os objetivos deste trabalho consistem em estudar a afirmação e a efetividade jurídica dos direitos da mulher. Para tanto, algumas prévias justificativas merecem destaque.

Em primeiro lugar, ressalte-se que o reconhecimento e a efetividade dos direitos da mulher compõem um problema social que aqui abordaremos juridicamente. Não se trata de polarizar a sociedade e o direito, por ser a função deste organizar aquela. O direito — e não há como negar isto — busca possibilitar o convívio social; conseqüentemente, deve refletir as alterações necessárias à transformação da estrutura social de determinada coletividade em uma época. Este estudo será realizado pela ótica jurídica, contextualizada na história do período descrito, mas sem a pretensão de uma análise sociológica sobre o tema.

Por que direitos da mulher? A mulher, como sujeito de direitos, foi escolhida devido à condição que sempre lhe foi atribuída pela sociedade: a de hipossuficiente. Diante do fato de que aproximadamente metade da população mundial é composta de mulheres, negar-lhes direitos fundamentais corresponde ao não-reconhecimento dos direitos humanos à “metade dos

humanos”, para utilizar a feliz expressão de Boutros Ghali¹, ex-Secretário-Geral da ONU. A partir deste ponto, a tão imperiosa quanto complexa questão da igualdade será discutida.

Defende-se neste trabalho o ponto de vista segundo o qual as diferenças entre os gêneros não devem justificar discriminações contra a mulher, pois destas se originam as desigualdades sociais entre os sexos. A igualdade perseguida neste estudo está estritamente relacionada ao respeito à diferença entre os gêneros, porém afastando padrões estereotipados de comportamentos rotulados como “masculinos” ou “femininos”. Adotar-se-á a concepção da mulher como pessoa humana digna de respeito pelo direito e pela sociedade, o que de certo modo afronta a “função” por ela desempenhada e a ela imputada durante longos períodos da história. A diferença entre os gêneros não constitui o “problema” deste tema, mas a desigualdade construída sobre tal diversidade.

A partir daí nasce a questão cerne desta dissertação: existe eficácia dos direitos da mulher na sociedade brasileira? A crescente efetividade dos direitos femininos é um processo apenas aparente ou real? Como proporcionar a igualdade numa sociedade desigual sem passar de sujeito discriminado a discriminador?

O estudo de casos que possibilitem a análise da isonomia entre mulheres e homens demonstrará o “movimento” da efetividade. Portanto, a mulher objeto de nossa dissertação é a brasileira que recorre ao Judiciário, ou seja, aquela que é consciente da existência de seus direitos e que busca efetivá-los na prática.

1.2 A relação entre igualdade e diferença entre os gêneros

¹ “Sem progresso na situação das mulheres não pode haver nenhum desenvolvimento social verdadeiro. Os direitos humanos não merecem esse nome se excluem a metade da humanidade. A luta pela igualdade da mulher faz parte da luta por um mundo melhor para todos os seres humanos e todas as sociedades”.

Homens e mulheres devem ser tratados como iguais ou diferentes pelo direito? Tal fato significará necessariamente uma discriminação? Como conjugar o direito à diferença com o direito à igualdade?

Boaventura de Sousa Santos² afirma: “As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. Reitera-se, neste ponto, a importância do convívio e do diálogo com a diferença e a necessidade de desbravar preconceitos geradores de desigualdades. O desafio da manutenção da especificidade das partes (neste estudo, homens e mulheres) também merece atenção, por constituir uma linha tênue entre a caracterização do gênero e estereótipos socioculturais justificadores de desigualdades.

Ressalte-se a interessante questão proposta pelos autores Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes³: “Como compatibilizar a reivindicação de uma diferença enquanto coletivo e, ao mesmo tempo, combater as relações de desigualdade e de opressão que se constituíram acompanhando essa diferença?”.

Estudando o multiculturalismo e a globalização, esses autores concluem pela revisão das concepções de cidadania, admitindo a premente necessidade de reconhecer as diferenças e de criar políticas destinadas à redução das desigualdades, à redistribuição de recursos e à inclusão. Com base nessa “cidadania cosmopolita”, criada por meio do diálogo entre as diversas culturas, os direitos humanos prosseguiriam na construção de seus objetivos de igualdade e dignidade para todos. As idéias de “respeito e diálogo com as diferenças”, bem como a adesão a políticas especiais para a diminuição da desigualdade, estarão presentes neste estudo.

A dúvida sobre como equacionar a relação de igualdade entre mulheres e homens persiste. A idéia aristotélica de igualdade como tratamento igual para os iguais e desigual para os

² SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

³ Id., p. 25.

desiguais evidencia a necessidade de adotar um critério proporcional, que considere as diferenças entre os sujeitos, resultando no equilíbrio entre entidades distintas.

A relação de igualdade entre duas entidades pressupõe que não sejam idênticas. Assim, mulheres e homens podem ser “iguais” somente enquanto distintos — se fosse ao contrário seriam únicos e não haveria necessidade de “igualdade”. Portanto, por não serem idênticos, mas distintos, nasce a diferenciação, que sempre será discriminatória, ora num sentido positivo, ora negativo, dependendo do critério utilizado para estabelecer a diferença.

Quando mulheres e homens são iguais? Ao possuírem a mesma característica relevante no contexto em que se impõe a análise da igualdade. Por exemplo: para trabalhar na contabilidade da empresa X ambos são igualmente capazes, pois mulheres e homens são seres humanos, racionais, comunicativos. Nesses aspectos relevantes, são iguais.

Quando mulheres e homens são diferentes? Se um possui características relevantes e outro não, ou se ambos as possuem, mas não na mesma medida. Por exemplo: para trabalhar como salva-vidas numa praia de mar violento. Mulheres e homens nadadores podem competir, mas o elemento “força” será determinante, o que não significa que será sempre o homem que assumirá o emprego, mas aquele sujeito — seja mulher ou homem — que for mais forte e melhor nadador.

Nos dois exemplos demonstrados fica evidente que “igualdade” e “diferença” são relações comparativas entre entidades diferentes e pressupõem um parâmetro ou unidade de medida comum. Portanto, são conceitos relativos.

Importa também analisar que, conforme o contexto, a característica relevante será diferente. Seguindo os exemplos citados, os critérios para a admissão de mulheres ou homens para a função de contador e salva-vidas são muito diferenciados, e aí nasce a base para a análise da igualdade. O critério, entretanto, não será o único elemento determinante para a compreensão da igualdade.

Desse raciocínio também se deduz o conceito de discriminação “válida” e “inválida”. Discriminar significa diferenciar, portanto nem sempre a expressão guarda o significado negativo ou injusto que habitualmente se imagina. Novamente a análise do critério para o alcance de determinado fim indicará o adjetivo da discriminação. Será mesmo?

Poder-se-ia afirmar que a discriminação no plano jurídico é construída sobre um critério ora adequado ora não, e que daí resultaria a existência (ou inexistência) de relação isonômica? Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ lança luzes sobre o tema, demonstrando com exatidão que não somente o critério é elemento determinante para estabelecer a isonomia entre as partes, mas também a relação lógica entre a adoção do critério discriminatório (o traço acolhido como diferença fundamental) e o fim para o qual é criado, ou seja, um tratamento jurídico específico para uma das partes. Acrescenta ainda que é imprescindível a análise dessa correlação lógica realizada em abstrato também no plano concreto, por exemplo, a racionalidade da discriminação verificada em uma lei deve guardar harmonia com a ordem constitucional.

Assim, a norma jurídica cujo *discrímen* guarda relação lógica com o fim almejado e está em conformidade com o sistema jurídico não afronta a isonomia — ao contrário, observa-a. Portanto, cumpre distinguir a constante discriminação entre os sujeitos realizada pelo direito: se concernente a parâmetros lógicos entre o critério adotado (“*discrímen*”) e a necessidade de tratamento jurídico especial para o beneficiado, a norma obedece à igualdade; caso contrário, caracteriza afronta à isonomia. Ressalte-se que sempre será imprescindível, na análise do caso concreto, a relação de conformidade com o sistema normativo constitucional.

Neste trabalho, como será analisada a relação lógica entre o critério utilizado pelo Judiciário para distinguir mulheres e homens na expectativa de alcance da isonomia? Três critérios serão empreendidos: 1º) a busca de exemplos no Texto Constitucional brasileiro como paradigma; 2º) os conceitos firmados nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; 3º) a interpretação mais adequada para garantia de eficácia às normas jurídicas existentes.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

No primeiro critério, tentar-se-á compreender a “equação” de igualdade estabelecida pelo constituinte brasileiro neste tema, na tentativa de transportá-la para as decisões judiciais pós-1988. Por exemplo, o art. 40, § 1º, III, ao tratar da aposentadoria voluntária, estabelece:

III — voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de *dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo específico em que se dará a aposentadoria*, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (grifo nosso).

Fica evidente que o constituinte concebeu tratamento diferenciado entre os gêneros para a concessão da aposentadoria. Ao mesmo tempo, fixou igual tratamento na parte grifada. Ou seja, igualou mulheres e homens quanto às condições básicas (dez anos no serviço público e cinco no cargo específico) e os diferenciou nas alíneas *a* e *b* ao conceder cinco anos a menos na idade e no tempo de contribuição para as mulheres. Por quê? Qual a “igualdade” delineada pelo constituinte? Considerou as demais funções desempenhadas pela mulher na sociedade brasileira, e não apenas a “função pública”. O constituinte não “enxergou” apenas a funcionária pública, mas a mulher como “figura feminina” à qual sociedade imputa outras “funções” e, implicitamente, reconheceu como predominante a tendência à não-distribuição das tarefas domésticas nos lares brasileiros. Portanto, estabeleceu uma forma jurídica de resgatar uma “dívida” para com as mulheres, uma espécie de compensação.

No segundo critério, diante dos conceitos elaborados pelos tratados internacionais de direitos humanos, bem como das obrigações jurídicas decorrentes do direito internacional relativas à eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, o foco da discussão e o objeto de análise será a implementação de novas decisões políticas acrescentadas ao ordenamento jurídico, bem como a imprescindível mudança de paradigma na interpretação do direito por seus agentes operantes.

No terceiro critério, ao apresentar as conclusões, linhas gerais sobre a interpretação e aplicação do direito serão comentadas, bem como apontado o método mais adequado para tal estudo segundo Eros Roberto Grau.

1.3 As diversas faces da igualdade para o direito

Célebre é a distinção entre “igualdade perante a lei” e “igualdade na lei”. De acordo com a primeira, a aplicação da lei deve ser igual para todos, ou seja, a norma jurídica deve guardar suas características de genérica, abstrata, imperativa e impessoal, destinando-se ao aplicador do direito; a segunda é direcionada ao legislador, ou seja, ao criador da lei, que, ao elaborá-la, deve pautar-se pela isonomia, não permitindo nos textos legais concessões ou privilégios arbitrários.

Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁵, o enunciado do princípio da igualdade constituiu uma ordem negativa, um “não faça” contra o legislador e o executor, judicial ou administrativo. O autor observa, entretanto, que o princípio jurídico da igualdade não estabeleceu uma “nova igualdade”, não destruiu a desigualdade já reinante. Surge daí a expressão “igualdade formal”, dotada apenas de um sentido negativo que impunha ao Estado uma abstenção. Em sentido oposto, a igualdade material traz carga positiva, obrigando o Estado a executar prestações positivas voltadas à efetiva realização da igualdade.

José Afonso da Silva⁶ ressalta que, no Brasil, tal distinção é desnecessária, porque doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que o princípio da igualdade tem como destinatários legislador e aplicadores do direito, bem como guarda caráter formal e material. Esse autor afirma a necessária compreensão de tal igualdade, pois a discriminação por vezes realizada pelo legislador não significa, necessariamente, privilégio; ao contrário, em muitos casos atende à própria isonomia ao diferenciar grupos com fundamento em aspectos ou características relevantes que, por si sós, exigem tratamento jurídico especial. Esse argumento segue os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello acima apontados.

A igualdade constitui um princípio geral do direito que inaugura os direitos fundamentais. Pressuposto da democracia e objetivo do Estado Democrático encontra-se positivado

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 485.

no ordenamento jurídico internacional e no nacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo I, proclama: “*Todas as pessoas* nascem livres e *iguais* em dignidade e direitos”. É o reconhecimento jurídico — pós-Segunda Guerra Mundial e os horrores dela resultantes — da igualdade e dignidade de TODOS os seres humanos e, conseqüentemente, da imprescindibilidade da proteção do homem e da mulher pelo direito. A partir desse marco, os tratados internacionais de direitos humanos e as Declarações de Direitos buscam estabelecer valores mínimos a serem respeitados pelo maior número possível de nações, jurisdicionando-os na tentativa de iniciar o que talvez no futuro seja um novo e uno direito: o direito de todas as nações, o direito mundial. Poder-se-ia sonhar com os direitos humanos firmados atualmente na arena internacional como embrião desse direito imaginado sem fronteiras e desigualdades arbitrárias: o direito das gentes.

O vocábulo “todos”, correntemente utilizado nas Declarações Internacionais de Direitos, é analisado por José Afonso da Silva⁶ como signo de sentido universalizante, destinado a todas as pessoas, “sem distinção de qualquer natureza”.

Pontes de Miranda⁸ acrescenta que o princípio da igualdade não poderá ser invocado quando a própria Constituição permitir ou ordenar a desigualdade, como nas hipóteses de diferenciação entre brasileiros natos e inatos para o exercício de certas funções públicas ou no já comentado caso da aposentadoria da mulher. Essas diferenciações fixadas no Texto Constitucional não violam a isonomia, mas a realizam.

No âmbito nacional, o art. 5º da Constituição enuncia o princípio da isonomia em sentido jurídico-formal, mas em muitos dispositivos do Texto se empresta à igualdade caráter material, por exemplo, no art. 7º, XXX e XXXI. O interesse do constituinte em construir o direito brasileiro sob a ótica da igualdade demonstra-se com clareza no art. 3º, III e IV, ao

⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 74.

⁷ Id., p. 73.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 485.

prescrever a redução de desigualdades sociais e regionais e ao repudiar qualquer forma de discriminação⁹.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰, além de conceber o princípio da igualdade como princípio do Estado de Direito, reafirma-o como princípio de Estado social, numa clara concepção aristotélica de vinculação da igualdade à justiça. Compreendendo a igualdade como princípio de justiça social, destaca-o como “princípio de igualdade de oportunidades (*equality of opportunity*) e de condições reais de vida”. Interessante observar como tal princípio se torna instrumento para a realização concreta da igualdade, ao menos enquanto repúdio às desigualdades infundadas. Também abre caminho para uma política de justiça social, de concretização de enunciados constitucionais voltados à implementação de direitos econômicos, sociais e culturais. Reitere-se que a igualdade da mulher não beneficiará apenas o gênero feminino, mas será uma conquista de toda a sociedade, uma real implementação dos direitos humanos e uma evolução social sem precedentes.

1.4 O princípio da igualdade neste estudo

A interpretação da eficácia dos direitos da mulher voltar-se-á para fatos concretos relativos ao direito de família julgados pelo Poder Judiciário brasileiro, e o princípio em questão será o norte para a análise empreendida neste estudo. Tentar-se-á substituir os julgamentos de valor por outros mais próximos aos fatos para assegurar a igualdade. As lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Joaquim Gomes Canotilho e Boaventura de Sousa Santos constituirão juntas o alicerce utilizado neste trabalho.

⁹ Aqui entendida como discriminação negativa.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 428.

Seguindo os ensinamentos de Gomes Canotilho¹¹, esta dissertação utilizará o princípio da igualdade: 1) para contrariar discriminações objetivas ou subjetivas que tornem inválida a lei ou sua interpretação; 2) como princípio jurídico constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades; 3) como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos.

Acrescente-se também a lição de Boaventura de Sousa Santos¹², ressaltando a importância do convívio e do diálogo com a diferença e a necessidade de combate aos preconceitos geradores de desigualdades por meio da revisão da concepção de cidadania. Assim, o autor afirma a dignidade da pessoa humana como princípio dos direitos humanos e do direito internacional e destaca a premente necessidade de reconhecer as diferenças e de criar políticas destinadas à redução das desigualdades, à redistribuição de recursos e à inclusão dos menos favorecidos na sociedade.

Em suma, serão utilizadas: 1) a relação lógica entre o critério de discriminação adotado pela lei para distinguir homens e mulheres em concreto e sua finalidade, bem como a conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, como premissa elaborada por Bandeira de Mello; 2) a concepção de princípio de justiça social e de compensação de desigualdade de oportunidades pensada por Canotilho; e 3) o combate às desigualdades oriundas da intolerância às diferenças socioculturais, adotando-se nova concepção de cidadania, conforme Boaventura de Sousa Santos.

Convém ainda esclarecer que a análise da igualdade entre os gêneros necessita, para utilizar as sábias palavras de Pontes de Miranda¹³:

[...] desbastar desigualdades artificiais: saber-se até onde são iguais, pesquisar-se a extensão, o valor e o uso das diferenças, eliminar-se o erro de serem tratados desigualmente o homem e a mulher, onde e quando são iguais.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 428.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Op. cit., p. 56.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 433.

1.5 O desenvolvimento histórico dos direitos da mulher no mundo

A Declaração da Independência das Treze Colônias, publicada em 4 de julho de 1776 na Filadélfia, sob influência da filosofia do século XVIII, já concebia a igualdade entre os homens¹⁴, à semelhança da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada na França em 1789, que enuncia no Artigo I: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As discriminações sociais só se podem basear na utilidade comum”. Entretanto, não basta o reconhecimento da igualdade entre os homens, pois em muitos setores da sociedade — como nas relações entre mulheres e homens — necessita-se da efetivação prática dessa igualdade.

O reconhecimento dos direitos garantidos às mulheres no curso da história é fruto não de uma alteração de concepções filosóficas da humanidade, mas de uma crescente transformação sociocultural, fundamentada nas novas necessidades capitalistas de aumento de mão-de-obra e de mercado de consumo.

O âmbito privado, ao contrário do que se costuma imaginar, não restringia a mulher ao trabalho relacionado exclusivamente à casa e aos filhos. Ao contrário, as classes não favorecidas desenvolviam trabalhos autônomos realizados na vida privada sem nem sequer possuir um cômodo independente para a realização dessas atividades. Manejavam teares, máquinas de costura e outros instrumentos de trabalho nos mesmos aposentos em que faziam suas refeições e as demais atividades privadas. O privilégio de uma vida privada claramente separada do trabalho era exclusivo das classes altas. A vida em família não significava “o homem provedor” e a mulher “dona de casa”. Nas classes mais vulneráveis, ambos trabalhavam em casa lado a lado, e a igualdade no trabalho nem sequer precisava ser mencionada. Mais tarde, passaram a trabalhar em residências de outras pessoas, o que significava uma mudança de *status* em relação ao trabalho privado e uma abertura ao setor público.

¹⁴ Conforme o enunciado da Declaração: “Considera como verdades evidentes, que os homens nascem iguais; que o Criador os dotou de certos direitos inalienáveis; entre os quais a vida, a liberdade e a procura da felicidade; que os governos ‘humanos’ foram instituídos para garantir esses direitos”.

Com o crescimento industrial, o homem passou a trabalhar no âmbito público e a relegar às mulheres o não-reconhecimento do trabalho realizado no âmbito privado, pois as cooperativas domésticas¹⁵ passaram a não produzir riquezas de forma competitiva com as indústrias em desenvolvimento.

A necessidade de maior número de trabalhadores nas indústrias, bem como de aumento de mercado para o consumo dos produtos fabricados, exigiu a mão-de-obra feminina e a ela aplicou condições degradantes de trabalho. Naquele momento — século XVIII — as mulheres foram “recrutadas” pelo mercado de trabalho no âmbito público, ou seja, deixaram de participar na economia desenvolvida em seus lares para enfrentar trabalhos em condições deploráveis nas indústrias.

A exploração das trabalhadoras evidenciava-se não apenas nas longas jornadas e nas condições desumanas de trabalho, mas também na diferença de salários entre homens e mulheres que exerciam a mesma função. O não-reconhecimento da igualdade salarial entre o trabalho feminino e o masculino marcou o início das desigualdades sociais entre os sexos no âmbito público. A luta por garantias mínimas de saúde, como a redução da jornada de trabalho, apresentou-se como a primeira manifestação feminina por direitos.

Os manifestos femininos começaram a ganhar a praça pública. Em 1792¹⁶, Mary Wollstonecraft — considerada a primeira feminista britânica — publicou *Defesa dos Direitos da Mulher*. Na França, Olympe de Gouges e outras mulheres lutaram pelo reconhecimento de seus direitos. Em 1789 os *Cadernos de lamentações das mulheres*, de Paule Marie Duhet, iniciaram a discussão sobre o tema. Ressalte-se que em 1788, na França, o filósofo e político francês Condorcet já reclamava o direito das mulheres à educação, à política e ao trabalho.

¹⁵ PROST, Antoine; VINCENT, Gerard (org.). *A história da vida privada: primeira guerra a nossos dias*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 21 e s.

¹⁶ Os dados históricos foram compilados com o auxílio das obras: PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos direitos da mulher: norma-fato-valor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 9 e s.; DUMAIS, Monique. *Os direitos da mulher*. São Paulo: Paulinas, 1993. p. 7 e s.; SILVA, Rosângela Aparecida da. *A igualdade entre homem e mulher nas relações interconjugais: obrigações decorrentes da Constituição de 1988*. Alfenas: Universidade de Alfenas, 1999. p. 89-90; *A defesa da mulher: instrumentos internacionais*. Brasília: Funag/IPRI — Ministério das Relações Exteriores, 2003. p. 12 e s.

Nos Estados Unidos, em 1790, as mulheres perderam o direito de voto que exerciam desde 1691 no Estado de Massachussets.

No século seguinte, em 1840, a norte-americana Lucretia Mott lançou *Equal rights association*, para a defesa das mulheres e negros. Em 8 de março de 1857 operárias das indústrias têxteis e de confecções fizeram greve reivindicando igualdade de salários e diminuição da jornada de trabalho. Ainda nos Estados Unidos, em 1870, criou-se a Associação Nacional pelo Sufrágio Feminino, e o Estado de Wyoming concedeu o direito de voto às mulheres para alcançar a cota de eleitores necessária para o ingresso na União. Em 1888, Susan B. Anthony fundou o Conselho Nacional de Mulheres; em Washington, a organização feminista da Europa e dos Estados Unidos inaugurou o Conselho Internacional de Mulheres.

Enquanto na Suécia, em 1862, as mulheres votavam nas eleições municipais, no Reino Unido, a defesa do voto feminino, realizada em 1866 por John Stuart Mill, apenas semeou a criação da Sociedade Nacional pelo Sufrágio Feminino, que viria a ocorrer em 1868. Na Nova Zelândia as mulheres conquistaram o direito ao voto em 1893.

Na Rússia, em 1859, surgiu em São Petersburgo o primeiro movimento feminista em favor da emancipação da mulher. Somente dezenove anos depois, em 1878, inaugurou-se a Universidade Bestujev, primeira universidade russa feminina. Em 1870, na França e na Suécia, as mulheres tiveram acesso ao estudo da Medicina, enquanto na Turquia (1870) e no Japão (1874) foram abertas as primeiras escolas destinadas à formação de professoras para ensino primário e secundário. Na Turquia (1914) nasceu em Istambul a primeira faculdade para moças.

O início do século XX foi marcado pela conquista do direito de voto das mulheres de quase todo o mundo e também pela criação de ligas e comissões em favor dos direitos humanos das mulheres.

Foi reconhecido o direito de voto: na Noruega (em 1901, para eleições municipais; em 1913, o direito “integral” de voto); na Finlândia (1906); na Holanda e na Rússia (1917); no Reino Unido, mulheres maiores de trinta anos podiam votar e ser votadas para o Parlamento (1918); na Alemanha e na Tchecoslováquia (1919); nos Estados Unidos as mulheres votam em todo o País (1920); no Equador (1929); no Brasil, por meio da lei eleitoral da Segunda República (1932) e depois pela Constituição de 1934; na Espanha (1932); na França e na Itália (1945); no Paraguai (1961) e na Suíça (1971).

Várias manifestações semearam a criação de ligas e comissões, que originaram discussões sobre a necessidade de igualdade nas relações entre mulheres e homens. Iniciava-se assim o processo de construção e afirmação dos direitos humanos para as mulheres, ou seja, de conscientização da mulher como cidadã. A figura feminina há tempos compunha a população ativa da sociedade, contribuindo com seu trabalho para o sustento da família e o desenvolvimento da nação, mas era excluída das decisões da comunidade e do país por permanecer sob a opressão das leis criadas por homens, não dispostos a compartilhar os “lucros” da cidadania.

Em 1903 Emmeline Pankhurst, feminista inglesa, criou a *Women’s Social e Political Union* (WSPU), demonstrando a organização em torno dos ideais femininos e a predisposição a lutas para a implementação dos direitos da mulher.

Comícios como os realizados por Annie Kenny e Christabel Pankhurst em Manchester (Reino Unido) em 1905, bem como o promovido pela mesma Emmeline, Christabel Pankhurst e Flora Drummond em Trafalgar Square (Londres) em 1908, somados à prisão das líderes do movimento, despertaram a atenção pública para a questão das mulheres. A manifestação no Royal Albert Hall e no Hyde Park, no mesmo ano, também demonstrava a urgência da causa.

Nos Estados Unidos se fundou a Aliança Feminina Internacional em 1904. Em 1910 se realizou na Dinamarca o Congresso Internacional da Mulher, que instituiu o dia 8 de março como a data comemorativa da luta da emancipação feminina¹⁷. No Japão, em 1911, criou-se o

¹⁷ A data foi escolhida porque em 1908 cento e vinte e nove operárias têxteis morreram queimadas durante ocupação da fábrica Cotton em East Village, Nova York.

Movimento de Libertação Feminina Seito Sha, e em 1925 nasceu um movimento feminista após a exclusão das mulheres do sufrágio universal. Na China, em 1912, várias organizações se reuniram em Nanquim para formar uma aliança de coordenação que reclamaria igualdade de direitos para as mulheres ao presidente da China. Na Alemanha, Áustria, Suíça e Dinamarca, em 1913, as mulheres reclamaram o direito de votar e serem votadas, justamente nas comemorações do Dia Internacional da Mulher. Na América Latina foi aprovada, em 26 de abril de 1923, na Quinta Conferência dos Estados Americanos, a Resolução sobre Direitos da Turquia, e em 1928 foi criada a Comissão Interamericana de Mulheres na Sexta Conferência dos Estados Americanos, realizada em Havana. Em 1934 a França realizou em Paris o Congresso Internacional de Mulheres contra o Fascismo e a Guerra. Em 1948, a Nona Conferência Internacional Interamericana, realizada na Colômbia (Bogotá), foi assinada por vinte países, incluindo o Brasil — a Convenção dos Direitos Civis à Mulher¹⁸.

Também constitui clara demonstração do desenvolvimento da mulher como cidadã a sua participação política. Foram eleitas: na Índia (1925), Sarojjini Naidu para presidente do Congresso Indiano, líder claramente a favor dos direitos da mulher; no Japão (1946), seis mulheres para o Parlamento; no antigo Ceilão, atual Sri-lanka (1959), pela primeira vez na história uma mulher foi eleita primeira-ministra, Sirima Bandaranaike; na Argélia (1962) foram eleitas seis deputadas para a Assembléia Nacional. No Paquistão (1964), Fátima Jinnah candidatou-se à presidência da República; no Chile foi eleita a primeira mulher para a presidência da República em 2006, Michelle Bachelet¹⁹, e, na Libéria, Ellen Johnson Sirleaf²⁰ também eleita a primeira mulher chefe de Estado da África; na Alemanha, a Chanceler Angela Merkel foi escolhida. Destaque-se, ainda, em nossos dias, a posição de destaque mundial da norte-americana Condolessa Rice.

Silvia Pimentel²¹, analisando esses dados históricos, colhidos na UNESCO, ressalta a evidência do paulatino reconhecimento universal dos direitos da mulher, independentemente

¹⁸ Esse tratado foi aprovado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 74, de 22.12.1951.

¹⁹ Disponível em: *Folha On Line/Mundo*. www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u93525.shtml. Acesso em 8.1.2007.

²⁰ Disponível em: *Diário Popular Via Internet*. www.diariopopular.com.br/17_01_06/p202.html. Acesso em 8.1.2007.

²¹ PIMENTEL, Silvia. Op. cit., p. 12 e s.

da origem, raça, ideologia, religião. Afirma que há características universais nessa evolução, por exemplo, a relação entre o grau de instrução e o emprego feminino, bem como os direitos atribuídos à mulher em dada sociedade.

1.6 Precedentes do desenvolvimento dos direitos humanos

Convém relembrar, antes da descrição das convenções internacionais e regionais sobre a mulher, os precedentes históricos e filosóficos dos direitos humanos que constituem o cerne do direito internacional.

Norberto Bobbio²² e Hannah Arendt²³ ressaltam, reiteradamente, a concepção dos direitos humanos como “um construído”, ou seja, um processo em constante evolução e não um dado pronto e acabado. Trata-se de um campo no qual a luta tem por finalidade a construção e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Por meio da Declaração Universal de 1948, confirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, um novo paradigma foi estabelecido pelo direito: a dignidade da pessoa. A necessidade de amenizar o positivismo legalista e de introduzir valores éticos universais, capazes de humanizar e revolucionar o mundo jurídico, foi inaugurada na ordem internacional com a Declaração Universal de Direitos Humanos²⁴ de 1948.

Após a Segunda Guerra Mundial e o conhecimento das atrocidades cometidas durante o nazismo e fascismo — período em que dezoito milhões de pessoas²⁵ foram enviadas para campos de concentração, resultando na morte de onze milhões —, o poder do Estado sobre o

²² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32.

²³ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: [s. l.], 1979.

²⁴ Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12. 1948.

cidadão passou a ser fortemente questionado. Sob o argumento da superioridade da raça ariana e acobertado pelo estrito positivismo, o genocídio marcou a história da Humanidade e exigiu uma profunda alteração nos paradigmas adotados pelo direito.

Norberto Bobbio²⁶ resume com precisão o caminho percorrido pelos direitos humanos:

[...] os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora a Declaração de Direitos), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

Assim, surgiu uma nova concepção de direitos que não mais se restringe à proteção apenas no âmbito nacional, pois é legítimo e imprescindível o interesse internacional na tutela de direitos humanos.

As conseqüências dessa internacionalização dos direitos humanos são muitas, podendo-se citar dentre elas a revisão da soberania absoluta dos Estados uma vez admitidas intervenções no plano nacional, bem como a idéia de que os direitos humanos devem ser protegidos internacionalmente, pois todas as pessoas são reconhecidas como sujeitos de direitos. Flávia Piovesan²⁷ aponta essa revisão da soberania do Estado como processo de relativização, tendo em vista a admissão no plano nacional de intervenções internacionais quando favoráveis aos direitos fundamentais. Segundo a autora, ocorreu uma transição da concepção “hobbesiana” de soberania para a “kantiana”, ou seja, a idéia de soberania centrada no Estado desenvolveu-se para uma soberania relacionada ao conceito de cidadania universal.

A Declaração Universal de 1948 acolheu a idéia kantiana de dignidade da pessoa humana como valor primeiro a ser observado pelos ordenamentos jurídicos. Mas, afinal, o que é dignidade humana?

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 8.

²⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 30.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 12.

A dignidade remete a uma carga axiológica identificada à primeira vista. Numa rápida análise, o sentido de dignidade está na relação entre os homens e na relação do homem com ele mesmo. A primeira traz à tona a necessidade de reconhecimento pelo homem da dignidade de seu semelhante: respeitabilidade. A segunda, o reconhecimento da dignidade própria como inerente à condição humana.

A dignidade, como característica intrínseca ao ser humano, surgiu no pensamento cristão, no Antigo Testamento, ao se conceber a criação do homem à imagem e semelhança de Deus. O sentido da expressão “pessoa humana”, pelos cristãos construída, passaria pela história trazendo até os dias atuais a firme concepção de que o homem se diferencia dos demais seres simplesmente por sua condição humana. Tomás de Aquino compreende o homem como ser criado à imagem e semelhança de Deus, dotado de autodeterminação e livre vontade, apontando aí a dignidade humana. A capacidade de liberdade em suas escolhas éticas também é pela primeira vez mencionada como característica humana.

Essa idéia atingiu o ápice na filosofia de Immanuel Kant quando este concluiu que o ser humano é o fim de todas as coisas e não pode ser utilizado como meio. A concepção kantiana de dignidade parte da autonomia ética da pessoa, que, por meio da razão, fará suas próprias escolhas. Kant concebe o valor humano como “acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente”²⁸. Esse autor diferencia o ser humano das coisas, compreendidas como os demais seres, passíveis de substituição por outros equivalentes, sem prejuízo. A concepção de dignidade da pessoa humana contraposta à idéia de coisas substituíveis é a origem do pensamento aceito pelo “mundo jurídico” para a proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, mesmo sob uma aparente “roupagem do positivismo jurídico”²⁹, os tratados internacionais incorporam a dignidade humana como valor a ser respeitado incondicionalmente. É uma resposta à crise do positivismo severo, que vinha vigorando e admitindo barbáries contra a humanidade como “legitimadas” pelo direito.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição brasileira de 1988. *RT*, ano 94, v. 833, mar. 2005, p. 47.

Observa-se no direito constitucional contemporâneo ocidental a elaboração de Cartas abertas a princípios e valores, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, esse sistema de direito internacional, que delimita o poder e protege os direitos fundamentais do homem, começa a traçar linhas para um ordenamento jurídico internacional, cujo núcleo é o **ser humano** e suas condições mínimas de vida.

A partir da Declaração Universal de 1948 teve início o desenvolvimento do direito internacional e dos direitos humanos. No plano axiológico, concedeu-se unidade a esse campo do direito, prevendo a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência como características dos direitos humanos.

A universalidade significa o amplo reconhecimento de todos os seres humanos como sujeitos de direitos pela simples condição humana, por sua qualidade de ser moral. A indivisibilidade demonstra a impossibilidade de separação dos direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais; é a relação de interdependência entre todos os direitos, na qual a violação de um deles afetará todos os demais. Sob essa ótica iniciou-se o desenvolvimento dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

1.7 Os sistemas global, regional e nacional de proteção aos direitos da mulher

Dividindo-se os instrumentos internacionais quanto ao alcance global ou regional, e por ordem cronológica, apresentam-se, na seqüência, as Declarações de Direitos Humanos e as convenções internacionais relevantes para o tema, com destaque aos sistemas global e regional. Na seqüência se mostrará a evolução nacional dos direitos da mulher.

Sistema global:

- 1) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW — 1979);
- 2) Declaração e Programa de Ação de Viena (1993);
- 3) Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994);
- 4) Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (1995);
- 5) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999).

Sistema regional:

- 1) Convenção Americana de Direitos Humanos (1969);
- 2) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — Convenção de Belém do Pará (1994).

Sistema nacional:

- 1) as Constituições brasileiras;
- 2) comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 (família e sucessões);
- 3) leis civis relevantes para a mulher;
- 4) a violência contra a mulher e a legislação penal brasileira;
- 5) leis trabalhistas.

Cabe fazer uma distinção quanto aos documentos produzidos em conferências e nos tratados internacionais relativos aos direitos humanos. Os primeiros não possuem força jurídica vinculante, enquanto os segundos são instrumentos jurídicos para os Estados-partes que os

ratificam, e, assim, constituem-se como normas jurídicas que devem ser cumpridas sob pena de condenações internacionais, bem como de afronta ao princípio da boa-fé reinante no direito internacional.

Sistema global:

1.7.1 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

A “Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher”, adotada pela Resolução n. 2.263/XXII, de 7 de novembro de 1967, iniciou a positivação dos direitos da mulher no plano internacional, e seu conteúdo foi em grande parte acolhido pela convenção em análise.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher³⁰, adotada em 1979 pela Assembleia das Nações Unidas, resulta de mais de trinta anos de trabalho realizado pela Comissão sobre a Condição da Mulher (CSW), cuja finalidade é a formulação de recomendações ao Conselho Econômico Social visando à garantia de políticas de implementação da igualdade entre os gêneros.

O Brasil assinou essa convenção em 31 de março de 1983, quando em vigor a Constituição/Emenda de 1969, tendo ratificado o instrumento internacional em 1º de fevereiro de 1984. Entrou em vigor neste país no dia 2 de março de 1984. Entretanto, devido à vigência da

³⁰ *A defesa das mulheres. Instrumentos internacionais*. Brasília: Funag/IPRI — Ministério das Relações Exteriores: 2003. p. 31.

legislação interna, o Brasil apresentou reservas³¹ ao § 4º do artigo 15 e algumas alíneas do artigo 16 (alíneas *a*, *c*, *g* e *h*). Tais reservas foram retiradas pelo Brasil em 22 de junho de 1994 por meio do Decreto Legislativo n. 26.

As reservas claramente “permitiam” ao Brasil a manutenção das desigualdades entre os gêneros nas relações familiares, pois o homem permanecia com o *status* de chefe da família, a quem cabiam as decisões relevantes: o pátrio poder, a administração dos bens, a fixação do domicílio, o acréscimo de seu nome ao da esposa... Enfim, a direção da sociedade conjugal, mas principalmente de “sua” mulher.

As reservas revelavam que, embora o princípio da igualdade estabelecesse a proibição de “discriminação entre os sexos”, na prática o Código Civil de 1916 perpetuava o *status quo* do homem na sociedade brasileira.

A cultura privatista do direito recusava-se a interpretá-lo conforme a Constituição, e a arraigada concepção machista da sociedade impedia (como ainda hoje em muitos campos!) o questionamento da igualdade entre os gêneros na família. Ressalte-se, ainda, que o regime militar contribuía para a não-discussão de antigas tradições, bem como, na prática, ignorava a Constituição e as demais normas jurídicas. Na data da ratificação, em 1984, o Brasil estava iniciando o processo de abertura política e democrática visando à abolição do regime de exceção, e, embora na prática a “igualdade de gênero” não existisse perante o regime totalitário vigente, despontava na Constituinte uma nova perspectiva de igualdade para o Texto Constitucional de 1988. Saliente-se, ainda, que em 1994, ano da retirada das reservas da convenção, a Constituição de 1988 demonstrava avanços no campo da igualdade material entre os sexos, e sua legitimidade como “Carta Magna” impunha-se no campo jurídico.

³¹ Artigo 15, 4: “Os Estados-partes concederão ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas, à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio”.

Artigo 16, 1. “Os Estados-partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: a) o mesmo direito de contrair matrimônio; c) os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; [...] g) os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; h) os mesmos direitos a ambos

A Convenção (CEDAW) inicia reafirmando os direitos fundamentais baseados na dignidade e no valor da pessoa e na igualdade de direitos do homem e da mulher. A partir dessas concepções, declaradas anteriormente na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a adoção de medidas específicas para impulsionar o desenvolvimento social da mulher, bem como a urgência pela maior implementação prática de seus preceitos, configuraram a tentativa de isonomia na ordem jurídica.

Os fundamentos da convenção tornam explícitas as necessidades: 1) de ampliação dos direitos fundamentais para a mulher; 2) de maior eficácia desses direitos; 3) de alteração na relação entre homens e mulheres, inclusive no plano familiar e na distribuição de tarefas; 4) de maior participação das mulheres em condições de igualdade na sociedade; 5) do reconhecimento por todas as nações da imprescindibilidade da mulher para o desenvolvimento do país e da Humanidade.

As idéias de igualdade como justiça social e de participação efetiva da mulher, apontadas por Canotilho, unem-se à concepção de isonomia de Bandeira de Mello numa única assertiva, proclamada na introdução da Convenção:

[...] a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade.

a) O conteúdo da convenção

O artigo 1º define “discriminação contra a mulher” como:

os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso”.

[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

A universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos da mulher também estão explícitas nessa definição, que não limita, ao contrário, amplia os direitos femininos a todos os campos imagináveis. Observa-se a importância da definição por “tipificar” a discriminação, reconhecendo-a como forma de opressão sobre um “grupo” necessitado de maior atenção jurídica e, portanto, de políticas específicas. Ressalte-se que a principal característica desse “grupo” é o fato de constituir metade da Humanidade, existente em todas as sociedades do mundo, sendo relegado a segundo plano em quase todas elas.

A convenção está dividida em cinco partes. A primeira consagra o compromisso dos Estados-partes quanto à reelaboração de suas Constituições e legislações internas, positivando o princípio da igualdade e efetivando-o por intermédio do Judiciário. Aponta a necessidade de implementar políticas públicas voltadas à inclusão da mulher, como: a) a derrogação de leis discriminatórias; b) a adoção de medidas apropriadas para a modificação de padrões socio-culturais baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres; c) medidas especiais temporárias para acelerar o processo de igualdade na sociedade; d) a supressão do tráfico de mulheres e da exploração da prostituição da mulher.

Na segunda parte a vida política e pública da mulher é protegida. O direito de votar e ser votada, de participar das políticas governamentais, de representar seu país no plano internacional, de adquirir, modificar ou conservar sua nacionalidade independentemente da de seu marido, entre outras medidas.

Na terceira parte a educação e o trabalho constituem o tema. A igualdade de condições entre homens e mulheres no ensino e nas oportunidades de emprego (incluindo critérios idênticos de seleção e acesso aos mesmos benefícios e seguridade social) e também o assessoramento sobre planejamento familiar, acrescentando-se a proteção da maternidade.

Na quarta parte se aborda a capacidade jurídica da mulher, a oportunidade de exercício de seus direitos civis, a igualdade de contratar, o reconhecimento pelo Judiciário dessa igualdade, bem como a nulidade de contrato que restrinja a capacidade jurídica da mulher, assim como o direito à liberdade de movimento e à escolha de residência e domicílio. A igualdade nas relações familiares se impõe de forma precisa e direta.

O direito de família sofre uma revolução se comparado ao Código Civil brasileiro de 1916, vigente à época da ratificação da convenção. A igualdade entre os cônjuges demonstra a necessidade de reestruturar a família e de adotar novos modelos para a transformação dos “velhos papéis” do homem e da mulher na vida privada. Embora a desigualdade seja uma questão cultural, a convenção tenta implementar os ideais de igualdade material entre os sexos, estabelecendo uma nova ótica sobre as relações familiares, baseada na isonomia entre cônjuges e não na opressão.

A parte quinta da convenção institui o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e a eleição de seus membros, bem como o mandato. Os mecanismos de verificação da eficácia da convenção são relatórios que indicarão fatores e dificuldades no grau de cumprimento das obrigações fixadas. Por fim, a parte sexta traz as disposições finais, relativas à assinatura e ao depósito da convenção.

Até o ano 2006³² a convenção contava com 182 Estados-partes, mas entre os instrumentos internacionais foi o que recebeu o maior número de reservas; os artigos 29 (submissão à Corte Internacional de Justiça) e 16 (eliminação das desigualdades na família e no casamento) foram os mais rejeitados pelas nações signatárias³³.

Segundo Flávia Piovesan³⁴, as justificativas dominantes para tais reservas estão relacionadas aos “argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal”. A autora comenta que

³² Disponível em: *Alto Comissariado das Nações Unidas*. www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset?OpenFrameSet. Acesso em 10.1.2007.

³³ Os artigos 4º, 5º, 7º, 9º, 10, 11, 13 e 15 foram objetos de reservas, e, também, os artigos 1º e 2º.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187.

países como Bangladesh e Egito acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher da prática de “imperialismo cultural e intolerância religiosa” ao tentar jurisdicionalizar a igualdade entre homens e mulheres na família. Piovesan afirma também que o grande número de reservas à convenção enfatiza a dicotomia entre os espaços público e privado, confirmando a maior dificuldade de efetividade dos direitos da mulher no âmbito doméstico e o desafio da democratização desse espaço.

1.7.2 Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)

Decorrente da Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada naquela cidade em 1993, a Declaração de Viena reafirmou a urgente necessidade do reconhecimento da igualdade entre os gêneros, declarando expressamente os direitos das mulheres como direitos humanos³⁵, conforme afirmação de Silvia Pimentel e Valéria Pandjarian.

O artigo 18 da declaração reconhece:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais [...]. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas [...], que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher.

A conferência, em seu artigo 39, também trabalhou pela ratificação por todos os Estados da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher até o ano 2000, bem como pela fixação de medidas especiais de inclusão da mulher e pela retirada das reservas feitas pelos Estados-partes.

O artigo 40 da declaração ressalta a importância de os órgãos de monitoramento dos tratados disseminarem informações que permitam às mulheres maior implementação dos procedimentos protetores de seus direitos, fixando, ainda, novos mecanismos para maior eficácia da igualdade feminina. Tal artigo também sugeriu a introdução do direito de petição mediante a elaboração de um protocolo facultativo à Convenção sobre a Eliminação das Discriminações contra a Mulher, objetivando melhor monitoramento dos direitos humanos. A segunda proposta foi a introdução do mecanismo de comunicação interestatal, permitindo a um Estado-parte denunciar outro se ocorrerem violações aos dispositivos da convenção. Tais sugestões foram aceitas e resultaram na elaboração do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

1.7.3 Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994)

Realizada no Cairo em 1994, foi a maior conferência intergovernamental relacionada à população. Segundo o *site* Ciberamerica³⁶, contou com a participação de onze mil pessoas pertencentes a governos, agências e organismos especializados da ONU, organizações governamentais, não governamentais e meios de comunicação. Somaram-se mais de 180 Estados nas negociações para a elaboração do programa de ação, na área de população e desenvolvimento para os vinte anos seguintes.

Os chamados “direitos reprodutivos da mulher” compreendem a concepção, o parto, a contracepção e o aborto e foram enunciados no programa de ação como direito fundamental das mulheres. Assim, metas para o controle sobre a vida e a saúde sexual e reprodutiva foram estabelecidas.

³⁵ PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria. Direitos humanos a partir de uma perspectiva de gênero. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, (53):107-39, jun. 2000, p. 110.

³⁶ Disponível em: www.ciberamerica.org/Ciberamerica.org/Portugues/areas/cooperacion/internacional/conferencias/populacaodesenvolvimento.htm. Acesso em 10.1.2007 .

A conferência reconheceu a relação indissolúvel entre população e desenvolvimento, destacando que a concessão de maior “poder e liberdade” para as mulheres é necessária para o desenvolvimento equilibrado de toda a sociedade.

O Plano de Ação do Cairo recomenda à comunidade internacional uma série de objetivos e metas, tais como: a) o crescimento econômico sustentado como marco do desenvolvimento sustentável; b) a educação, em particular das meninas; c) a igualdade entre os sexos; d) a redução da mortalidade neonatal, infantil e materna; e) o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, em particular da planificação familiar e de saúde sexual.

A Plataforma do Cairo enuncia no § 7.3 a amplitude dos direitos reprodutivos:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.

Cabe destacar que a importância do reconhecimento dos direitos reprodutivos não se restringe às mulheres, incluindo claramente os homens e suas responsabilidades no processo de reprodução e de regulação da fecundidade.

Flávia Piovesan³⁷ salienta que o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta duas vertentes diversas e complementares: 1ª) a liberdade e autodeterminação individual; 2ª) a necessidade de políticas que assegurem tais direitos a seus cidadãos.

A primeira engloba o exercício da sexualidade e a reprodução humana livre de discriminação, coerção ou violência, assegurando a liberdade de mulheres e homens quanto ao controle da fecundidade — poder de livre decisão. Flávia Piovesan afirma³⁸ que se trata de direito

³⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres no Brasil. Artigo. Original fornecido pela autora.

³⁸ Id., *ibid.*

de autodeterminação, privacidade, intimidade e autonomia individual. A segunda vertente necessita de políticas públicas para seu pleno desenvolvimento, ou seja, para a implementação da saúde sexual e reprodutiva. A autora destaca, neste ponto, a imprescindibilidade do acesso a informações, meios e recursos seguros e disponíveis para o exercício de tal direito pelas mulheres. Aqui se ressalte o direito ao “mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual”, visando a uma vida sexual segura e satisfatória, bem como a liberdade de reprodução ou não.

A Constituição brasileira de 1988 enunciou, no art. 226, § 7º, o planejamento familiar como livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. A norma constitucional evidencia o reconhecimento pelo constituinte da necessidade da maternidade e paternidade responsáveis, reiterando a liberdade de decisão e o dever do Estado de assegurá-la com medidas públicas. O § 8º do art. 226 prevê o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares, constituindo, consequentemente, uma proteção à mulher e seus direitos, inclusive os sexuais e reprodutivos.

Conjugando os valores inovadores dessa conferência com as normas constitucionais brasileiras, ressalte-se a íntima relação — apontada no início deste estudo — entre direitos humanos, desenvolvimento e democracia.

1.7.4 Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (1995)

Realizada em Pequim, em 1995, concretizou-se como marco das conferências anteriores³⁹, aprovando a Declaração de Pequim, que visava à implementação da plataforma de ação

³⁹ *A defesa da mulher: instrumentos internacionais*. Brasília: Funag/IPRI — Ministério das Relações Exteriores, 2003. p. 67: Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, 1875, na Cidade do México; Segunda Conferência, 1980, em Copenhague; Terceira Conferência, 1985, em Nairóbi, Quênia. A primeira iniciou a agenda internacional sobre os direitos da mulher; a segunda reviu o progresso na implementação das metas estabelecidas no México e atualizou o Plano de Ação de 1975, identificando como áreas prioritárias de atuação o emprego, a saúde e a

(documento que registra os obstáculos ao desenvolvimento dos direitos da mulher). Ambos os documentos políticos significam não apenas a ratificação dos direitos conquistados pelas mulheres, mas o avanço e a tentativa de efetivação desses direitos.

A Declaração de Pequim contém 38 parágrafos, fixando os principais pontos da plataforma de ação. A negociação da declaração exigiu o contorno de posições divergentes, pois era preciso conciliar países ocidentais de um lado e, de outro, islâmicos e católicos fundamentalistas.

A plataforma de ação contém 361 parágrafos e traz objetivos e ações a serem implementados pelos Estados, voltados à condição da mulher na sociedade. O primeiro capítulo declara os objetivos do documento, reafirmando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade como essenciais para o alcance do desenvolvimento da sociedade e da paz mundial. O Capítulo II contextualiza os direitos da mulher no campo jurídico, enquanto o Capítulo III ressalta problemas centrais da igualdade entre os gêneros, destacando que não se trata de uma questão apenas feminina: os direitos humanos das mulheres devem ser enfrentados como condição para a justiça social. Estão especificados nesse capítulo como áreas críticas merecedoras de especial atenção: 1) o peso da pobreza sobre a mulher; 2) acesso, desigualdades e inadequações na educação e formação profissional e na saúde; 3) todas as formas de violência contra a mulher; 4) as desigualdades nas estruturas e políticas econômicas, no exercício do poder e na tomada de decisões; 5) a imagem estereotipada da mulher nos meios de comunicação e na mídia. O Capítulo IV traça objetivos estratégicos e ações para o combate do mal diagnosticado, revelando metas, objetivos e medidas relacionadas entre si. Aqui se evidencia a interdependência, indivisibilidade e integralidade dos direitos humanos.

Assim, são propostas medidas, por exemplo, para enfrentar a pobreza, como prevê o objetivo estratégico: “A1. Rever, adotar e manter políticas macroeconômicas e estratégias de desenvolvimento que considerem as necessidades das mulheres e apóiem seus esforços para superar a pobreza”. Em seguida se passa a descrever as medidas que cada um dos setores soci-

educação. A terceira conferência examinou e avaliou os resultados da Década das Nações Unidas para a Mulher (1976-1985).

ais (governo, instituições financeiras, organizações não governamentais nacionais e internacionais e grupos de mulheres) deve adotar. No mesmo sentido são traçadas estratégias para todas as áreas, como saúde, educação, trabalho, cidadania, comunicação, meio ambiente, prevenção e combate à violência e ao tráfico de mulheres e prostituição, políticas voltadas para meninas, mulheres em situação de conflitos armados.

O Capítulo V traz disposições institucionais, especificando que foram estabelecidos, no plano internacional, o Instituto Internacional de Pesquisa e Treinamento para o Avanço da Mulher (INSTRAW), o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e o Comitê para supervisionar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Essas entidades, nas palavras do documento, juntamente com a Comissão sobre a Condição da Mulher e seu Secretariado, a Divisão para o Avanço da Mulher, tornaram-se as principais instituições nas Nações Unidas devotadas à causa da mulher.

O sexto e último capítulo da plataforma de ação trata das disposições financeiras em nível nacional, regional e internacional.

Em resumo, a Declaração de Pequim e a plataforma de ação são documentos políticos, mas de grande relevância para a proteção dos direitos da mulher, trazendo não apenas paradigmas a serem alcançados, mas estratégias dirigidas a toda a sociedade para a efetiva implementação dos direitos.

1.7.5 Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999)

A 43ª sessão da Comissão do *Status* da Mulher da ONU concluiu o Protocolo em 12 de março de 1993. Adotado pela Resolução A/54/L4 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 15 de outubro de 1999, reforçou o mecanismo de proteção e de promoção dos direitos da mulher, instituindo o direito de petição individual para apresentação de denúncias e habilitan-

do o Comitê a investigar *in loco* violações graves e sistemáticas aos direitos humanos das mulheres.

Esses mecanismos somente poderão ser acionados por Estados que tenham ratificado o Protocolo Facultativo, não bastando, portando, a ratificação à convenção. O protocolo entrou em vigor em 22 de dezembro de 2001, com o depósito do décimo instrumento de ratificação, tendo, até 2006, a participação de 79 Estados-partes⁴⁰.

O Estado brasileiro o assinou em 13 de março de 2001; foi aprovado pelo Congresso Nacional em 6 de junho de 2002 pelo Decreto Legislativo n. 107, e em 28 de setembro de 2002 foi promulgado pelo Decreto n. 4.316.

Sistema regional:

1.7.6 Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)

Adotada e aberta a assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado. Somente os membros da Organização dos Estados Americanos têm direito de a ela aderir. Dos 35 Estados membros da OEA, 24 deles são Estados-partes. Foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992⁴¹, sendo este país um dos Estados que mais demoraram para aderir à Convenção.

⁴⁰ Disponível em: *Alto Comissariado das Nações Unidas*. www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset?OpenFrameSet. Acesso em 10.1.2007.

⁴¹ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25.9.1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.1992.

Flávia Piovesan⁴², ao analisar o sistema regional interamericano, relaciona o momento histórico dos países latino-americanos ao elevado grau de exclusão e desigualdade social. A autora interliga as reminiscências dos regimes autoritários – vivenciados por esses países – com a “baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico”. Menciona, ainda, como legado dos regimes ditatoriais, a cultura da violência e da impunidade.

Duas etapas do processo de democratização são imprescindíveis para o avanço dos direitos humanos na América Latina: 1ª) a transição do regime autoritário para o democrático e 2ª) a efetiva consolidação do regime democrático. A primeira etapa foi alcançada com sucesso, mas a segunda ainda parece em curso. Ou seja, a consolidação do Estado Democrático de Direito depende da efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Não há direitos humanos sem democracia efetiva, e esta não subsiste sem a universalidade, indivisibilidade e interdependência entre os direitos. Flávia Piovesan reitera, citando a Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), que “há uma relação indissociável entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento”⁴³.

Nesse panorama nasceu a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê, na Parte I, um rol de direitos civis e políticos dentre os quais se destacam: direito à personalidade jurídica, direito à vida, não-submissão à escravidão, direito à liberdade, direito a julgamento justo e a indenização por erro judicial, direito à privacidade, à liberdade de consciência e religião, à liberdade de pensamento e expressão, direito de resposta, à liberdade de associação e ao nome, à nacionalidade, à liberdade de movimento e residência, à participação no governo, à igualdade perante a lei, proibição de discriminação e direito à proteção judicial. Não há menção específica a direitos econômicos, sociais e culturais, mas apenas recomendação da necessidade de plena realização desses direitos. Nos capítulos seguintes se aborda a suspensão de garantias, interpretação, aplicação e deveres das pessoas.

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*, cit., p. 85.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*, cit., p. 87.

A Parte II trata dos meios de proteção, e o Capítulo VI apresenta os órgãos competentes para o monitoramento da Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com suas respectivas organizações, funções, competência e processo. A Parte III traz as disposições gerais e transitórias referentes à assinatura, ratificação, reserva, emenda, protocolo e denúncia.

Em 17 de novembro de 1988 foi adotado e aberto a assinatura pela Assembléia Geral da OEA o Protocolo Adicional à Convenção de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em novembro de 1999, por ocasião do depósito do 11º instrumento de ratificação, conforme o artigo 21 do protocolo. Da obrigação de mero respeito a esses direitos se adotou a efetiva obrigação de assegurá-los na prática.

1.7.7 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994)

Conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto n. 1.973, de 1º de outubro de 1996.

Essa convenção, como enuncia em suas razões, tem como pressuposto a transcendência da violência contra a mulher em todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, nível de salário, cultura, nível educacional, idade ou religião. A violência contra a mulher perpetua uma relação de dominação e opressão na sociedade e impede o saudável desenvolvimento e progresso social. Caracteriza um mal impeditivo da igualdade entre os gêneros e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, desconsidera os direitos humanos.

O Capítulo I traz a definição e o âmbito de aplicação da convenção. O artigo 1º define a violência contra a mulher e estabelece sua dimensão: “[...] deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.

Convém ressaltar que esta norma alcança o agente público e o privado, ou seja, reconhece o violador dos direitos da mulher como qualquer agressor: cônjuge, companheiro, namorado, parentes, chefe, agentes do Estado ou qualquer estranho. Assim, não se limita ao âmbito público, reconhecendo a violência doméstica como prática oculta, e portanto muitas vezes não “visível”.

O artigo 2º menciona a violência descrita como a física, sexual e psicológica e apresenta um rol de crimes como característicos dessa violência: estupro, violação, maus-tratos, abuso sexual, tortura, tráfico, prostituição, seqüestro, assédio sexual em qualquer lugar.

O Capítulo II consagra os direitos protegidos: a vida, a liberdade, a integridade física, psíquica e moral, a dignidade, a não-submissão à tortura, a igualdade perante a lei, entre outros. Traz, ainda, o reconhecimento de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e o direito de ser livre de toda forma de discriminação, incluindo o direito a ser educada livre de padrões estereotipados de comportamentos e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.

O Capítulo III traz os deveres dos Estados, entre eles os de prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; a adaptação da legislação interna, a criação de medidas específicas adequadas para propiciar às mulheres proteção e punição de seus agressores, bem como julgamento judicial justo, acesso aos procedimentos eficazes e reparação dos danos sofridos. Os artigos 7º e 8º também prevêem medidas específicas visando à modificação de padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, afastando premissas de inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou papéis estereotipados para o homem ou a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra esta. Condições especiais para mulheres grávidas vítimas de agressão também estão previstas no artigo 9º.

O Capítulo IV trata dos mecanismos interamericanos de proteção. São eles: informações à Comissão Interamericana de Mulher sobre as medidas adotadas e dificuldades encontradas ao implementá-las; requerimento dos Estados-partes e da comissão à Corte para opinião consultiva sobre a interpretação desta convenção; petições com denúncias ou queixas pela violação do artigo 7º para a comissão, que observará os pré-requisitos estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Capítulo V traz as disposições gerais.

Cabe ressaltar o caráter complementar entre os sistemas global e regional. Inspirados nos valores e princípios da Declaração Universal, formam um sistema universal de direitos humanos, cujos instrumentos não são antagônicos, ao contrário, somam mecanismos variados para a promoção e o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. Caberá, muitas vezes, à vítima a opção pelo sistema que mais facilmente possa acessar. A compreensão da unidade do sistema reafirma o fundamento da dignidade da pessoa humana como origem e fim dos direitos humanos.

1.8 Desenvolvimento dos direitos da mulher na legislação brasileira

Para apresentar a evolução dos direitos da mulher no âmbito do ordenamento jurídico interno, alguns direitos específicos serão destacados e analisados, considerando: 1º) todas as Constituições brasileiras; 2º) uma relação comparativa entre o Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002 quanto ao direito de família e sucessões; 3º) a legislação especial; 4º) o direito penal quanto à violência; e 5º) a legislação trabalhista.

Os temas em geral caracterizam: a) direitos civis e políticos (especificamente direito de família e sucessões, nacionalidade e cidadania); b) direitos sociais e econômicos (trabalho, previdência, aposentadoria, punição e prevenção ao crime).

Direitos assegurados pelas respectivas Constituições brasileiras								
Ano da Constituição	1824	1891	1934	1937	1946	1967	1969	1988
Igualdade	179, XII	72, § 2º	113, 1	122, I	141, § 1º	153	153, § 1º	3º, IV; 5º, I; 7º, XXX, 226, § 5º
Nacionalidade	6º	69	106	115	129, I a IV	140, I e II	145, I e II	12, I e II
Voto	91, 94	70	108, 109	117	131, 133	142, §§ 1º e 2º	147, §§ 1º e 2º	5º, I; 14, § 1º
Serviço militar	145	86	163	164	181, § 1º	93, § ún.	92, § ún.	143, §§ 1º e 2º
Proteção ao trabalho da mulher	—	—	121, § 1º, <i>a, d</i>	137, <i>k</i>	157, II e IX	158, III e X	165, III e X	7º, XX e XXX
Mesmos critérios de admissão para ambos os sexos	—	—	—	—	—	158, III	165, III	7º, XXX
Salários iguais para funções iguais	—	—	121, § 1º, <i>a</i>	—	157, II	158, III	165, III	7º, XXX
Proteção à maternidade	—	—	121, §§ 1º, <i>h</i> , e 3º	137, I; 138, <i>c</i>	164; 157, X e XIV	167, § 4º; 158, XI	175, § 4º; 169, XI	6º; 7º, XVIII; 201, II
Previdência (proteção à maternidade/assistência)	—	—	—	—	157, XIV e XVI	158, XVI; 164; 167, § 4º	165, XVI; 175, § 4º	6º; 201
Aposentadoria	—	—	170, § 3º	156, <i>d</i>	191, II, § 1º	100, III, § 1º	101, II e III	40, § 1º, III, <i>a e b</i>

1.8.1 O princípio da igualdade nas Constituições brasileiras

Após a Carta das Nações Unidas, adotada e aberta a assinatura em 26 de junho de 1945⁴⁴, e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁵, instaurou-se novo

⁴⁴ Ratificada pelo Brasil em 21.9.1945.

paradigma no âmbito do direito internacional, visando à transformação das relações internacionais. A partir desse marco jurídico temas como a paz, a segurança, o desenvolvimento econômico, social e cultural das nações ganharam relevância no âmbito internacional. Iniciava-se a estruturação dos órgãos das Nações Unidas. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais assumiram posição de destaque na Declaração Universal, que passou a prever um rol desses direitos e liberdades.

O reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos, o estímulo à igualdade e a rejeição às discriminações baseadas no “sexo” adquirem novas dimensões na medida em que se trilha o caminho de uma ética universal, baseada em valores supremos, cuja observância se torna juridicamente exigível a todos os Estados-partes. Desde então, a mera interpretação literal desses documentos revela a necessidade do direito à igualdade entre os gêneros.

Pode-se afirmar que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, para o direito internacional as relações entre os gêneros devem caracterizar-se pela isonomia, bem como devem os Estados-partes garantir legislações igualitárias, que afastem as relações de dominação e desigualdades entre homens e mulheres.

Cabe neste ponto ressaltar o “nascimento” da ONU, sua fase inicial, repleta de deficiências e carente de reconhecimento efetivo mesmo pelas nações participantes, pois — como ocorre até os dias atuais — os ordenamentos jurídicos internos em muitos pontos ainda revelam conflitos com as normas internacionais.

A primeira Constituição brasileira elaborada após a Declaração Universal foi a de 1967⁴⁵, erigida sob o regime militar. Previa o seu art. 153: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”. A Emenda Constitucional n. 1, de 1969⁴⁷, no Título II — Da Declaração de Direitos, no Capítulo IV — Dos Direitos e Garantias Individuais, repetiu, no art. 153, § 1º,

⁴⁵ Proclamada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 e assinada pelo Brasil em 10.12.1948.

⁴⁶ Constituição do Brasil, promulgada em 24.1.1967.

⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, Emenda Constitucional n. 1, outorgada em 17.10.1969.

aquele enunciado: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de *sexo*, *raça*, *trabalho*, *credo religioso* e *convicções políticas*. Será punido pela lei o preconceito de *raça*”.

Embora o Texto Constitucional garantisse expressamente a igualdade entre mulheres e homens, as legislações infraconstitucionais continuavam a discriminar a mulher. Tenha-se em mente a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a Constituição, bem como de interpretações que afrontem o Texto Constitucional, sua sistemática e valores. Entretanto, dada a ausência de tradição constitucionalista dos intérpretes do direito, muitas vezes somente a lei, isolada da sistemática do ordenamento jurídico e das ordens constitucionais, revela-se — para os desavisados — como direito, embora constitua apenas parte dele.

De acordo com Silvia Pimentel⁴⁸, até a Constituição de 1934 o princípio da igualdade foi constitucionalizado na forma geral, ou seja, “todos são iguais perante a lei”.

Passemos a demonstrar a igualdade positivada nas Constituições brasileiras⁴⁹.

A Constituição do Império⁵⁰, no Título 8 — Das Disposições Geraes e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, último título, declarava no art. 179, XIII: “*A Lei será igual para todos*, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Já na Carta de 1891⁵¹, Título IV — Dos Cidadãos Brasileiros, Seção II — Declaração de Direitos, o art. 72, § 2º, prescrevia:

Todos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho.

Verifica-se na Constituição de 1934⁵², Título III — Da Declaração de Direitos, Capítulo II — Dos Direitos e das Garantias Individuaes, no art. 113, 1: “Todos são *iguaes* perante a

⁴⁸ PIMENTEL, Silvia. Op. cit., p. 16.

⁴⁹ CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. *Todas as Constituições do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1976.

⁵⁰ Constituição Política do Império do Brasil, jurada em 25.3.1824.

⁵¹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, promulgada em 24.2.1891.

⁵² Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16.7.1934.

lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, *sexo*, *raça*, profissões próprias ou de pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas políticas”.

A Constituição de 1937⁵³, outorgada na inauguração do Estado Novo, sob o regime totalitário de Getúlio Vargas, ao tratar dos direitos e garantias individuais, preceituou, no art. 122, 1: “Todos são iguais perante a lei”. Observe-se a supressão da igualdade jurídica entre os sexos, pois abolida a expressão utilizada na Carta anterior referente às discriminações. O conceito geral de igualdade foi reproduzido pelo art. 141, § 1º, da Constituição de 1946⁵⁴: “Todos são iguais perante a lei”, no Capítulo II — Dos Direitos e Garantias Individuais.

A Constituição de 1988⁵⁵ assegura, no art 3º, IV, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Título I — Princípios Fundamentais), “[...] promover o bem de todos, *sem preconceitos* de origem, *raça*, *sexo*, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...]”; no Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º, I: “*Homens e mulheres são iguais* em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. É o princípio da “*igualdade pessoal*”, nas palavras de José Afonso da Silva⁵⁶. Essa norma também pode ser verificada nos arts. 7º, XXX, e 226, § 5º. O autor acrescenta: “Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”⁵⁷.

Portanto, as Constituições de 1824, 1891, 1937 e 1946 consagraram o princípio da igualdade de forma geral, sem estabelecer distinções quanto ao sexo. Ao contrário, as Cartas de 1934, 1988 e a Constituição de 1967 e Emenda de 1969 trazem a expressão “*sem distinção de sexo*”, reveladora da preocupação com a isonomia entre os gêneros.

Assim, teoricamente — desconsiderando ainda a discussão sobre a efetividade jurídica —, as Constituições brasileiras posteriores à de 1946 estavam em consonância com a Declara-

⁵³ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10.11.1937.

⁵⁴ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18.9.1946.

⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5.10.1988.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 73.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 75.

ção Universal dos Direitos Humanos quanto à adoção expressa do princípio da igualdade, rejeitando discriminações de gênero após a Constituição de 1967.

1.8.2 A nacionalidade e a cidadania

Não se confundem nacionalidade e cidadania. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “aquela é vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização; esta é um *status* ligado ao regime político”⁵⁸. José Afonso da Silva⁵⁹ qualifica cidadania como atributo da participação do cidadão na vida política do Estado, direito de votar e ser votado e suas consequências, enquanto nacionalidade é pressuposto da cidadania, pois só o titular da nacionalidade brasileira pode exercer sua cidadania. Portanto, será examinada a evolução histórica da nacionalidade nas Constituições.

A Constituição do Império (1824) declarava:

Art. 6º São cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivessem em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação de sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religiao. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização.

Já a Constituição de 1891 manifestava:

Art. 69. São cidadãos brasileiros: 1º Os nascidos no Brazil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação; 2º Os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, se estabelecerem domicilio na Republica; 3º Os filhos de pai brasileiro, que estiver noutro paiz ao serviço da

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 99.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 35.

Republica, embora nella não venham domiciliar-se; 4º Os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro de seis mezes depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem; 5º Os estrangeiros, que possuírem imóveis no Brasil, e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, contanto que residam no Brasil, salvo si manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º Os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Prescrevia a Constituição de 1934:

Art. 106. São brasileiros: a) os nascidos no Brasil, ainda que de pae estrangeiro, não residindo este a serviço do Governo do seu paiz; b) os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, estando os seus paes a serviço público e, fóra deste caso, se, ao atingirem a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira; c) os que já adquiriram a nacionalidade brasileira, em virtude do art. 69, ns. 4 e 5 da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891; d) os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Esse dispositivo se repetiu na Constituição de 1937, que proferia:

Art. 115. São brasileiros: a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residente êste a serviço do govêrno do seu país; b) os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os pais ao serviço do Brasil e, fora deste caso, se, atingida a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira; c) os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, ns. 4 e 5, da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891; d) os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Já a Constituição de 1946 dispunha:

Art. 129. São brasileiros: I — os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo êstes a serviço do seu país; II — os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem a residir no país. Neste caso, atingida a maioridade deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro em quatro anos; III — os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos têrmos do art. 69, ns. IV e V, da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891; IV — os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portugueses apenas residência no país por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física.

A Constituição de 1967 designava:

Art. 140. São brasileiros: I — Natos: a) os nascidos em território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros, não estando êstes a serviço do seu país; b) os nascidos fora do território nacional, de pai ou de mãe brasileiros, não estando êstes a serviço do Bra-

sil, desde que, registrados em repartição brasileira competente no exterior, ou não registrados, venham a residir no Brasil antes de atingir a maioridade. Neste caso, alcançada esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira. II — Naturalizados: a) os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do art. 69, ns. IV e V, da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891; b) pela forma que a lei estabelecer: 1 — os nascidos no estrangeiro, que hajam sido admitidos no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, radicados definitivamente no território nacional. Para preservar a nacionalidade brasileira, deverão manifestar-se por ela, inequivocamente, até dois anos após atingir a maioridade; 2 — os nascidos no estrangeiro que, vindo residir no País antes de atingida a maioridade, façam curso superior em estabelecimento nacional e requeiram a nacionalidade até um ano depois da formatura; 3 — os que, por outro modo, adquirirem a nacionalidade brasileira, exigida aos portugueses apenas residência por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física.

Garantia a Constituição de 1969:

Art. 145. São brasileiros: I — Natos: a) os nascidos em território brasileiro, embora de pais estrangeiros, desde que êstes não estejam a serviço do seu país; b) os nascidos fora do território nacional, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil; e c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não estejam êstes a serviço do Brasil, desde que, registrados em repartição brasileira competente no exterior ou, não registrados, venham a residir no território nacional antes de atingir a maioridade; neste caso, alcançada esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira. II — Naturalizados: a) os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do art. 69, ns. IV e V, da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891; b) pela forma que a lei estabelecer: 1 — os nascidos no estrangeiro, que hajam sido admitidos no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, estabelecidos definitivamente no território nacional. Para preservar a nacionalidade brasileira, deverão manifestar-se por ela, inequivocamente, até dois anos após atingir a maioridade; 2 — os nascidos no estrangeiro que, vindo residir no País antes de atingida a maioridade, façam curso superior em estabelecimento nacional e requeiram a nacionalidade até um ano depois da formatura; 3 — os que, por outro modo adquirirem a nacionalidade brasileira, exigida aos portugueses apenas residência por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física.

A Carta Magna de 1988 estabelece:

Art. 12. São brasileiros: I — natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço do seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; e c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo pela nacionalidade brasileira; II — naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiriram a nacionalidade brasileira, exigida aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Analisando esses dispositivos constitucionais, Silvia Pimentel⁶⁰ conclui que para a concessão da cidadania brasileira aos filhos legítimos nascidos no estrangeiro o legislador considerava relevante apenas a nacionalidade do pai. A partir da Constituição de 1934 considerou-se a nacionalidade materna elemento determinante para a aquisição da cidadania brasileira pelos filhos. Quanto aos “filhos ilegítimos”⁶¹ (aqueles reconhecidos apenas pela mãe), nascidos no exterior, as duas primeiras Constituições brasileiras consideravam a nacionalidade da mãe, omitindo-se a respeito as subseqüentes. A autora mencionada também observa que, quanto à nacionalidade de filhos de estrangeiros nascidos no Brasil, as Constituições de 1824, 1891 e 1937 somente destacavam como relevante a nacionalidade paterna. Mas, a partir da Constituição de 1946, a de ambos os pais passou a ser considerada para a concessão de cidadania aos filhos.

Interessante ressaltar que desde 1945 os princípios da Carta das Nações Unidas já eram reconhecidos pelos Estados como válidos, com ênfase para a igualdade entre **todos** os seres humanos, homens e mulheres. Embora a Constituição de 1946 apenas se referisse à igualdade de modo geral, sem reiterar a vedação da discriminação entre os sexos, tratou-se de uma “sinalização” do reconhecimento da mulher como cidadã. Considere-se, ainda, que em 1932 o direito de voto já era uma conquista feminina, sendo confirmado pela Constituição de 1934 e seguintes.

a) O direito ao voto

Mais do que participação política, a concessão desse direito demonstra claramente quem o Estado reconhece como influente nas principais decisões a respeito do governo do país. O *status* de cidadão é importante não apenas pelo reconhecimento dos deveres do homem

⁶⁰ PIMENTEL, Silvia. Op. cit., p. 25.

⁶¹ Após a Constituição de 1988 não se utiliza mais esse termo, pois vedada a discriminação quanto à filiação.

perante o Estado, mas também pela consagração da responsabilidade deste para com os direitos individuais de seus cidadãos. Mais do que resguardá-los, deve garanti-los. Assim, a cidadania, para utilizar uma linguagem simples, caracteriza-se como “via de mão dupla” ao conceder a alguns grupos de nacionais a oportunidade de participar das decisões políticas e, ao mesmo tempo, ao responsabilizar o Estado por todos.

Todas as Constituições brasileiras asseguraram o direito ao voto de forma limitada, ora restringindo alguns nacionais, ora ampliando o rol. Mas todas, sem exceção, excluem alguns grupos do dever-direito de voto. Como a ótica deste estudo refere-se aos direitos da mulher, estes serão o objeto de análise na sequência.

Disponha a Constituição de 1824:

Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias: I — Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos políticos; II — Os Estrangeiros naturalizados.

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Província todos, os que podem votar na Assembléia Parochial. Exceptuam-se: [...].

Por sua vez, a Constituição de 1891 prescrevia: “Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 annos, que se alistarem na fórma da lei”.

A Constituição de 1934 proferia:

Art. 108. São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de dezoito annos, que se alistarem na forma da lei.

Art. 109. O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam funcção publica remunerada, sob as sancções e salvas as excepções que a lei determinar.

A Constituição de 1937 enunciava: “Art. 117. São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito annos, que se alistarem na forma da lei”.

Atestava a Constituição de 1946:

Art. 131. São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei.

Art. 133. O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei.

A Constituição de 1967 determinava:

Art. 142. São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei. § 1º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei. § 2º Os militares são alistáveis desde que oficiais, aspirantes a oficiais, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para a formação de oficiais.

E a Constituição de 1969 reiterava:

Art. 147. São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei. § 1º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei. § 2º Os militares são alistáveis desde que oficiais, aspirantes a oficiais, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para a formação de oficiais.

Consagrados foram os seguintes dispositivos da Constituição de 1988:

Art. 5º, I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 14, § 1º [...] O alistamento eleitoral e o voto são: I — obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II — facultativo para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

A Constituição do Império não admitiu o direito ao voto para a mulher, e a Constituição da República também se omitiu a respeito. Embora pela interpretação de seu artigo pudessem ser admitida a mulher como eleitora, na prática não havia lei autorizando o direito ao voto para as mulheres. Foi a Constituição de 1934 a pioneira ao concedê-lo à mulher com a utilização da expressão “de um e outro *sexo*” e o alistamento e voto obrigatórios “para os homens, e para as *mulheres*”. Ressalte-se, entretanto, que desde fevereiro de 1932 o Código Eleitoral já

regulava: “É eleitor o cidadão maior de 21 anos, *sem distinção de sexo*, alistado na forma deste artigo”. As Constituições seguintes mantiveram o voto feminino, reconhecendo a mulher como cidadã, digna de direitos políticos e, conseqüentemente, de participação no governo do Estado.

A Constituição de 1988 expressa a igualdade entre os gêneros em todos os “setores sociais”, afastando a discriminação entre os sexos no art. 3º, IV; reconhecendo no art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; promovendo a igualdade nas relações de família no art. 226, § 5º; criando mecanismos para coibir a violência no âmbito doméstico no § 8º do art. 226; prevendo o planejamento familiar como livre decisão do casal no art. 226, § 7º; protegendo a mulher nas relações de trabalho no art. 7º, XXX, e mediante incentivos específicos como o art. 7º, XX. Assim, autorizada a interpretação do art. 14, §§ 1º e 2º, para o reconhecimento do direito ao voto da mulher como decorrente dos princípios e valores protegidos constitucionalmente.

As convenções internacionais e regionais também reforçam e incentivam o exercício dos direitos políticos pelas mulheres⁶², bem como instituem medidas destinadas ao aumento da participação das mulheres nos três Poderes. Ou seja, acrescenta-se a vertente promocional à repressivo-punitiva.

Relembre-se, neste ponto, o alcance do princípio da igualdade na visão de Canotilho, ou seja, “como princípio jurídico constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades”⁶³. Assim, as medidas chamadas de ações afirmativas fundamentam-se na

⁶² Além dos tratados já mencionados, acrescentar: 1) a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (documento aprovado pela ONU em 31.3.1953. Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 123, de 30.11.1955. Ratificada pelo Brasil em 13.8.1963. Em vigor no Brasil desde 11.11.1964. Promulgada pelo Decreto n. 52.476, de 12.9.1963) prevê no art. 1º: “As mulheres terão, em igualdade de condições com os homens, o direito de voto em todas as eleições, sem nenhuma restrição”; 2) a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher (assinada em Bogotá, Colômbia, em 2.5.1948, por ocasião da Nona Conferência Internacional Americana. Ratificada pelo Brasil em 15.2.1950. Decreto n. 28.011, de 19.4. 1950) prevê no art. 1º: “As Altas Partes Contratantes convêm em que o direito ao voto e à eleição para um cargo nacional não deverá negar-se ou restringir-se por motivo de sexo”. Ressalte-se, entretanto, que desde a Constituição de 1934 o direito ao voto é reconhecido às mulheres brasileiras.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 428.

compensação de desigualdades de oportunidades entre mulheres e homens no curso da história do Brasil.

Seguindo essa lógica, merece destaque na legislação brasileira a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação política deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Significa uma iniciativa em direção à maior participação feminina na disputa por cargos eletivos, uma tentativa de estimular o ingresso de mulheres na política, setor considerado tão masculino. Afasta-se o argumento que sustenta tal cota como discriminatória aos homens, por se tratar de uma forma de “resgate de dívida social” para com as mulheres brasileiras. Ressalte-se, ainda, que essa ação afirmativa para a inclusão das mulheres no Poder Legislativo do País é caracterizada como política provisória, que deverá cessar ao atingir seu objetivo: a proporção equilibrada entre homens e mulheres no Poder Legislativo. A premissa, entretanto, é o reconhecimento da cidadania à mulher, que será analisada não apenas pelos dispositivos constitucionais acima elencados, mas também pela composição das Casas Legislativas.

Lúcia Avelar⁶⁴ apresenta números relevantes para este estudo. Afirma que as mulheres ocupavam apenas 13,4 pontos se contados todos os cargos de representação dos Executivos e Legislativos em 2004. Compõem 7% na Câmara dos Deputados, enquanto no Senado há apenas cinco mulheres entre 81 senadores (6,17%). A autora afirma:

[...] nos legislativos estaduais há aproximadamente 65 mulheres deputadas, considerando todas as unidades da Federação, e nas Câmaras Municipais, a proporção é de uma mulher para cada 37 vereadores. Nos cargos executivos, a relação não é muito melhor: hoje há 171 mulheres prefeitas entre os mais de 5.000 municípios brasileiros, uma mulher governadora, e mulheres ministras são, quase sempre, para inglês ver. Os altos cargos das burocracias governamentais formam, ainda, um clube masculino fechado.

⁶⁴ Disponível em: *A participação política da mulher*. www.senado.gov.br/anodamulher/destaques/particpa_politic.asp. Acesso em 7.12.2006.

Portanto, uma vez garantido e exercido o direito ao voto feminino, o momento atual necessita incentivar o direito a ser eleita, ou seja, requer uma transformação da mentalidade sexista e a efetivação da conquista do mandato eletivo.

Reconhecendo os avanços já efetivados e a necessidade de neles progredir, os direitos humanos, por meio dos tratados, estabelecem políticas de reformulação dos “velhos papéis” desempenhados por homens e mulheres na sociedade através da conscientização de igualdade entre os gêneros.

O princípio da igualdade está relacionado à justiça social, à democracia e ao desenvolvimento. Lembre-se, mais uma vez, a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que não autorizam análise isolada do avanço proporcionado pelo mero reconhecimento dos direitos. A urgência pela implementação é o maior desafio do direito nos dias de hoje.

1.8.3 A prestação do serviço militar

O serviço militar caracteriza-se como obrigação constitucional de defesa da Pátria, segundo José Afonso da Silva⁶⁵. Consiste no desempenho pelo cidadão de atividades específicas das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica).

A Constituição de 1824 declarou: “Art. 145. Todos os brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independência, e integridade do Imperio, e defende-lo dos seus inimigos externos, ou internos”. Já a Constituição de 1891 manifestou: “Art. 86. Todo o brasileiro é obrigado ao serviço militar, em defesa da Patria e da Constituição, na fórmula das leis federaes”.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 633.

Nessas duas Constituições o serviço militar ainda não era considerado regular, mas era obrigatório após a convocação do cidadão. A obrigatoriedade da “defesa da Pátria” sempre existiu no ordenamento jurídico brasileiro. Subentende-se, também, que as mulheres estão excluídas da prestação militar, talvez por não serem efetivamente consideradas cidadãs.

Entretanto, a Constituição de 1934 consagrou:

Art. 163. Todos os brasileiros são obrigados, na forma que a lei estabelecer, ao serviço militar e a outros encargos necessários á defesa da Pátria, e, em caso de mobilização, serão aproveitados conforme as suas aptidões, quer nas forças armadas, quer nas organizações do interior. As mulheres ficam exceptuadas do serviço militar.

Presente aqui menção expressa à isenção feminina em relação às prestações militares, mas há a possibilidade de prestação de outros encargos para a defesa nacional, conforme estabelece a lei.

Por sua vez, a Constituição de 1937 dispôs: “Art. 167. Todos os brasileiros são obrigados, na forma da lei, ao serviço militar e a outros encargos necessários à defesa da Pátria, nos termos e sob as penas da lei”. Essa Constituição se omitiu em relação à mulher, subentendendo-se que não há prestação militar, nem a possibilidade de imposição de outros encargos.

As Constituições seguintes preceituaram, expressamente, a isenção da mulher em relação ao serviço militar obrigatório e a sujeição feminina a outros encargos fixados em lei.

A Constituição de 1946 designava:

Art. 181. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à defesa da Pátria, nos termos e sob as penas da lei. § 1º As mulheres ficam isentas do serviço militar, mas sujeitas aos encargos que a lei estabelecer.

Seguindo a mesma objetividade jurídica, a Constituição de 1967 declarou:

Art. 93. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei. Parágrafo único. As mulheres e os eclesiásticos, bem como aqueles que forem dispensados, ficam isentos do serviço militar, mas a lei poderá atribuir-lhes outros encargos.

No mesmo sentido garantiu a Constituição de 1969:

Art. 92. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei. Parágrafo único. As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Na Constituição de 1988 ficou expreso: “Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. [...] § 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir”.

Interessante observar que o constituinte brasileiro, em todas as épocas, não concebeu a mulher nas Forças Armadas. A idéia de “defesa”, “Nação” e “Pátria” parece associada ao ente masculino, ao cidadão. Fica evidente a organização do Estado como produto de uma “obra” criada pelo gênero masculino. Assim como os estereótipos de força e defesa estão relacionados sempre ao homem, a Nação parece, por consequência, comandada por este. Daí a dedução do porquê do baixo número de mulheres na composição das Forças Armadas, bem como dos Poderes Legislativo e Executivo e nas principais posições relacionadas aos poderes de direção do Estado.

1.8.4 A proteção ao trabalho da mulher

O ingresso da mulher no mercado de trabalho, ou seja, a abertura do âmbito público para as mulheres, começou a ganhar relevância no Brasil durante o governo de Getúlio Vargas. A legislação trabalhista despontava e a Constituição delineava a proteção da mulher no trabalho.

A Constituição de 1934 previa, expressamente, o princípio da igualdade entre os sexos, mas a legislação civil considerava a mulher casada relativamente incapaz (ao lado dos silvícolas, dos pródigos e dos menores púberes), necessitando da autorização marital para trabalhar fora do lar. Somente em 1962 essa incapacidade seria revogada pela Lei n. 4.121, comentada adiante.

As Constituições de 1824 e de 1891 não mencionaram a proteção do trabalhador, mesmo porque a primeira foi erigida no Império, quando vigorava a escravidão, e a segunda inaugurava a República, marcada pelas relações de poder e não de equilíbrio entre “senhor” e “servo”.

Somente nas Constituições seguintes passou a haver menção expressa ao trabalho, existindo por vezes direta referência à necessidade de igualdade entre mulheres e homens. Os dispositivos selecionados ressaltam a proteção do mercado de trabalho para as mulheres, proibindo a diferença salarial em razão do sexo e refutando critérios de admissão diferenciados entre os gêneros quando exercida a mesma função, bem como resguardando a saúde feminina.

A Constituição de 1934 preceituava:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz. § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; [...] d) proibição de trabalho a menores de quatorze annos; de trabalho nocturno a menores de 16; e em industrias insalubres, a menores de dezoito annos e *mulheres*.

Esse artigo denota clara proteção à igualdade salarial para mulheres no exercício da mesma função que os homens e resguarda a saúde feminina.

No mesmo sentido, a Constituição de 1937:

Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: [...] k) proibição de trabalho a menores de quatorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesesseis e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a *mulheres*.

Reafirmando a proteção trabalhista à mulher, a Constituição de 1946 estabeleceu:

Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: [...] II — proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; [...] IX — proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores de dezoito anos; em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo juiz competente.

Na Constituição de 1937 o dispositivo referente a “salários iguais para iguais funções exercidas entre homens e mulheres” não é mencionado. Mas o caráter assistencialista e protetivo da saúde da mulher permaneceu, enquanto na Constituição de 1946 a igualdade salarial foi retomada, mantendo a preocupação com a saúde das mulheres.

A Constituição de 1967 dispôs:

Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] III – proibição de diferença de salários e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; [...] X — proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às *mulheres*.

Este artigo mantém a concepção de não-discriminação entre os gêneros quanto ao salário recebido pelo exercício da mesma função, prevista na Carta de 1946. Também resguarda, novamente, a saúde da mulher.

A afirmação e a garantia desses direitos prosseguiram na Constituição de 1969, que declarou:

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] III — proibição de diferença de salário e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; [...] X — proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a *mulheres* e

menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos.

Reiterou-se nessa Constituição a proibição à discriminação, somando-se, ainda, a proibição de diferença em razão do sexo e de critérios nas admissões. A saúde da mulher continua assegurada.

A Constituição de 1988 consagrou:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX — proteção do mercado de trabalho da *mulher*, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...] XXX — proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de *sexo*, idade, cor ou estado civil.

Esta Carta exerceu completa proteção aos direitos da mulher relativos ao trabalho (critérios de admissão, proibição de diferença salarial, incentivos específicos), bem como assegurou licença à gestante e a manutenção de seu emprego. É uma significativa forma de assegurar a integração da mulher no mercado de trabalho, bem como de combate ao preconceito. O problema talvez seja a “fiscalização” da implementação dessas normas na prática. O efeito inverso, ou seja, o aumento na dificuldade de acesso da mulher ao trabalho no âmbito público, merece atenção especial.

Neste ponto, interessante destacar as obrigações jurídicas decorrentes da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que aponta a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas à inclusão da mulher, por exemplo, a adoção de medidas apropriadas para a modificação de padrões socioculturais, baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres, a inclusão de políticas especiais e temporárias para acelerar o processo de igualdade na sociedade, entre outras.

Ressalte-se que o direito deve ser interpretado sempre como uno e coeso. Assim, a Constituição, as leis nacionais, os tratados internacionais ratificados, bem como as declarações

assinadas no âmbito externo, devem buscar a efetividade do direito já reconhecido. Na prática, embora presente grande resistência aos tratados internacionais, o cumprimento das obrigações jurídicas deles decorrentes — e aceitas pelos Estados-partes — constitui importante instrumento de efetivação dos direitos. O temor à diminuição da soberania deve ser contraposto aos benefícios sociais originários da implementação dos direitos humanos.

1.8.5 A proteção à maternidade

Trata-se de um direito social, que, nas palavras de José Afonso da Silva⁶⁶, participa da natureza dos direitos previdenciários (art. 201, II) e dos direitos assistenciais (art. 201, I). Caracteriza-se como proteção à infância.

Relevante para este estudo averiguar as disposições constitucionais referentes à maternidade pela consequência direta que representa na vida da mulher, ou seja, em suas possibilidades no campo do trabalho e também na influência sobre sua saúde.

Aqui será abordada a proteção que o constituinte atribuiu à gestante e à maternidade.

A Constituição de 1934 enunciava:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz. § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistencia medica e sanitaria ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuizo do salário e do emprego, e instituição de previdencia, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de accidentes do trabalho ou de morte. [...] § 3º Os serviços de amparo á maternidade e á infancia, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferencia a mulheres habilitadas.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 187.

Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] c) amparar a maternidade e a infância.

A Constituição de 1937 simplificou o mandamento, declarando:

Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto.

A Constituição de 1946 dispunha:

Art. 164. É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo das famílias de prole numerosa.

Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: [...] X — direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; [...] XIV — assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante.

No mesmo sentido, a Constituição de 1967 fixou.

Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] XI — descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário.

Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. [...] § 4º A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A proteção à maternidade foi manifestada pela Constituição de 1969 da seguinte forma:

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] XI — descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário.

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos [...] § 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.

A Constituição de 1988 prevê:

Art 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII — licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com duração de cento e vinte dias.

Art. 201, II — proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Portanto, agregam-se à proteção da maternidade direitos sociais visando ao pleno envolvimento da mulher, de seus filhos e de sua família.

1.8.6 Direito à aposentadoria

Quanto à inatividade do funcionário público, as Constituições brasileiras assim dispuseram:

A Carta de 1934 enunciava: “Art. 170. Salvo os casos previstos na Constituição, serão aposentados compulsoriamente os funcionários que atingirem sessenta e oito annos de idade”.

Por sua vez, a Constituição de 1937 declarava:

Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: [...] d) serão aposentados compulsoriamente os funcionários que atingirem a idade de sessenta e oito annos; a lei poderá reduzir o limite de idade para categorias especiais de funcionários, de acôrdo com a natureza do serviço.

Assegurou-se na Constituição de 1946:

Art. 191. O funcionário será aposentado: [...] II — compulsòriamente, aos 70 anos de idade; [...] § 1º Será aposentado, se o requerer, o funcionário que contar com trinta e cinco anos de serviço.

Por sua vez, a Constituição de 1967 designava:

Art. 100. O funcionário será aposentado: [...] III — voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço; [...] § 1º No caso do n. III, o prazo é reduzido a trinta anos para as mulheres⁶⁷.

Reiterando, a Constituição de 1969 estabeleceu:

Art. 100. O funcionário será aposentado: [...] III — voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço; [...] § 1º No caso do n. III, o prazo é reduzido a trinta anos para as mulheres.

Sobre as regras da aposentadoria, a Constituição de 1988 dispõe:

Art. 40. [...] § 1º, III — voluntariamente, desde que cumpridos dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

A partir da Constituição de 1967 o tempo de serviço necessário à aposentadoria é reduzido em cinco anos para as mulheres. As Constituições seguintes repetem essa idéia, e a Carta de 1988 acrescenta a idade ao tempo de serviço. Não se trata de privilégio concedido às mulheres, mas do reconhecimento pelo Estado brasileiro do desempenho concomitante de outras atividades pela mulher, principalmente o trabalho doméstico, como comenta José Afonso da Silva. Na medida em que os trabalhos no setor privado possam ser redistribuídos entre homens

e mulheres, ou seja, a partir de uma transformação cultural que produza resultados práticos no âmbito privado, essa diferença deverá ser revista. Entende-se, entretanto, que se trata de um problema cultural, de uma mentalidade fortemente arraigada na concepção dicotômica entre homens e mulheres, entre atividades tipicamente masculinas ou femininas. Esse dispositivo da Constituição parece sugerir a idéia de que o trabalho público pertence aos homens, e as mulheres que “conseguem” desempenhá-lo “merecem” uma recompensa.

1.9 Os direitos civis e as mulheres

A Constituição de 1988 prevê, no art. 5º, I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Em dispositivos esparsos pelo Texto Constitucional, como o art. 3º, IV (promoção do bem de todos, sem discriminação de sexo entre outras), e o art. 7º, XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo), destaca-se o art. 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Segundo José Afonso da Silva⁶⁷, não se trata apenas do conflito marido *versus* esposas, nem simplesmente da igualdade no lar e na família, mas de um dispositivo que concede igualdade efetiva à mulher e ao homem no plano privado. Ressalte-se que, além da revogação de todas as legislações contrárias à igualdade, qualquer lei que favoreça um gênero em relação ao outro considerando simplesmente o sexo será inconstitucional e, portanto, inválida. Só serão admitidas as discriminações constantes da própria Constituição, como, por exemplo, a do art. 40, § 1º, III, ou a do art. 201, § 7º, I e II.

A evolução do direito civil, principalmente do direito de família, será neste estudo apresentada com a comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código de 2002. Os princi-

⁶⁷ Foi a primeira Constituição a reduzir o tempo de serviço para aposentadoria de acordo com o sexo. As seguintes mantiveram a mesma orientação.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 75.

país temas serão analisados à luz da Constituição de 1988 e dos tratados internacionais em que o Brasil é parte.

Serão enumeradas as legislações referentes à capacidade civil, chefia da sociedade conjugal, nome da mulher, administração dos bens, poder familiar, guarda de crianças e adolescentes, alimentos, entre outros direitos. Embora o quadro não faça expressa referência à Constituição, reitere-se que a interpretação da legislação civil somente será válida por meio da ótica constitucional, especialmente ressaltando os ideais de igualdade entre os sexos.

Constituição de 1988: art. 3º, IV; 5º, I; 226, § 5º

Direito	Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Capacidade civil	6º, II (rev. pela Lei n. 4.121/62)	1º (a palavra “homem” é substituída por “pessoa”)
Chefia da sociedade conjugal	240; 233	1.565 a 1.567
Direção da sociedade conjugal	233, <i>caput</i> e incisos	1.511; 1.567
Nome	240, § ún.	1.565, § 1º
Domicílio	233, III	1.569
Profissão da mulher	A Lei n. 4.121/62 suprimiu o art. 242, VII	1º
Alimentos entre cônjuges	396	1.694 a 1.702; 1.704
Pátrio poder X poder familiar	379; 380, <i>caput</i> e § ún. (Lei n. 4.121/62: “com a colaboração da mulher”)	1.630; 1.631
Pátrio poder dos filhos “ilegítimos”	383	1.633
Pátrio poder da mãe bínuba	248, I; 329 (Lei n. 4.121/62)	1.588
Direito ao poder familiar	393	1.636
Administração dos bens dos filhos menores	384; 380; 385	1.690, § ún.
Representação e assistência dos filhos menores	385 a 389; 384, V; 380, § ún.	1.690, § ún.
Emancipação do filho menor	9º, I	5º, I
Guarda de menores	329; 384, II	1.583, 1.584; 1.702
Proibição de direito à concubina	1.719, III	1.801, III
Defloramento da mulher	219, IV	1.557 revogou o inciso IV
Deserdação da filha “desonesta”	1.744, III	—
Herdeiros necessários	1.603, III	1.845
Ordem de vocação hereditária	1.603; 1.611, §§ 1º e 2º	1.829, I a III

1.9.1 Igualdade civil entre mulheres e homens

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, na Parte IV, artigo 16, 1, prevê medidas destinadas à igualdade entre mulheres e homens no casamento e nas relações familiares. Assim, a alínea *c* fixa “os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução”; a alínea *d*: “os mesmos direitos e responsabilidades como pais”; a alínea *g* declara “os mesmos direitos pessoais como marido e mulher [...]”. Ratificada em 1984 pelo Brasil, anteriormente à Constituição de 1988, traz as origens jurídicas da nova concepção de família, que, no entanto, só alcança real efetividade com a Carta Magna e o novo Código Civil.

A tradição civilista dos intérpretes do direito, somada à pouca importância que se confere à Constituição (talvez como “herança” dos regimes ditatoriais latino-americanos) e à desconfiança em relação aos tratados internacionais (dado o freqüente preconceito de “falta de legitimidade”), resultou no retardamento do reconhecimento jurídico dos direitos humanos da mulher brasileira no setor privado.

Assim, somente após a Constituição de 1988 e, mais profundamente, após a vigência do Código Civil de 2002, é que a igualdade entre os gêneros alcança *status* de direito em vias de efetivação.

A mulher casada era considerada relativamente incapaz pelo art. 6º do Código Civil de 1916: “São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1) ou à maneira de os exercer: 11 — as mulheres casadas enquanto subsistir a sociedade conjugal”. Somente em 1962, com a Lei n. 4.121, é que esse dispositivo foi revogado, declarando, por consequência, a mulher absolutamente capaz.

Atente-se para a referência à mulher *casada*, ou seja, o estado civil determinava a dependência da mulher em relação ao marido, concedendo a este uma posição de comando sobre a esposa e seus atos.

O Código Civil de 2002 enuncia no art. 1º: “Toda *pessoa* é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Exclui a palavra *homem*, empregada pelo legislador anterior. Fica evidente aqui a referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que muito utiliza a expressão “*pessoa*”. Também se reitera a idéia sempre presente da dignidade da pessoa humana como novo paradigma do direito contemporâneo.

A chefia da sociedade conjugal também foi transferida da figura masculina para ambos os cônjuges. Assim, o art. 240 do Código de 1916 fixava: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”. Já o art. 1.565 do diploma de 2002 estabelece: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Portanto, a responsabilidade familiar passa a pertencer a ambos os cônjuges e não mais ao marido com a colaboração da esposa.

A nova concepção de família fica explícita no art. 1.567 do Código de 2002: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”, substituindo o art. 233 do Código de 1916, que enunciava: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

No atual Código, o art. 1.511 declara: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, seguindo o art. 5º, I, da Constituição de 1988. O antigo diploma, nos incisos do referido art. 233, fixava todos os deveres do homem, enquanto à mulher competia a direção e administração do “casal” apenas na ausência do marido, segundo o art. 251. À mulher cabia apenas colaborar com o marido, em clara referência a seu papel secundário e submisso na constância da sociedade conjugal.

Outra disposição reveladora da posição de desigualdade da mulher no casamento dizia respeito ao nome. Enquanto o art. 240, parágrafo único, dispunha que “a mulher poderá acrescentar aos seus o apelido do marido”, o § 1º do art. 1.565 do Código de 2002 estabelece: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”. O uso do nome

do marido era considerado um *direito* da mulher desde a expedição do Decreto n. 181, de 1890, mas o mesmo *direito* não era admitido aos homens até a promulgação da Lei de Registros Públicos.

A fixação do domicílio do casal, no Código Civil de 1916, constituía direito do homem, previsto no art. 233, 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”. O Código de 2002 corrigiu essa discriminação legal no art. 1.569:

O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

A igualdade entre os cônjuges, prevista nessa lei, bem como na Carta de 1988 e nos tratados internacionais, é mantida de forma coerente nesse artigo.

A Lei n. 4.121/62 suprimiu o art. 242, VII, do Código Civil de 1916: “A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): [...] VII — exercer profissão”. O antigo Código, após a edição dessa lei, não mais apresentava tal inciso, “libertando” a mulher do poder de decisão do marido para alcançar o âmbito público.

Interessante ressaltar que a revogação desse inciso gerou grandes transformações sociais por incluir a mulher no mercado de trabalho e acelerar o desenvolvimento da economia e da sociedade. Daí derivou a possibilidade de pensão alimentícia entre os cônjuges, e não apenas para a mulher.

O art. 1.694 do Código de 2002 estabelece:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação.

Segundo o art. 396 do antigo Código, apenas aos parentes isso era possível, não sendo mencionado o cônjuge.

O atual art. 1.702 dispõe: “Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694”. Tal dispositivo guarda coerência com a igualdade entre os sexos e o dever recíproco de subsistência entre os cônjuges. E mais: o art. 1.704 traz norma que fixa ao ex-cônjuge a obrigação de prestar alimentos ao outro, se necessário (quando imprescindíveis alimentos para sua sobrevivência) e desde que ausentes outros legitimados. Tal obrigação subsiste mesmo tendo sido o cônjuge credor de alimentos declarado “culpado” na separação litigiosa. Assim, o art. 1.704 do Código de 2002 prevê:

Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Observa-se neste artigo o reconhecimento da igualdade entre os gêneros, pois o legislador utiliza a expressão “cônjuge” e não apenas “mulher”.

O atual Código dispõe sobre o chamado “poder familiar” em substituição ao “pátrio poder” do Código Civil de 1916. Enquanto o art. 1.630 prescreve que “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, o art. 379 do diploma de 1916 dispunha: “Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”.

O pátrio poder significava o maior poder e a responsabilidade do pai sobre os filhos; a mãe era mera colaboradora. Vinha disposto no art. 380, *caput* (com redação dada pela Lei n. 4.121/62):

Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

O art. 1.631 do Código Civil de 2002 fixa: “Durante o casamento e a união estável, compete o *poder familiar* aos pais: na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

O chamado pátrio poder dos filhos ilegítimos, no Código Civil antigo, cabia à mãe; não sendo esta conhecida ou capaz de exercê-lo, nomeava-se um tutor. Assim, o art. 383 declarava: “O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor”. O art. 1.633 do novo estatuto suprimiu a expressão “ilegítimo” e substituiu o poder materno pelo “poder familiar”, mantendo toda a redação anterior. Entretanto, a objetividade jurídica da norma é diferente: antes a mãe exercia subsidiariamente o “pátrio poder”, ou seja, agia apenas na ausência ou impedimento do pai; hoje exerce o “poder familiar” como direito próprio e principal, não em caráter secundário. Atente-se, também, para o art. 21 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que aponta o interesse prioritário e absoluto da criança, não mais se admitindo a “disputa” entre os pais.

O poder familiar dos pais que contraem novas núpcias não é alterado, ou seja, permanecem com a responsabilidade sobre os filhos, conforme art. 1.588 do Código de 2002: “O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”. O art. 329 do diploma de 1916, com redação dada pela Lei n. 4.121/62, só se referia às novas núpcias da mãe: “A mãe, que contrair novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente”; e também o art. 248, I: “A mulher casada pode livremente: I — exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos do leito anterior”. Assim, não mais subsistiu, após o advento da Lei n. 4.121/62, o art. 393: “A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder; mas, enviuvando, os recupera”.

O art. 1.636 do Código de 2002 reitera, ainda, o exercício do poder familiar por ambos os cônjuges:

O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

O art. 393 do antigo Código dispunha: “A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido”.

A administração dos bens dos menores está prevista no Código de 2002, em seu art. 1.689: “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: [...] II — tem a administração dos bens dos filhos menores sob sua guarda”, enquanto o art. 389 previa, no antigo Código, que “O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob seu poder, salvo o disposto no art. 225”.

Quanto à representação e assistência dos filhos, o art. 1.690 do atual estatuto é expreso: “Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados”. O art. 384 do Código de 1916 dispunha: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] V — representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento”. Art. 380, parágrafo único: “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai; à mãe cabe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência”.

A emancipação do filho menor também sofreu transformações dada a nova concepção de família e de poder familiar. Hoje, o art. 5º, I, do Código Civil prevê:

A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada a todos os atos da vida civil: I — pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do

outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial [...].

Em 1916, o art. 9º, I, dispunha: “por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos”. Reafirmava-se aqui a vontade subsidiária da mãe, prevalecendo a “chefia” do pai.

Em outros dispositivos do Código de 1916 a discriminação à mulher e suas funções, inclusive no âmbito estritamente familiar, ficava evidente. A questão relativa à guarda de filhos, por exemplo. O Código Civil de 2002, no art. 1.583, deixa expresso que em caso de separação caberá aos cônjuges o acordo sobre a guarda dos descendentes, e, na impossibilidade, o juiz decidirá quem possui melhores condições de exercê-la. Assim dispõe o art. 1.583: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”. O art. 1584 acrescenta: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”. No antigo Código, a guarda era regida pelo art. 384, II: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] II — tê-los em sua companhia e guarda”.

Portanto, caracteriza-se uma profunda alteração no direito de família após a promulgação da Constituição de 1988, bem como com a vigência do Código Civil de 2002. A igualdade entre os cônjuges e o reconhecimento da mulher como “sócia em igualdade de condições” com o marido transformam o conceito de família e inicia uma era de combate a discriminações e desigualdades entre os gêneros.

Há evidente transformação do modelo patriarcal da família (fundamentado na submissão da esposa e filhos ao marido) para uma entidade familiar baseada na igualdade e dignidade de seus membros. A mulher é reconhecida juridicamente em igualdade de condições com o homem, possibilitando o desenvolvimento sadio e igualitário nas relações privadas.

Quanto ao direito das sucessões, muitos são os dispositivos reveladores da transformação do paradigma dos direitos da mulher, embora ainda haja exceções, como a manutenção da proibição de direito à concubina, presente no Código de 2002. Assim, o art. 1.801, III, dispõe: “Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: [...] III — o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”. O art. 1.719, III, do Código Civil de 1916 previa: “Não podem também ser nomeados herdeiros nem legatários: [...] III — a concubina do testador casado”.

Foi afastada a discriminação da mulher quanto aos aspectos de sua conduta sexual, revogando-se o art. 219, IV, que previa: “Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV — o defloramento da mulher, ignorado pelo marido”. O atual e correspondente art. 1.557 não mais previu o inciso IV, revogando-o.

Não mais consta do Código de 2002 o art. 1.744, que permitia ao pai a deserdação de filha “desonesta”, ou seja, que não mantivesse a virgindade até o casamento. O art. 1.744, III, assim fixava: “Além das causas mencionadas no art. 1.595, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: [...] III — a desonestidade da filha que vive na casa paterna”.

Os cônjuges tornam-se herdeiros necessários pelo art. 1.845 do Código Civil de 2002: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e os cônjuges”. Antes, o art. 1.603, III, previa “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...] III — ao cônjuge sobrevivente”. Ou seja, este não era herdeiro necessário, pois ascendentes ou descendentes que herdassem o excluía da sucessão. A partir do novo Código se tornou herdeiro, concorrendo com descendentes e ascendentes, conforme o art. 1.829, I, II e III.

1.9.2 Breves considerações sobre leis relevantes para o direito da mulher

A Lei n. 4.121/62, o chamado Estatuto da Mulher Casada, modificou a condição da mulher prevista no Código Civil de 1916. Suprimiu a capacidade relativa da mulher casada e ampliou o pátrio poder, concedendo à mulher, por exemplo, o direito à guarda dos filhos. Também liberou a mulher da autorização marital para o trabalho no âmbito público e ampliou o direito de constituir bens reservados.

Rosângela Aparecida da Silva⁶⁹ aponta as falhas que permaneceram no Código de 1916 como derivadas do conceito de autoridade do marido, ou seja, na prática, a manutenção da chefia da sociedade conjugal, a representação legal e a administração geral da família continuavam como deveres do homem. Assim, incumbia ao marido: a fixação do domicílio familiar, o exercício preponderante do pátrio poder, a manutenção da família, entre outros.

Em 26 de dezembro de 1977, a Lei n. 6.515 regulou a Emenda Constitucional n. 9, alterando novamente o Código Civil de 1916. Superou-se a mera permissão para o desquite, admitindo-se o divórcio, embora possível por uma única vez. Essa lei não mais obrigou a mulher a adotar o nome do marido, mas o manteve no “comando” da sociedade conjugal. Admitiu o direito à pensão alimentícia do marido necessitado, bem como concebeu a manutenção dos filhos como obrigação legal de ambos os cônjuges separados judicialmente, desde que proporcional aos ganhos de cada um deles. Alterou o regime legal de casamento, prevendo, na inexistência de pacto antenupcial, o regime da comunhão parcial de bens, ou seja, somente os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam entre os cônjuges. Essa lei marcou a independência feminina, abrindo caminho para o reconhecimento da liberdade da mulher e da igualdade entre os sexos. Cabe ressaltar que a Constituição de 1988 não mais limitou o número de divórcios.

Interessante destacar a evolução ocorrida nos direitos da companheira como quebra de discriminação às mulheres que viviam com seus parceiros em união estável, sem o vínculo jurídico do casamento. A partir da segunda metade do século XX, como narra Luiz Carlos de

⁶⁹ SILVA, Rosângela Aparecida da. Op. cit., p. 112.

Azevedo⁷⁰, a jurisprudência passou a reconhecer direitos à então chamada “concubina”, concedendo-lhe indenização pelo tempo e trabalho realizado durante a convivência ou reconhecendo à mulher o direito a parte do patrimônio adquirido nesse interregno. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, que entendia como cabível a dissolução judicial do vínculo com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. O termo “concubina” foi substituído por “companheira”. Ressalte-se, ainda, que, quando uma das partes não se encontra separada de fato do cônjuge, não se aplica tal entendimento.

A Constituição de 1988, no art. 226, § 3º, dispõe: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A partir desse marco a união estável consolidou-se como vínculo jurídico e se seguiram leis para regulamentá-la.

A Lei n. 8.971, de 20 de dezembro de 1994, regulou matéria relativa aos alimentos e sucessão para os cônjuges em “união estável”, desde que o consorte fosse de outro sexo, solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Estabeleceu como requisitos para a configuração desse direito o convívio há mais de cinco anos ou a prole em comum, e o conhecimento público da união. Assim, a Lei n. 5.478, de 23 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), aplica-se aos conviventes ou companheiros.

Em 10 de maio de 1996, a Lei n. 9.278 definiu a entidade familiar como a convivência duradoura pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Nenhum prazo foi fixado, revogando-se, portanto, os cinco anos exigidos pela Lei n. 8.971/94 e deixando para a jurisprudência a análise dos casos concretos. No mesmo ano, a Lei n. 9.263 regulamentou o § 7º da Constituição, tratando do planejamento familiar. Estabeleceu que se trata de um conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

⁷⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 76.

1.10 A violência contra a mulher e a legislação penal brasileira

A mais grave violação dos direitos da mulher corresponde à violência doméstica, cujo fenômeno ultrapassa as fronteiras de cultura, raça, cor, etnia, religião e classe social. Assim, premente a necessidade de combate a essa violência mundial.

Flávia Piovesan⁷¹ ressalta que se trata de um “padrão de violência específico, baseado no gênero”, e acrescenta que “tal preceito rompe com a equivocada dicotomia entre o espaço público e o privado no tocante à proteção dos direitos humanos”, ou seja, há um reconhecimento da necessidade de interferência no âmbito privado e não apenas no público, quando existente afronta aos direitos da pessoa e a sua dignidade. Os documentos internacionais, bem como a legislação nacional, devem assegurar à mulher a prevenção e a repressão a essa particular violência.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher não é expressa no combate à violência, mas a Declaração sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará são enfáticas quanto à necessidade de proteção física, psicológica e sexual da mulher.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher define esse tipo de violência no artigo 1º: “[...] qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 190.

âmbito público, como no privado”. Ao comentar esse artigo, Flávia Piovesan⁷² acrescenta que o ato de violência ocorre contra a mulher “porque é mulher ou quando os atos afetam as mulheres de forma desproporcional”. Há, para a autora, uma vinculação estrita entre a violência sofrida pela mulher e as relações históricas de desigualdade e assimetria entre os gêneros.

Destaque-se pesquisa realizada sobre violência doméstica pelo *Human Rights Watch*⁷³, que demonstra que 70% das mulheres assassinadas no Brasil são vítimas das relações domésticas, e, em regra, os autores do homicídio são seus parceiros. Dados como os apresentados pelo BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) revelam que uma em cada cinco mulheres que faltam ao trabalho o fazem por terem sofrido agressão física. Segundo dados do *Jornal Redesaúde*⁷⁴, “a violência contra a mulher compromete 14,6% do Produto Interno Bruto (PIB) da América Latina, cerca de US\$ 170 bilhões. No Brasil, a violência doméstica custa ao país 10,5% do seu PIB”.

Portanto, os direitos humanos das mulheres não constituem reivindicação específica de um conjunto de pessoas, mas premissa para o desenvolvimento social e democrático de uma sociedade.

No direito penal brasileiro a afronta aos direitos humanos das mulheres pode ser relacionada em três momentos distintos: 1º) a tese da legítima defesa da honra defendida pelo marido que assassinava a esposa; 2º) a Lei n. 9.099/95; 3º) a Lei Maria da Penha.

No primeiro momento, absolvições no Tribunal do Júri acatavam o argumento de legítima defesa da honra do marido que, diante do suposto adultério da esposa, cometia homicídio. A impunidade e o “direito à vingança” demonstravam a ótica machista e cruel de uma sociedade que admitia o poder do homem sobre a vida e morte de sua esposa.

⁷² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas. Artigo. Original fornecido pela autora.

⁷³ Apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas, cit.

⁷⁴ *Informativo da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos*, n. 19, nov. 1999, citado por PANDJIARJIAN, Valéria. Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação. Mimeo. Apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas, cit.

Num segundo momento, superada a barbárie da legitimação da vingança masculina, as agressões físicas contra mulheres eram julgadas pelo Juizado Especial Criminal, conhecido como Juizado de “Pequenas Causas”, que — como o próprio nome sugere — reconhecia os crimes ali enumerados como de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima prevista em lei não seria superior a um ano. Essa lei garantia que, diante da possibilidade de transação, muitas vezes a pena fosse substituída por reparação pecuniária transformando-se não raro em “cesta básica”. Assim, conseqüentemente, banalizava e legitimava a violência contra a mulher, reforçando a hierarquia entre os gêneros.

Em 7 de agosto de 2006 foi promulgada a Lei n. 11.340 (Lei Maria da Penha), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, regulamentando o § 8º do art. 226 da Constituição e também os tratados internacionais (Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção de Belém do Pará). Essa lei dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Ressalte-se que a Lei n. 11.340/2006 decorreu diretamente da condenação sofrida no âmbito internacional pelo Brasil no caso Maria da Penha.

Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio por seu companheiro, no âmbito de seu domicílio, tendo ficado paraplégica aos 38 anos, após sofrer disparos provenientes de arma de fogo, enquanto dormia, e de uma tentativa de eletrocução. O autor foi condenado pelo Tribunal do Júri e permaneceu em liberdade por dezoito anos, enquanto decorriam recursos processuais sucessivos contra a sentença condenatória prolatada.

Em 1998 o caso foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por meio de petição conjunta interposta pelas entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher).

Em abril de 2001⁷⁵, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH) publicou o Relatório n. 54/2001, no caso n. 12.051 (Maria da Penha vs. Brasil)⁷⁶, em que declarava a responsabilidade do Brasil diante das freqüentes violações dos artigos 8, 25 e 1.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e o artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Assim, o Brasil foi condenado por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Recomendações foram estabelecidas para o Estado brasileiro, que, após dois anos, não havia dado cumprimento a elas, tendo realizado a prisão do agressor dezenove anos depois do fato criminoso. A condenação sofrida pelo Brasil no sistema regional resulta num embaraço perante a comunidade internacional e na confirmação do descumprimento das obrigações jurídicas impostas pela Comissão Interamericana.

Em 31 de outubro de 2002 o condenado no caso Maria da Penha foi preso no Estado da Paraíba; em 24 de novembro de 2003 foi promulgada a Lei n. 10.778, que determina a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher atendida nos serviços de saúde públicos e privados. Em 2004 foi instituído o chamado Grupo de Trabalho Interministerial para a elaboração de medidas legislativas de combate à violência doméstica no Brasil. Em 7 de agosto de 2006 foi promulgada a Lei n. 11.340, Lei Maria da Penha, como forma de resposta à violência contra a mulher, criando mecanismos para sua prevenção, assistência e proteção, bem como visando a efetiva repressão dos crimes contra ela praticados.

Algumas inovações trazidas pela Lei Maria da Penha merecem destaque: 1^a) devolução à autoridade policial da prerrogativa investigatória; 2^a) modificação da pena dos crimes de violência doméstica, de um ano para no mínimo três anos de detenção, afastando-os da competência dos Juizados Especiais Criminais; 3^a) crimes de lesão corporal leve cometidos contra

⁷⁵ Informações coletadas no site: www.cladem.org/portugues/regionais/monitoreo_convenio/penhacedawp.asp.

⁷⁶ O caso Maria da Penha: em 1983 a vítima sofreu tentativa de assassinato por seu então marido, que lhe desferiu tiros nas costas enquanto ela dormia, deixando-a paraplégica. Por mais de quinze anos o Brasil não foi capaz de punir o culpado. O caso demorou oito anos para chegar a uma decisão do Tribunal do Júri, que, em 4 de maio de 1991, condenou o agressor a quinze anos de prisão, reduzidos a dez por sua primariedade. A defesa recorreu e em 15 de março de 1996 um segundo julgamento condenou o agressor a dez anos e seis meses de prisão. Nova ape-

mulher no âmbito doméstico voltam a ser de ação penal pública incondicionada; 4ª) o Ministério Público pode iniciar a persecução penal a partir do auto de prisão em flagrante, sem necessitar de autorização da vítima ou de seu representante; 5ª) os agressores podem ser presos em flagrante e somente serão liberados por ordem judicial; 6ª) a vítima só poderá desistir da representação antes do oferecimento da denúncia, em audiência designada pelo juiz especialmente para tal fim e depois da oitiva do Ministério Público; 7ª) permitida a prisão preventiva do agressor; 8ª) criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal.

Flávia Piovesan⁷⁷ enumera outras transformações relevantes trazidas pela lei: 1ª) mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher (vedação da aplicação da Lei n. 9.099/95); 2ª) incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher (criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal e atendimento especializado para as mulheres); 3ª) incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar; 4ª) fortalecimento da ótica repressiva; 5ª) harmonização com a Convenção de Belém do Pará; 6ª) consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual e 7ª) estímulo à criação de banco de dados e estatísticas para a avaliação periódica das medidas adotadas para perspectiva de gênero, raça ou etnia.

O caso Maria da Penha é emblemático de uma situação periclitante e contínua de grave violação aos direitos humanos da mulher, que bem caracteriza a negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica e ao não-cumprimento efetivo dos compromissos internacionais pelo Brasil. Com sua entrada em vigor, espera-se que os agressores sejam punidos na proporção dos gravames causados para as vítimas, diminuindo os índices alarmantes de violência contra a mulher.

lação foi apresentada, e sucessivos recursos impediram a prisão do agressor. Decorridos mais de quinze anos sem uma efetiva decisão final, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: o caso da violência contra a mulher no Brasil. Original fornecido pela autora.

1.11 Legislação trabalhista

Abaixo serão apresentados quadros referentes à proteção dos direitos da mulher no domínio trabalhista. Inicialmente, as disposições constitucionais serão mencionadas. Em seguida, no segundo quadro, estarão dispostas as normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho. Por último, serão mencionadas as principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho e algumas leis relevantes para a mulher no direito do trabalho.

Constituição de 1988	Dispositivos
Redução de desigualdades	3º, III
Proibição de discriminação e preconceito	3º, IV; 5º, <i>caput</i>
Isonomia entre homens e mulheres	5º, I
Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo	7º, XXX
Proteção do mercado de trabalho para a mulher mediante incentivos específicos, nos termos da lei	7º, XX
Licença à gestante	7º, XVIII
Licença-paternidade	7º, XIX
Os direitos e garantias expressos na CF não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte	5º, § 2º

A Constituição de 1988 consagrou a igualdade jurídica entre mulheres e homens em muitos dispositivos. Por primeiro rejeitou as discriminações em razão do sexo no art. 3º, IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo”), e como objetivo estabeleceu a redução de desigualdades sociais no inciso III (“reduzir as desigualdades sociais”); em seguida, no inciso I do art. 5º, prescreveu literalmente: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, manifestando expressamente a integral isonomia entre os gêneros.

Considere-se, também, o reconhecimento das disposições previstas nos tratados internacionais como normas constitucionais de direitos fundamentais, conforme o art. 5º, § 2º: “Os

direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Acrescenta o art. 5º, § 1º: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, não necessitam de legislação infraconstitucional para assegurar a eficácia do direito resguardado.

Portanto, o ordenamento jurídico está subordinado à igualdade consagrada no texto da Carta Magna em todos os âmbitos, inclusive no trabalhista.

O Capítulo II da Constituição — Dos Direitos Sociais — regula de forma direta e incisiva a proteção da mulher nas relações de trabalho. O art. 7º enuncia expressamente como a isonomia entre mulheres e homens se manifestará no mercado de trabalho, na adoção de medidas políticas específicas para a redução das desigualdades entre os gêneros e na proteção à maternidade.

Assim, o art. 7º, XX, dispõe sobre a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. E o inciso XXX declara a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

A proteção à maternidade manifesta-se no art. 7º, XVIII, que fixa a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias”.

Em suma, a Constituição consagra a não-discriminação da mulher no âmbito público, a igualdade material entre os gêneros e as ações afirmativas como meio legítimo e eficaz de “compensação de desigualdade”, como explica Canotilho.

Consolidação das Leis do Trabalho:

Abaixo estão relacionados os artigos relevantes para os direitos da mulher nas relações de trabalho, ou seja, no âmbito público, conforme a Consolidação das Leis do Trabalho.

Capítulo III – Da Proteção do Trabalho da Mulher:

Consolidação das Leis do Trabalho	Dispositivos
Aplicação dos preceitos que regulam o trabalho masculino	372
Ressalva ao art. 372	372, § ún.
Vedações expressas às discriminações	373-A; 390, <i>caput</i>
Medidas protetivas ao mercado de trabalho para a mulher	373-A, § ún.; 377
Duração do trabalho	377
Períodos de descanso	382 a 386
Período de repouso (aborto não criminoso)	395
Períodos de descanso semanal	385
Incentivo à mão-de-obra de ambos os sexos	390-B; 390-C
Incentivo ao trabalho da mulher	381
Trabalho noturno da mulher — acréscimo ao salário	381, § 1º
Incentivo ao trabalho da mulher	390
Hora/trabalho	§ 2º
Isonomia salarial	3º, § ún.; 5º
Proibição de redução de salário pelas medidas especiais	377
Local de trabalho específico para mulheres	389, I a III
Local para os filhos pequenos	390, §§ 1º e 2
Instalações sanitárias por Sexo	200, VII
Proteção ao casamento e à maternidade	391, § ún.
Direito da gestante	392, §§ a 4º
Direito à amamentação	396, § ún.; 400
Empregada adotante (licença-gestante)	392-A e parágrafos
Penalidades	401

A Consolidação das Leis do Trabalho enuncia no art. 372 que os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao feminino, naquilo em que não colidirem com a prote-

ção especial instituída no Capítulo III da CLT. Explícito, nesse ponto, o reconhecimento da necessidade de igualdade do trabalho feminino ao masculino, vedadas discriminações entre os gêneros. É o primeiro artigo da Seção I (Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação contra a Mulher — denominação dada pela Lei n. 9.799, de 26-5-1999). Constata-se o desafio do combate à discriminação da mulher no mercado de trabalho, bem como a necessidade da inclusão feminina em igualdade de condições com o homem para o desenvolvimento de uma sociedade “livre, justa e solidária”.

Entretanto, causa estranheza o parágrafo único do mesmo art. 372, que dispõe: “Não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho”. Assim, esse parágrafo parece sugerir que o trabalho no âmbito privado, ao “misturar” relações familiares, afasta a igualdade da mulher, ou seja, esta fica diretamente subordinada aos demais quando o trabalho se restringir ao âmbito privado. A expressão “sob a direção”, que no direito do trabalho é um das características da relação empregatícia, aqui parece discriminar a mulher, pois não se aplicam a ela, nas condições familiares, os mesmos “preceitos do trabalho masculino”. Poderia não constituir vínculo empregatício, mas a isonomia entre os sexos deveria ser reconhecida. A dicotomia entre o âmbito público e privado torna-se evidente nesse dispositivo. Não é possível também interpretá-lo à margem da Constituição. Portanto, as “normas jurídicas” referentes à igualdade não podem ser afastadas em nenhuma circunstância, seja no espaço público, seja no privado.

O art. 373-A enuncia as vedações discriminatórias referentes ao trabalho da mulher, fixando no *caput* a ressalva das “disposições legais destinadas a corrigir distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho”. Por exemplo, estabelece a proibição de mencionar, injustificadamente, a preferência de um sexo, salvo quando a função o exigir: a) nos anúncios de empregos; b) na recusa ou afastamento da empregada; c) na remuneração, na formação profissional e nas oportunidades de ascensão profissional; d) nas exigências de atestados ou exames de qualquer natureza, por exemplo, a comprovação de esterilidade ou gravidez para admissão ou permanência no emprego; e) na adoção de critérios subjetivos para inscrição ou

aprovação em empresas privadas; f) na realização de revistas íntimas. Esse artigo está em perfeita consonância com o art. 7º, XXX, da Constituição de 1988.

O art. 373-A, bem como o art. 377, ambos da CLT, constituem medidas protetivas do trabalho da mulher, estabelecendo a possibilidade de adoção de medidas temporárias que visem à realização das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as destinadas à correção de distorções que afetem a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Sobre a duração do trabalho, o art. 373 fixa jornada de oito horas, exceto quando estabelecidos períodos menores. Ressalte-se o mesmo número de horas como exigência legal também para os homens.

A Lei n. 10.244, de 28 de junho de 2001, revogou o art. 376 da CLT e permitiu a realização de horas extras de trabalho por mulheres. Constata-se a quebra da idéia da mulher frágil, impossibilitada de prorrogação da jornada de trabalho e do recebimento, respectivo, desse serviço. A mesma lei contribuiu para facilitar a contratação da mulher ao reconhecê-la, juridicamente, como apta ao trabalho extraordinário.

O trabalho noturno e a remuneração mínima estão previstos no art. 381 e seus parágrafos da CLT, que declara o adicional mínimo de vinte por cento de acréscimo ao salário, bem como o período de cinquenta e dois minutos e trinta segundos para a hora noturna trabalhada pela mulher. Essas são as disposições-padrão elaboradas no art. 72 do Título II da CLT. Há perfeita correlação entre a duração e a jornada de trabalho de mulheres e homens.

Os períodos de descanso estão previstos nos arts. 382 a 386 da CLT e correspondem ao estabelecido nos arts. 58 e 66 e seguintes, ou seja, os referentes às normas gerais de tutela do trabalho previstas no Título II da Consolidação. Há, portanto, igualdade na jornada de trabalho — oito horas como regra —, e a interrupção de onze horas entre uma jornada e outra, bem

como o descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. Prevê, ainda, o descanso obrigatório de quinze minutos antes do início do trabalho das horas extraordinárias.

As mulheres também têm direito ao repouso remunerado de duas semanas em caso de aborto não criminoso e direito ao retorno à mesma função que ocupavam antes do afastamento, conforme o art. 395 da CLT.

A Lei n. 9.799/99 acrescentou à CLT os arts. 390-A ao 390-E, tendo sido vetados os arts. 390-A e 390-D. Os arts. 390-B e 390-C prevêm medidas de incentivo à qualificação da mão-de-obra, tanto masculina como feminina, pois declaram, respectivamente: “vagas de cursos de formação serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos”; e “empresas com mais de cem mil empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivo e aperfeiçoamento profissional de mão-de-obra”. O art. 390-E traz expressa previsão de políticas específicas: “[...] o desenvolvimento de ações conjuntas visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher”.

O mais grave desnivelamento entre o trabalho feminino e o masculino ocorre na diferença salarial pela realização do mesmo trabalho. Dispõe o art. 3º, parágrafo único, da CLT: “Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador”; o art. 5º é enfático nesse sentido: “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”. Trata-se de um problema marcante, demonstrativo da desigualdade entre os gêneros e da discriminação à mulher no âmbito público.

A redução salarial também está impossibilitada diante do art. 377, que enuncia: “A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário”. Assim, as medidas de trabalho somente poderão beneficiar as mulheres; jamais serão admitidas como pretexto de diminuição salarial para elas. Esse artigo evita a utilização de ações afirmativas como “manobras fraudulentas” para a redução de direitos femininos.

O local de trabalho da mulher também é objeto de destaque na Consolidação das Leis Trabalhistas. O art. 389 e os incisos I, II e III prevêm: a) medidas no local de trabalho de higiene e segurança impostas pelo órgão competente e adequadas às mulheres; b) medidas no ambiente pertinentes ao desenvolvimento do trabalho pela mulher sem esgotamento físico; c) vestiários com armários individuais privativos para as mulheres quando necessária a troca de roupa para a realização do trabalho; d) equipamentos de segurança, como óculos e luvas. O art. 200, VII, prevê também a separação de instalações sanitárias por sexo. O § 1º do art. 389 prossegue, estabelecendo — nos locais em que trabalhem pelo menos trinta empregadas com mais de dezesseis anos — espaço apropriado para a guarda, assistência e vigilância dos filhos das empregadas durante o período de amamentação. Tal exigência poderá ser suprida por meio de creches estatais.

A proteção da mulher após o casamento e durante a maternidade também consta dos dispositivos da CLT. O art. 391, *caput* e parágrafo único, assegura a continuidade no emprego após o casamento ou gravidez da mulher, não permitindo qualquer restrição ou rescisão do contrato de trabalho por essa razão.

Os arts. 391 a 400 da CLT tratam da proteção à maternidade e, por conseguinte, da saúde das mulheres. O primeiro desses artigos estabelece que não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Ainda, o parágrafo único desse dispositivo esclarece que não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher a seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez. Nesse sentido, a Lei n. 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

A maternidade recebe amparo do art. 392 da CLT, que estabelece a licença-maternidade em cento e vinte dias, fixando seus procedimentos e estendendo-os à mãe adotante, conforme o art. 392-A, acrescido pela Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002. Essa lei escalona o tempo da licença-maternidade de acordo com a idade da criança adotada. Assim, a licença será de cento e vinte dias se a criança adotada possuir até um ano de idade; de sessenta

dias se a criança contar entre um e quatro anos; e de trinta dias se for maior de quatro e menor de oito anos.

Entre outros direitos, o § 4º do art. 392-A garante à empregada, durante a gravidez e sem prejuízo do salário e demais direitos: I — a transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida logo após o retorno ao trabalho; II — a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. Destaca-se que durante o período da licença-maternidade a mulher terá direito ao salário integral.

O art. 396 dispõe sobre o direito da mulher a amamentar o filho até seis meses de idade, podendo interromper por dois períodos, de meia hora cada um, a jornada de trabalho. Considere-se, também, o art. 400, *caput*, que fixa locais especiais nas empresas para que as mulheres possa amamentar seus filhos com segurança e higiene. Ressalte-se o direito à amamentação como direito da criança, mas que deve ser instrumentalizado no âmbito público, garantindo às mães a realização desse dever-direito.

O art. 395 estabelece que, mesmo em caso de aborto, quando não criminoso, a mulher tem direito a repouso remunerado de duas semanas, ficando-lhe assegurado o retorno à função que ocupava antes do afastamento. A edição da Lei n. 8.921, de 25 de julho de 1994, retirou a expressão “não criminoso” apenas do art. 131 da CLT, para não considerar falta ao serviço a ausência da trabalhadora em qualquer hipótese de aborto, mas não permitiu a licença em caso de aborto ilegal. Após o retorno ao emprego, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais para amamentar o próprio filho, conforme determina o citado art. 396 da Consolidação.

A dinâmica dos pagamentos às beneficiárias da licença-maternidade foi objeto de recentes alterações. Se antes ficava a cargo do empregador pagar o benefício, sendo ressarcido posteriormente pelo INSS — Instituto Nacional de Seguridade Social - agora é a própria beneficiária que deve cadastrar-se para recebê-lo pessoalmente. Na avaliação de alguns, essa dinâmica deve ser revista, porque nem sempre facilita a vida das mulheres. Por outro lado, a Lei n.

8.861, de 25 de março de 1994, ampliou o rol de beneficiárias da licença-maternidade, estendendo o direito às trabalhadoras domésticas, às pequenas produtoras rurais, às trabalhadoras avulsas e às autônomas.

Por último, o art. 401 declara a possibilidade de aplicação de multa administrativa às empresas não cumpridoras de qualquer das disposições do Capítulo III da CLT. É uma forma de coagir ao cumprimento efetivo desses direitos.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.542, de 1º de maio de 1943, pelo governo Getúlio Vargas. Leis posteriores introduziram importantes transformações, principalmente para a inclusão da mulher nas relações de trabalho, como a Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, que acrescentou à CLT a Seção I do Capítulo III: Da Proteção do Trabalho da Mulher.

Outras leis podem ser mencionadas, como as legislações neste estudo mencionadas: a Lei n. 8.861/94 (ampliou o rol de beneficiárias da licença-maternidade, estendendo o direito às trabalhadoras domésticas, às pequenas produtoras rurais, às trabalhadoras avulsas e às autônomas); a Lei n. 9.029/95 (proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); a Lei n. 9.601/98 (estabelece no contrato temporário a fixação do prazo mínimo como três meses e prevê o contrato como prorrogável por dois anos; no entanto, esse prazo mínimo e a existência do banco de horas contratuais “inviabiliza” duas das garantias previstas no mesmo instrumento: a licença-gestante e a estabilidade provisória da gestante); a Lei n. 10.244/2001 (revogou o art. 376 da CLT e permitiu a realização de horas extras de trabalho por mulheres); Lei n. 11.421/2002 (estendeu à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade); a Lei n. 10.710/2003 (altera a Lei n. 8.213/91 para estabelecer o pagamento pela empresa do salário-maternidade devido às seguradas empregada e trabalhadora avulsa gestante), entre outras.

Cabe ainda o destaque para as convenções da Organização Internacional do Trabalho. Aqui serão apenas enumeradas as principais e seus respectivos objetivos: Convenções da OIT n. 103/53 (dispõe sobre a igualdade de remuneração pelo mesmo trabalho entre mulheres e

homens), 111/58 (dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão), 103/66 (dispõe sobre o amparo à maternidade) e 183/88 (estabelece a proteção à maternidade, ampliando os dispositivos da Convenção n. 103).

1.12 Análise da evolução jurídica dos direitos da mulher

Desde o século XVIII, com a Revolução Industrial e a luta pelo sufrágio, o movimento feminista ganhou a praça pública e destacou a importância da mulher na sociedade, expondo a necessidade de reconhecer os direitos das mulheres. As diversas propostas de “igualdade entre os gêneros” transitaram — como ainda nos tempos atuais — do combate à discriminação até a efetiva promoção feminina nos espaços público e privado. É um desafio ainda em curso, mas que aponta crescentes resultados no mundo contemporâneo.

O direito, como reflexo da sociedade, apresenta um amplo rol de prerrogativas conquistadas pelas mulheres e propicia um estudo comparativo entre a situação jurídica da mulher brasileira desde a Constituição de 1824 até a Carta Magna de 1988, ou, para uma análise relacionada aos direitos civis, de 1916 a 2002. Para não isolar a interpretação das normas jurídicas brasileiras da legislação internacional, convém, também, apresentar as normas internacionais e regionais protetivas da mulher.

A igualdade entre os sexos decorre do reconhecimento na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) da dignidade de *todas* as pessoas humanas, independentemente das diferenças culturais, sociais, etárias, étnicas, de cor e de sexo. O valor intrínseco do ser humano mora em sua própria humanidade e não pode ser “negociado” como coisa. Assim, a digni-

dade da pessoa humana deverá ser o centro da proteção jurídica, rompendo fronteiras e concepções obsoletas de soberania do Estado. A adesão à concepção kantiana de dignidade transforma o eixo da interpretação do direito, afastando o estrito positivismo e exigindo dos ordenamentos jurídicos internos Cartas de Direitos Fundamentais como pressupostos de legitimidade das ordens jurídicas internas. Há uma mudança de paradigma do conceito de cidadania. A partir desse ponto, todas as legislações fundamentadas em relações de poder passam a ser questionadas, e os grupos minoritários amparados e protegidos em suas diferenças, visando ao combate às desigualdades sociais.

O tripé direitos humanos — democracia — desenvolvimento é pressuposto para a eliminação das relações de opressão e desigualdade reinantes no mundo contemporâneo.

A igualdade entre mulheres e homens afronta velhos padrões “cristalizados” pelas relações autoritárias das sociedades urbanas, principalmente nos países latino-americanos, cuja cultura machista provém do modelo de sociedade paternalista.

No Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, durante a vigência da Constituição de 1946, a igualdade entre os sexos foi assegurada pelas Constituições, mas os conceitos de nacionalidade e cidadania sugeriam o não-reconhecimento da aptidão feminina à participação política.

O voto feminino, conquistado com o Código Eleitoral e a Constituição de 1934, apenas permitiu o aumento do eleitorado, pois a efetiva participação feminina nos Poderes Legislativo e Executivo estava reduzida a números irrisórios. Ainda hoje se faz necessária lei que propicie “reserva” para a eleição de membros femininos nos pleitos, por exemplo, a Lei n. 9.504/97. Entretanto, avanços significativos vêm sendo verificados com a adoção de ações afirmativas; esperanças afloram com a análise do crescente índice de participação e eleição das mulheres. No plano internacional, em 2006, pela primeira vez na história foram eleitas mulheres para o cargo máximo de seus países: Chile, Libéria e Alemanha elegeram, respectivamente, Michelle Bachelet, Ellen Johnson Sirleaf e Angela Merckel, ou seja, América do Sul, África e Europa.

Destaca-se, também, no âmbito internacional, nos Estados Unidos da América, a figura emblemática de Condolessa Rice.

O reconhecimento da participação feminina na política parece significar a conquista paulatina do espaço público pela mulher, ou mais, do espaço de comando da sociedade: o governo do Estado. Pesquisas apontam para a baixa efetividade da participação feminina nos cargos de maior destaque, por exemplo, os de embaixadora. Entretanto, ainda no espaço público, a relação de trabalho merece destaque.

A Constituição de 1934 garantiu a proteção ao mercado de trabalho para as mulheres e a igualdade salarial para as mesmas funções exercidas por mulheres e homens em iguais condições. Entretanto, os critérios visando à igualdade entre os sexos na admissão foram consagrados apenas a partir da Constituição de 1967, revelando um longo caminho para a aceitação da mulher como trabalhadora. Cabe destaque à Lei n. 9.799/99, responsável pela inclusão de capítulo especial na Consolidação das Leis do Trabalho, destinado à proteção do trabalho feminino. Ressalte-se, ainda, a edição da Lei n. 10.244/2001, que revogou a proibição de realização de horas extras para mulheres, afastando a idéia de fragilidade relacionada ao estereótipo feminino, o que na prática significava limitação à jornada de trabalho da mulher.

Portanto, o trabalho feminino necessita, ainda, da proteção legislativa para combate às discriminações e incentivos destinados a sua manutenção e crescimento. Os tratados internacionais e regionais, bem como as convenções elaboradas pela Organização Internacional do Trabalho, denotam a preocupação da comunidade internacional com a situação da mulher. Reitere-se a imprescindibilidade da força produtiva feminina na economia mundial e, consequentemente, no desenvolvimento social.

Após um breve relato sobre o papel da mulher no âmbito público, abordando a nacionalidade, a cidadania e o trabalho, convém analisar, em linhas gerais, a questão da valorização da mulher no âmbito privado.

A dicotomia entre o espaço público e o privado constitui desafio a ser enfrentado, pois dificulta a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos da mulher. Entretanto, a divisão neste estudo desafia a equivocada idéia do espaço privado como o “campo de domínio feminino”. Nesse tema há premente necessidade de quebrar certos paradigmas culturais. Assim, embora em regra se imagine a figura feminina como a “rainha do lar”, a análise da evolução jurídica revela a mulher relegada a segundo plano também no âmbito doméstico.

Embora consagrada a igualdade entre os sexos nas Constituições de 1934, 1946 e 1967/69, será a Constituição Cidadã o documento jurídico mais enfático quanto à igualdade entre mulheres e homens no Brasil. Ao assegurar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, bem como no planejamento e direção familiar, a Constituição garantiu à mulher a equiparação em todos os direitos reconhecidos ao homem. A família não mais é chefiada pelo “marido” com a colaboração da “esposa”: ambos exercem igualmente a direção do lar, as responsabilidades e direitos na relação familiar. A democracia desponta juridicamente nos lares brasileiros após quase quinhentos anos de inauguração do Estado. Entretanto, como nesse período ainda vigorava o Código Civil de 1916, e dada a tradição civilista dos intérpretes da lei (também em decorrência do regime autoritário vigente no País por quase vinte anos), leis contrárias ao mandamento constitucional, embora inconstitucionais, por muito tempo ainda permaneceram reafirmando o entendimento não igualitário nas relações domésticas. Com a promulgação do novo Código Civil e sua vigência a partir de 2003, a transformação efetiva nas relações privadas promete crescer.

Outro ponto relevante para a análise dos direitos da mulher no espaço privado é a violência doméstica, que permaneceu oculta aos olhos do legislador penal por décadas. Superada a etapa da bárbara aceitação da tese de “legítima defesa da honra do marido traído”, o legislador concedeu ao Juizado Especial Criminal competência para a aplicação de penas alternativas ao agressores de mulheres, restando muitas vezes o pagamento de “cesta básica” como condição para a suspensão do processo criminal. Em 2001 o Brasil sofreu pela primeira vez condenação em nível regional, no caso Maria da Penha, que ensejou a criação da Lei n. 11.340/2006. Note-se a relevância da Convenção de Belém do Pará para a alteração da legisla-

ção interna do Brasil, resguardando a mulher da violência sofrida em sua própria residência, em regra pelo próprio parceiro.

A influência da comunidade internacional possibilitou a garantia para milhares de mulheres brasileiras da aplicação de uma pena efetiva e proporcional aos gravames causados pelo infrator nos casos de violência doméstica. Assim, destaca-se a importância dos direitos humanos, que ultrapassam fronteiras e exigem dos ordenamentos internos providências efetivas para a garantia da real cidadania.

Portanto, demonstrou-se a necessidade de proteger a mulher tanto no âmbito público como no privado, reconhecendo-se nesse espaço a urgência da efetividade da igualdade, por constituir a referência primeira do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Assim, este Capítulo primeiro passa a elencar algumas conclusões:

- a) existe o reconhecimento jurídico da igualdade entre mulheres e homens, principalmente após a Constituição de 1988, fundamentado na dignidade da pessoa humana;
- b) a evolução jurídica propiciou a conquista de direitos para a mulher; trata-se de um contínuo processo de combate à discriminação em razão do sexo e incentivo à promoção da mulher em todos os setores sociais;
- c) o reconhecimento dos direitos humanos para as mulheres é pressuposto para a democracia e o desenvolvimento social, mas requer a mudança de velhos paradigmas fundamentados nas relações de poder e opressão masculina;
- d) o direito civil, penal e trabalhista deve reconhecer em suas normas o princípio constitucional da igualdade entre os sexos, inclusive os provenientes dos tratados internacionais e regionais como direitos fundamentais, ou seja, como normas constitucionais de aplicabilidade imediata;
- e) a interpretação da legislação infraconstitucional não pode afastar o princípio da igualdade, sob pena de inconstitucionalidade;
- f) políticas específicas para a “compensação de desigualdades de oportunidades” sofridas pelas mulheres devem ser implementadas como incentivo aos direitos da mulher;

g) a dicotomia entre o âmbito público e o privado quanto aos direitos da mulher deve ser enfrentada, sob pena de não-integralidade dos direitos humanos e sua subsequente ineficácia;

h) é premente um estudo sobre a efetividade jurídica dos direitos da mulher.

O próximo Capítulo será iniciado com a seleção de um campo e um tema para o exame da efetividade jurídica dos direitos femininos no Brasil.

2. A jurisprudência nas questões de direito de família

2.1 Considerações preliminares

A proposta deste capítulo é o estudo da efetividade jurídica dos direitos da mulher brasileira. Após descrevê-los, no capítulo anterior, sob os prismas internacional, constitucional, civil, penal e trabalhista, neste momento se impõe a opção metodológica por um único ramo do direito a fim de facilitar o estudo e a subsequente análise da efetividade das normas jurídicas. A escolha do direito civil, especificamente do direito de família, para objeto da presente pesquisa merece esclarecimentos.

Neste estudo, o exame da eficácia dos direitos da mulher recai no campo privado, por se reconhecer neste a semente da real igualdade entre os gêneros, que, só então, imagina-se, poderá ser transportada para o campo público em condições similares. A equidade entre os sexos pressupõe a eficácia dos direitos no plano privado, alterando velhos paradigmas discriminatórios, como a rigidez nas funções desempenhadas por mulheres e homens no âmbito doméstico, originárias de desigualdades na família e na sociedade.

Os principais desafios para a implementação dos direitos da mulher consistem em erradicar a discriminação e assegurar a igualdade entre os sexos, tanto no espaço público quanto no privado. Entretanto, no âmbito doméstico se apresentam as maiores desigualdades entre os gêneros, agravadas pelo resguardo e sigilo das relações privadas. Justifica-se, assim, o recorte metodológico no direito de família, ramo do direito no qual se revelam as funções sociais atribuídas aos gêneros e legitimadas pela sociedade por meio das normas jurídicas e de sua interpretação.

A Constituição de 1988, atribuiu ao homem e à mulher *status* de igualdade na família e na sociedade, embora se imponha a necessidade de garantir e não apenas reconhecer essa iso-

nomia. Assim, a análise da jurisprudência, neste trabalho, demonstrará o “grau” de efetividade jurídica alcançado. Em muitos pontos se tornarão evidentes questões culturais de poder e dominação entre os sexos, por exemplo, na manutenção de funções específicas para homens e mulheres na família, nos estereótipos de “mãe afetiva” e “pai provedor”, bem como nos parâmetros utilizados para a interpretação da “conduta desonrosa” masculina e feminina, entre outros.

A análise dos casos concretos busca investigar as seguintes questões: 1ª) Há eficácia dos direitos da mulher, no âmbito privado, na sociedade brasileira? 2ª) A crescente “realização” dos direitos femininos é um processo real ou apenas aparente? 3ª) Como proporcionar a igualdade numa sociedade desigual sem passar de sujeito discriminado a discriminador? O estudo de casos que possibilitem a investigação da isonomia entre mulheres e homens demonstrará o “movimento” dessa efetividade.

2.2 Critérios e indicadores para a pesquisa dos casos concretos

A interpretação da eficácia dos direitos da mulher voltar-se-á para fatos concretos relativos ao direito de família, julgados pelo Poder Judiciário brasileiro desde 1989 até 2006. O princípio da igualdade será o norte para a investigação empreendida neste estudo.

A interpretação desse princípio segue as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Joaquim Gomes Canotilho e Boaventura de Sousa Santos, conforme o item 1.4 do Capítulo I.

Reiterando, utilizar-se-ão as concepções de igualdade: 1ª) como relação lógica entre o critério adotado pela lei para distinguir homens e mulheres e sua finalidade, e também sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com a premissa elaborada por Bandeira de Mello; 2ª) na concepção de princípio de justiça social e compensação da desi-

gualdade de oportunidades ensinada por Canotilho e 3ª) na concepção de nova cidadania delineada por Boaventura de Sousa Santos, qual seja, o reconhecimento da diversidade e da necessidade de diálogo entre as partes, bem como o combate à discriminação geradora de desigualdades. Assim, a compreensão da igualdade jurídica será abordada sob três principais pontos de vista: o critério lógico entre a discriminação e sua finalidade, a compensação de desigualdades e o combate à intolerância perante as diversidades.

Neste trabalho, como analisar os pilares da igualdade com o intuito de examinar a questão da isonomia entre mulheres e homens? Três critérios serão empreendidos: 1º) a busca de exemplos no Texto Constitucional brasileiro como paradigma; 2º) os conceitos e medidas firmados nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; 3º) a interpretação mais adequada para garantia de eficácia às normas jurídicas existentes.

Em relação ao primeiro critério, tentar-se-á compreender a “equação” de igualdade estabelecida pela Constituição, na tentativa de transportá-la para as decisões judiciais pós-1988. No segundo critério, ao empreender a análise das medidas e dos conceitos elaborados pelos tratados internacionais de direitos humanos, o foco da discussão e o objeto de análise serão a implementação de novas decisões políticas acrescentadas ao ordenamento jurídico, bem como a imprescindível mudança de paradigma na interpretação do direito por seus agentes operantes. No terceiro e último critério, linhas gerais sobre interpretação serão apresentadas, bem como apontado o método mais adequado para seu estudo.

Com base em pesquisa na jurisprudência, realizada na *Revista dos Tribunais*⁷⁸, edições de 1988 a 2006, analisar-se-ão casos concretos sobre a guarda de crianças e adolescentes, separação judicial e pensão alimentícia entre cônjuges, questões nas quais se apresenta, quase sempre, referência direta à responsabilidade dos cônjuges perante seus familiares *versus* um limite ou extensão aos direitos individuais das partes litigantes. A *Revista dos Tribunais* foi escolhida por sua importância na comunidade jurídica nacional e também pela abrangência

⁷⁸ RT. *Índice Geral da Revista dos Tribunais*; volumes 531 a 830 (1980 a 2004). RT Index 5.0. e pesquisa direta nos volumes de 2005 até outubro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. CD-ROM.

dos acórdãos por ela selecionados: as principais decisões dos Tribunais de Justiça brasileiros estão compiladas em seus volumes.

Resta fixar os indicadores objeto de análise na jurisprudência, ou seja, em que medida a “igualdade” será examinada em relação à guarda dos filhos, à separação judicial e à ação de pensão alimentícia entre os cônjuges. Para cada uma das matérias importa empreender indicadores específicos.

Neste ponto, as diversas faces da igualdade serão analisadas segundo conceitos dos autores mencionados, que transformamos em perguntas a fim de direcionar o estudo da efetividade do princípio da igualdade. Assim, passa-se agora a descrever o “formato” da pesquisa, ou seja, a “ficha” elaborada para o exame dessas questões, em conformidade com os critérios e indicadores descritos.

2.3 O formato da pesquisa

Ao elaborar o formato desta pesquisa, dificuldades se apresentaram, na medida em que os indicadores não se encaixaram com precisão nas decisões judiciais. Por vezes as perguntas parecem não resolvidas, entretanto o princípio da igualdade entre homens e mulheres na família é o objeto da investigação.

Inicialmente a legislação em vigor a respeito do tema será mencionada, com ênfase nas normas constitucionais. A descrição dos fatos será representada pela ementa oficial e também pelos trechos relevantes dos acórdãos sob investigação. As questões indicadoras serão lançadas de forma direta, isto é, sem referência à adaptação do pensamento dos autores a seus conceitos de igualdade; as respostas serão sugeridas de acordo com a análise das decisões. Comentários parciais serão feitos ao final de cada acórdão, e as considerações finais concluirão o tema em estudo.

Em suma, a investigação jurisprudencial apresentará a seguinte configuração: 1) legislação internacional e nacional aplicáveis; 2) perguntas adaptadas aos pensamentos dos autores, como forma de indicadores da pesquisa; 3) descrição dos fatos (ementa oficial); 4) destaque de trechos relevantes dos acórdãos; 5) comentários parciais; e 6) comentários finais.

No total foram pesquisadas 223 ementas, sendo 52 sobre guarda de crianças e adolescentes, 84 sobre separação judicial e 87 sobre alimentos entre os cônjuges. Desse total de ementas foram selecionados 20 acórdãos, sendo 8 sobre guarda, 6 sobre separação e 6 sobre alimentos. Os critérios para a seleção foram: 1º) acórdãos nos quais presentes litígio entre homens e mulheres no direito de família e 2º) temas em que a “função” da mulher como mãe ou esposa é analisada pelo Tribunais, produzindo consequências jurídicas.

A análise empreendida nos acórdãos selecionados busca averiguar: a) a distribuição de deveres e direitos entre homens e mulheres na família; b) a manutenção ou rejeição de estereótipos relativos aos papéis sociais masculinos e femininos na sociedade; c) a evolução temporal na interpretação da lei.

Destaca-se a importância dos indicadores como “marcadores da investigação”, e não necessariamente como questões a serem rigorosamente respondidas. Os indicadores atuam, neste estudo, em função do exame da igualdade entre os sexos.

2.4 Os indicadores da pesquisa

Ao pesquisar e reunir acórdãos relativos à guarda de crianças e adolescentes, separação judicial e pensão alimentícia entre cônjuges, perguntas serão adaptadas aos conceitos de igualdade segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, José Joaquim Gomes Canotilho e Boaventura de Souza Santos.

1) Quanto à guarda de crianças e adolescentes:

Lançando mão da noção de isonomia de Celso Antônio Bandeira de Mello, investigar-se-á a relação lógica entre as condições legais para a concessão da guarda dos filhos aos pais e o resultado dessa decisão. Assim, nos casos práticos, verificar-se-á se os fatos considerados relevantes pelos julgadores para a concessão da guarda se relacionam ao interesse dos filhos ou à manutenção das “funções sociais” desempenhadas por homens e mulheres no seio familiar.

Criando um quesito, com base nesse conceito de igualdade, sugere-se: A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Tais condições atendem ao interesse dos filhos ou apenas mantêm “velhos” conceitos sobre a função desempenhada pelo homem e pela mulher na família?

Da mesma forma, seguindo esse padrão, o quesito elaborado com base na lição de Gomes Canotilho – fundamentada na compensação de desigualdades entre homens e mulheres – examinará a distribuição entre deveres e direitos para os genitores separados, buscando responder: existe proporcionalidade na contribuição financeira e na fixação do direito de visita ao cônjuge não detentor da guarda do menor? Neste ponto, o quesito será assim fixado: quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, como se calcula o *quantum* com o qual a outra parte contribui?

A adaptação do pensamento de Boaventura de Sousa Santos, ou seja, a análise do combate às desigualdades, bem como do respeito à diversidade entre homens e mulheres, será expressa nos seguintes quesitos: 1) as decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação dos filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei, ou polarizam as responsabilidades do cônjuge guardião e de seu ex-consorte? 2ª) pai ou mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda? As idéias originárias desses quesitos são a investigação da existência de estereótipos como “mãe afetiva” e “pai provedor” e da influência destes nas decisões dos Tribunais brasileiros, e também a análise da responsabilidade conjunta dos pais no desenvolvimento dos filhos.

2) Quanto à separação judicial:

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o quesito definido é: a atribuição de “culpa” a um dos cônjuges obedece aos mesmos critérios quando o “infrator dos deveres legais” é mulher ou homem? Ou seja, os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

Em conformidade com Gomes Canotilho, a pergunta-chave será: quando se decreta a culpa pela separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, dessa culpa ou outros fatores são analisados?

Recorrendo à concepção de igualdade de Boaventura de Sousa Santos, convém o seguinte quesito: se ambos os litigantes parecem “culpados”, como se dá a decretação da separação? Além disso, ao investigar as causas da separação, bem como a interpretação dos papéis sociais masculinos e femininos nas relações familiares, questiona-se: quando mulheres ou homens deixam a casa, isso, efetivamente, constitui abandono do lar? O abandonar o lar “pesa” mais para a mulher na decretação da culpa na separação?

3) Quanto à pensão alimentícia entre os cônjuges:

Para analisar a igualdade segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, considerando o critério da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante, bem como a sempre possível alteração dessas condições para o recebimento e a prestação da pensão, pergunta-se: o recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra fonte de renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia para a ex-esposa, uma vez que ele constituiu outra família?

Na concepção de Gomes Canotilho, a compensação de desigualdades pode ser analisada da seguinte forma: quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

Para Boaventura de Sousa Santos, buscando o convívio com a diversidade e o combate às discriminações, o quesito será: quando ambos trabalham, concede-se a pensão para qualquer deles? A ideia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

2.4.1 Guarda de crianças e adolescentes

Pesquisa realizada na jurisprudência da *Revista dos Tribunais* de 1989 a 2006. As palavras-chave utilizadas foram “guarda” e “menor”. Foram examinadas 52 ementas, dentre elas selecionando 8 acórdãos – 2 a mais em relação aos próximos temas, dada a maior diversidade de elementos a serem analisados –, lançando mão dos critérios acima mencionados, ou seja, o litígio entre o pai e mãe, buscando detectar os parâmetros dos julgadores para suas decisões finais. O objeto da investigação é a efetividade jurídica dos direitos da mulher à luz das tendências predominantes e minoritárias no tema.

Para a análise jurídica dos casos a seguir enumerados, atentaremos para a legislação internacional, regional e nacional, bem como para a interpretação integradora, concebendo o direito como um todo na busca pela maior efetividade possível das normas jurídicas.

1) Legislação:

CEDAW - Artigos: 1º; 2º, c, d; 4º, 1 e 2; 5º, a, b; 15.1, 2, 4; 16, c, d, e, f.

Convenção Americana de Direitos Humanos – Artigos: 17.4, 17.5; 24; 32, 1 e 2. Convenção de Belém do Pará – Artigos: 4º, c, e, f; 6º, a, b; 8º, b.

Constituição brasileira de 1988 – Artigos: 1º, III; 3º, III e IV; 4º, II; 5º, *caput*, I, § 1º e 2º; 226, *caput*, § 5º, § 7º e § 8º.

ECA (Lei 8.069/90) Artigos: 28, § 1º, 161, § 2º.

Código Civil de 2002 – Artigos: 1.583 a 1.590, 1.632, 1.634 a 1.638.

2) Indicadores adotados segundo o conceito de igualdade dos autores respectivos:

1ª pergunta – Celso Antônio Bandeira de Mello – A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas, ou outras condições, guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

2ª pergunta – Gomes Canotilho – Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte contribui?

3ª pergunta – Boaventura de Sousa Santos – As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação do filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

4ª pergunta – Boaventura de Souza Santos – O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

Caso 1

(RT 653/99)

TJSP – 1990

Ementa oficial: Guarda de filho. Casal separado. Filho na companhia da mãe. Direito de visitas do pai. Mudança de domicílio da mãe para o Exterior. Irrelevância. Embora para o Exterior, a mudança de domicílio da mulher separada, ou divorciada, que tenha a guarda do filho não constitui impedimento juridicamente considerável ao exercício do direito (*rectius*, dever) paterno de visitas, e, por conseguinte, a menos que importe reflexos nocivos à guarda, não é razão para modificá-la. Ap. 117.849-1 (segredo de justiça) – 2ª C. – j. 20.02.90 – rel. Des. César Peluzo.

Destaque de trechos do acórdão:

É coisa evidentíssima que, dissolvida a sociedade conjugal, só à mulher concerne, tirante as raras exceções da lei, deliberar a respeito da fixação de seu domicílio, inclusive no Exterior, e, se lhe foi confiada, na separação, consensual ou não, a guarda dos filhos, terão estes por domicílio necessário, enquanto incapazes, o que venha ela a fixar (art. 36 do CC). Não pode o pai interferir na liberdade da deliberação da mãe, nem na sua repercussão automática sobre o domicílio forçoso da prole, sob o argumento de ter preeminência no uso do pátrio poder, ou de a mudança embaraçar-lhe o exercício do direito de visitas.

O primeiro argumento é frouxo, porque, se o disposto no art. 380 do CC já não tivesse perdido, como perdeu, o fundamento de validade normativa à superveniência do art. 226, § 5º, da vigente CF, que é aplicação particularizada do princípio da igualdade (art. 5º, I), de qualquer modo não incidirá no caso, onde a liberdade de escolha do domicílio dos filhos menores, enquanto consequência jurídica inelutável da liberdade de escolha do seu, é prerrogativa inerente aos poderes constituídos do dever de guarda, acordado ou imposto na separação (art. 381 do CC), e, como tal, representaria clara restrição da lei à caduca primazia do pai no exercício do pátrio poder. E a correta premissa de que, já não vigente o art. 380, continuam os genitores a exercer em conjunto e pé de igualdade o mesmo poder (que é, antes, um feixe de deveres), após a separação e o divórcio, em nada altera a conclusão do raciocínio. O poder de assentar o domicílio forçado dos filhos é, ainda agora, elementar de sua guarda. [...]

Cuida-se, porém, de óbvia circunstância de fato. [...]

O uso incondicional e legítimo da liberdade de escolher seu domicílio, a qual não é senão uma das expressões jurídicas da autonomia da concreta pessoa moral e do respeito absoluto, enquanto o primeiro e fundamental princípio de validade, e mesmo de justificação, do direito. [...]

As provas demonstram que a companhia materna tem respondido a todas as exigências morais e materiais da criança [...].

É velha e aturada a orientação de que, revelando-se satisfatória a situação do filho, sob guarda definida de fato ou de direito, não se deve modificá-la, a menos que surjam graves razões em contrário.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas, ou outras, condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

Neste acórdão o litígio versava sobre direito de visita do pai, que alegava que estaria prejudicado com a mudança de domicílio da ex-esposa para o exterior. Há uma tensão entre o direito de fixar domicílio da mãe – consequentemente estendido ao filho – e o direito de visita e convívio do pai com a criança.

Interessante destacar a ênfase ao direito de fixar domicílio da mulher como predominante no acórdão, fundamentada no princípio da igualdade entre os gêneros (arts. 226, § 5º, e 5º, I, da CF) e pela derrogação da primazia paterna na família. Houve análise do interesse da criança ao averiguar que a companhia materna vem suprimindo as necessidades da criança e, portanto, a guarda não deve sofrer alteração. A decisão afirma o interesse do filho em tenra idade – provavelmente bebê – de permanecer com a mãe e reconhece a liberdade da mulher para fixar seu domicílio, independentemente da anuência do ex-marido.

O julgado não altera a guarda porque confirma a ausência de razões jurídicas para tanto. Prevalece, assim, a liberdade da mulher para fixar domicílio em face dos interesses paternos de visita ao filho.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte deve contribuir?

O prejuízo ao direito de visita do pai é o fundamento para requerer a guarda neste acórdão, que foi improvido. O direito de visita restou prejudicado diante do direito fundamental de liberdade da mulher em fixar domicílio, inclusive no exterior. Nenhuma outra medida para mitigar o afastamento de pai e filho é mencionada; nem sequer foram regulamentados períodos de visita ou qualquer outra forma de contato entre eles. Não há referência à pensão alimentícia.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação do filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

A decisão ressalta a igualdade perante a Constituição, informando que a derrogação do art. 380 do CC/16 decorre do art. 226, § 5º, da CF, que é aplicação “particularizada do princípio da igualdade” previsto no art. 5º, I. Embora reconheça expressamente a igualdade entre os sexos, não distribui os deveres para os pais quanto à educação dos filhos.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

Parece prevalecer o interesse do menor, pois a ênfase dada ao direito da mulher de fixar livremente seu domicílio zela pela manutenção da guarda, que vem atendendo às necessidades materiais e morais da criança. Alterá-la, por essa razão, não coaduna com o interesse do filho, mas sim com a pretensão paterna.

Comentários parciais: Este acórdão cita expressamente a igualdade entre mulheres e homens nas relações familiares e veda a pretensão paterna de manutenção do “pátrio poder”, pois derogado o art. 380 do Código Civil de 1916 em face da igualdade entre os sexos, conforme previsão constitucional no art. 5º, I, e no art. 226, § 5º. De forma objetiva, o acórdão garantiu o direito fundamental da mulher separada de fixar domicílio, mesmo quando resulte subsequente alteração de domicílio dos filhos sob sua guarda, importando dificuldade das visitas paternas. Como menciona o acórdão, são “circunstâncias de fato” que causam embaraço

às visitas, mas não a impedem. O interesse do menor é assegurado por meio da confirmação de que a mãe propicia as condições materiais e morais imprescindíveis para o bom desenvolvimento da criança, portanto não há motivo para alteração da guarda.

Destaque-se, entretanto, que a responsabilidade conjunta dos pais quanto ao filho não deve apenas ser expressa em palavras: instrumentos devem proporcionar maior efetividade dessa igualdade. A regulamentação de visitas, a fixação de pensão alimentícia, as diretrizes educacionais e o freqüente contato afetivo entre o filho e o cônjuge não detentor da guarda devem ser de alguma forma fixados da forma mais eqüitativa possível entre os cônjuges. A isonomia deve ser realizada na proporcionalidade e razoabilidade das decisões e medidas judiciais.

Caso 2

(RT 673/63)

TJSP – 1991

Ementa oficial: Se o menor portador de doença mental se encontra há muito tempo em companhia do pai e com ele vive bem, recebendo o carinho de que necessita e encontrando-se em perfeitas condições evolutivas de recuperação, inexistem motivos para se desarticular a situação já criada, deferindo a guarda para a mãe. O que deve prevalecer é o interesse do menor. São os interesses materiais e morais dos filhos que decidem, em qualquer caso, a disciplina da guarda, como aplicação particularizada do princípio geral. Ap. 147.039/4 (segredo de justiça) – 6ª C. – Férias “B” – j. 16.7.91 – rel. Des. Régis de Oliveira.

Destaque de trechos do acórdão:

A estrita conveniência dos interesses de ‘A’ é que deve prevalecer, inexistindo direito das partes a ser tutelado. O direito é da menor. [...]

Embora o primeiro movimento anímico de todos seja a entrega da filha à mãe, com quem pode conversar sobre problemas íntimos das mulheres, com quem possa trocar gestos de carinho, com quem possa até cochichar sobre ousadias de comportamento, o caso dos autos revela aspectos especiais. [...]

Se tivesse capacidade intelectual plena, se seus sentimentos batessem no mesmo ritmo das pessoas do mundo das normalidades, talvez tivesse necessidade da efetiva presença da mãe e com permanência duradoura.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

Entendeu-se que pai e mãe apresentavam perfil de pessoas responsáveis. A decisão fundamentou-se na prevalência do interesse do menor. Há coerência entre a manutenção da guarda com o pai e o bem-estar da criança especial, pois ficou provada a ampla assistência paterna à filha, tanto material como moral, e a grande necessidade de rotina para o desenvolvimento das crianças portadoras da Síndrome de Down, bem como o retrocesso diante das mudanças bruscas de vida.

A condição financeira do pai consta subentendida no acórdão, que menciona que aquele propicia uma das melhores escolas especiais para a menor, psicólogos e tratamento personalizado à filha especial. Também ressalta o excelente relacionamento entre pai e filha. “F. assevera que o carinho da menor pelo pai é muito grande e quando ela ouve o barulho da porta ‘corria ao seu encontro, agradava o pai’ (pág. 64).”

Não se investigou se a mãe poderia proporcionar as mesmas condições benéficas à filha, pois o argumento central do acórdão foi o progresso apresentado pela criança devido a sua rotina de vida. Nada consta sobre a condição financeira da mãe. Quanto ao contato entre esta e a filha, durante as visitas, período em que a mãe “leva a criança”, o acórdão menciona o depoimento de “G.”, pessoa que cuida da menina: “esclarece que sempre que a criança retorna do contato com a mãe, ela ‘se fecha’. Esclarece que ‘A’ é autista, e o autista quando não quer reconhecer o lugar onde ele está, ele se fecha no mundo dele. Então, todas as vezes que ela

volta de lá, ela fica no mundinho dela, eu levo dois dias para trazê-la de volta”, encerra a depoente.

A função social do homem e da mulher na família é revista neste acórdão para o alcance do efetivo bem-estar da menor.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte deve contribuir?

Neste caso não foram estabelecidos direitos de visita ou pensão alimentícia da mãe para a filha. Ao pai coube a guarda, com seus deveres e direitos, e à mãe não foi fixada nenhuma obrigação. Não houve proporcionalidade de responsabilidades. Também não se tentou aumentar o convívio entre mãe e filha, buscando trazer a mãe para junto da criança. Alternativas outras de divisão de responsabilidade não foram sugeridas pelos julgadores.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação do filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

Embora em tese se reconheça a responsabilidade dos pais e mães, neste caso ao pai coube a guarda e da mãe nenhuma obrigação foi exigida. A necessidade de contato entre mãe e filha foi sugerida (*vide* trecho em destaque) apenas para “pessoas normais”, não sendo realizada no presente acórdão. O princípio da igualdade não foi expressamente mencionado.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

Neste caso o interesse do menor foi bem investigado, pautando-se nas realizações do pai em benefício da filha, objetivando o bem-estar desta. Superou-se o estereótipo cultural “filhos devem ficar com as mães”, mesmo que nada desabonasse a mulher. Entretanto, a idéia

de que “se a criança pertencesse ao mundo da normalidade deveria ficar com a mãe” sugere a excepcionalidade da concessão da guarda ao pai.

Comentários parciais: O acórdão, à primeira vista, observou o interesse da infante especial e as realizações do pai para o bom desenvolvimento da filha. Entretanto, não investigou as condições da mãe para suprir em igualdade de condições as necessidades da filha. Justifica a decisão com a imprescindibilidade da rotina na vida dessa criança especial. Quebra o estereótipo “criança deve ficar com a mãe”, mas sugere uma excepcionalidade dessa interpretação pela condição especial da filha.

A decisão não menciona a paternidade/maternidade como responsabilidade conjunta, nem busca equilibrar deveres e direitos entre as partes. Reconhece a importância da rotina para o desenvolvimento da criança com o distúrbio em questão, mas não experimenta a inclusão da mãe na rotina infantil, nem fixa outros deveres – como pensão alimentícia e visitas regulares – para a mãe. Também constitui interesse da criança a relação com a mãe e um crescente desenvolvimento de laços afetivos entre elas.

Caso 3

(RT 694/161)

TJMG – 1993

Ementa oficial: se a mulher não teve a pecha de mau comportamento e se é boa mãe, embora tenha falhado como esposa, ao praticar adultério, a ela deve ser conferida a guarda do filho, pois o interesse e bem-estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino, sobretudo tendo-se em conta que a profissão do pai o leva a estar sempre ausente de casa. Ap. 87.835/4 – 4ª C – j. 13.8.92 – rel. Des. Francisco Figueiredo.

Destaque de trechos do acórdão:

Se a criança passa a ter, existencialmente, os pais separados, entendo não ser a melhor solução, considerando a sua idade, dar a guarda para o pai. [...]

O pai – o autor – é caminhoneiro e, obviamente, está sempre ausente pelas viagens.

[...] os avós não são partes neste processo; segundo, porque não existe nada que tenha pesado no comportamento da mãe; e terceiro, porque a retirada da guarda da mãe seria a retirada do ponto de equilíbrio desta família (já que não existe separação legal nem divórcio entre pais e filhos). [...]

Tratando-se de uma menina, aconselha a boa razão que fique em companhia da mãe, que naturalmente saberá dedicar a ela o carinho e os cuidados próprios de sua condição feminina.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

As condições favoráveis à mãe foram: boa conduta como mãe, presença freqüente na vida da filha e bom ambiente familiar. O fato de ter sido considerada “culpada” por adultério na separação foi desconsiderado pelo relator, mas mencionado no voto vencido. Quanto ao pai, ressaltou-se sua constante ausência no lar devido ao exercício da profissão, deixando a criança aos cuidados dos avós. Não se investigou sua boa conduta como pai. A seu favor foi afirmada a “inocência” na decretação da separação judicial no voto vencido.

Considerando-se que a guarda foi concedida à mãe pela sua presença efetiva na vida da criança em contrapartida à ausência do pai, houve coerência na decisão, observando-se o interesse da menor em gozar da companhia do ascendente mais presente em sua vida. Há fortes indícios de que a decisão guarda relação lógica não somente com o interesse da menina, mas também com a idéia da função da mãe na família.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte deve contribuir?

Fixou-se um salário mínimo como pensão alimentícia do pai para a filha e divisão de custas e honorários. Não se pode analisar a proporcionalidade, pois não houve menção às condições financeiras da mãe, nem às necessidades da filha. Mas, considerando a profissão paterna – caminhoneiro – e o fato de a menina passar a residir com a mãe, ficando as despesas ordinárias por conta desta, parece razoável. A divisão de custas e honorários pressupõe uma divisão entre as partes processuais e o julgamento parcial da lide. Quanto às visitas, o fato de a menina conviver diariamente com a mãe e todos os finais de semana com o pai parece sustentar uma proporção satisfatória e que respeita as possibilidades da profissão paterna.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação do filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

Interessante o exame da divisão das responsabilidades neste caso. À mãe coube a guarda e os custos com a vida cotidiana; ao pai, a pensão fixada em um salário mínimo; a convivência diária com a filha restou assegurada à mãe, ficando o direito de visita do pai garantido todos os fins de semana, período em que possui tempo disponível para a criança. A visita parece bem regulamentada. A presença e a ajuda dos avós paternos e maternos são respeitadas como nova realidade, mas subsidiariamente, pois os responsáveis efetivos pela criança são os genitores, conforme ressalta o acórdão. Há, nesta decisão, a preocupação de distribuir os deveres da maternidade e paternidade.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

As qualificações de cada um dos pais são investigadas, bem como é afastada a punição da mulher pela infidelidade durante o casamento, entendendo que a penalidade recairia sobre a

criança inocente. A conduta como mãe é devidamente separada da imagem da esposa infiel. Entretanto, em voto em apartado, o Ministro B. acrescentou que a guarda deveria ser concedida à mãe porque a menina necessita do “carinho e os cuidados próprios de sua condição feminina”. Ou seja, “filha mulher” deve ficar com a mãe. Embora a decisão combata a discriminação da “culpa pela separação” e considere, em primeiro plano, o maior convívio com a mãe como causa para manutenção da guarda, num segundo momento admite que a idade e o sexo da criança influenciam a decisão, isto é, parece considerar o estereótipo da “mãe afetiva”.

Comentários parciais: A decisão parece atender às necessidades da filha ao conceder a guarda à mãe sob o argumento de presença da mãe confrontado com a ausência paterna. O genitor mais presente na vida do filho será, em regra, o mais propenso ao desempenho da guarda. Interessante destacar que a conduta “moral” dos ex-esposos é separada da conduta como pais, admitindo-se a mãe “infidel ao ex-cônjuge” como apta ao exercício da guarda, facilitando a investigação do interesse da filha.

Ressalte-se que este acórdão bem equaciona as responsabilidades paterna e materna ao fixar pensão e visita de forma proporcional, e diferenciar a conduta da esposa da concepção de boa mãe. O acórdão parece buscar a efetiva igualdade entre mulheres e homens na família, sem, no entanto, mencionar o princípio da igualdade. Entretanto, embora por primeiro fundamente a guarda na boa conduta materna e na ausência constante do pai, num segundo momento afirma a idéia de que “menina deve ficar com a mãe” por conta de seu sexo e idade, levantando suspeita sobre os verdadeiros “alicerces” da decisão e mantendo esse estereótipo.

Caso 4

(RT 733/333)

TJMG – 1996

Ementa oficial: É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita. Ap. 48.974/0 – 5ª Câm. – j. 29.02.1996 – rel. Des. Campos Oliveira – DJ 27.05.1996.

Destaque de trechos do acórdão:

Quanto ao mérito, registro que a decisão hostilizada fez uma análise correta dos fatos, ressaltando que a autora e o réu são dignos de terem os filhos em sua companhia, pois não se fez prova válida que pudesse demonstrar a incapacidade moral de cada qual, quando se vê que o pátrio poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe (ECA). [...]

A rigor, não sei se os contendores são tão bons pais como querem fazer crer, em razão da demonstração de egoísmo de que estão possuídos. A hipótese é simples, mas em razão da falta de desprendimento deles, os autos já têm três volumes, alentados com a interposição de vários agravos de instrumento, o que demonstra que não querem facilitar, mas complicar as coisas, procurando um ferir o outro. [...]

E como não se fez restrição válida ao comportamento das partes, não tenho dúvida em afirmar que os filhos menores sempre ficam melhor sob a guarda da mãe, por razões que independem de maiores justificativas.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

O acórdão limita-se a afirmar que pai e mãe são dignos de terem o filho em sua companhia, pois não há provas desabonadoras da conduta moral de ambos. Entretanto, num segundo momento, afirma que os genitores são egoístas e colocam seus próprios interesses à frente dos de seus filhos. O julgador menciona a igualdade de condições entre os ex-cônjuges, mas não investiga a real estabilidade deles – ao contrário, parece desconfiar da “responsabilidade” de ambos.

A decisão não analisa nem confronta a condição financeira e o relacionamento dos pais com os filhos; tampouco investiga a vontade das crianças. Parece sem fundamentos fáticos e jurídicos para decidir e opta pela concessão da guarda à mãe “por razões óbvias” que, entretanto, não são especificadas. Parece justificar a decisão na idéia de que “os filhos devem ficar com a mãe”, alterando a guarda sem citar um único dispositivo legal ou apresentar razões fáticas. O interesse dos menores parece prejudicado em face da idéia de que à mulher cabem a criação e a responsabilidade pelos filhos.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte deve contribuir?

O acórdão confirma o direito de visita do pai fixado na sentença. Acolhe o pedido de pensão alimentícia aos filhos sob o argumento de que o pai é médico conceituado e deve pagar mais, mas reduz o *quantum* requerido pela mãe. Só há menção à possibilidade do pai e não à necessidade dos filhos, nem à manutenção da condição social das crianças; o acórdão tampouco busca proporcionalidade com a contribuição materna, embora reconheça que a mãe trabalha fora do lar.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação do filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

Não neste caso. Não há menção à paternidade e maternidade responsáveis previstas na Constituição, nem à igualdade entre homens e mulheres na família. A concessão da guarda à mulher não segue a critérios legais ou fáticos; a mera confirmação das visitas e a não-proporcionalidade da pensão sugerem uma decisão em que a desigualdade entre os ex-cônjuges parece explícita. Os filhos ficam sob a guarda da mãe por razões “óbvias”, e ao pai cabe sustentá-los apenas financeiramente. O conceito de responsabilidades conjuntas não parece fundamentar a decisão.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

Embora mencionado, não há exame do efetivo interesse dos menores neste caso. Fica subentendida a concessão da guarda para a mãe pelo mero fato de ser mulher, e o dever de prestar pensão alimentícia ao pai por ser homem. A não-regulamentação específica dos dias de visita do pai afronta o direito dos filhos a conviver com ele regularmente, e a não-comparação da pensão alimentícia prestada pelo pai com os ganhos e gastos da ex-esposa também não atendem à isonomia.

Comentários parciais: Esta decisão foi prolatada em 1996, ou seja, na vigência dos mais modernos instrumentos jurídicos sobre a igualdade entre homens e mulheres na família (exceto pelo Código Civil de 1916, ainda em vigor nessa época). A concessão da guarda à mãe não foi justificada. Não houve investigação sobre o efetivo interesse das crianças. O relacionamento entre pais e filhos não foi mencionado, tampouco a opinião dos filhos, nem foi regulamentado com precisão o direito de visita do pai. A pensão foi fixada sem avaliação do binômio “necessidade-possibilidade”, aliado à manutenção da condição social das crianças, e não se considerou que a mãe também trabalha, nem se atentou para o *quantum* da participação desta nas despesas ordinárias dos filhos.

A decisão sugere que os filhos devem ficar com a mãe e o pai deve continuar como provedor do lar, embora deseje os filhos em sua companhia. Há visível predominância dos estereótipos “mãe afetiva e pai provedor”, e a concepção contemporânea de relações familiares afetivas não parece fundamentar o acórdão. As normas jurídicas relativas à igualdade entre os gêneros nem sequer são mencionadas.

A responsabilidade conjunta de pais e mães não se mostra nesta decisão. Parecem polarizar o entendimento as figuras da mãe e do pai, ou seja, as funções familiares de mulheres e homens. Não se sugere a conjunção de deveres e direitos dos ascendentes para com os descendentes.

Caso 5
(RT 747/253)
TJSP – 1998

Ementa da redação: Nas ações de alteração de guarda, ouvida a criança e ausente motivo ponderável a determinar que permaneça com o pai ou com a mãe, não há como deixar de considerar a vontade do menor, o que se coaduna no art. 161, § 2º do ECA. Ap. Civ. 26.951.4/4-00 – Segredo de Justiça – 9ª Câmb. – j. 16.09.1997 – rel. Des. Franciulli Netto.

Destaque de trechos do acórdão:

Apela a vencida pretendendo a inversão da solução dada, sob o fundamento de não ser suficiente a vontade do menor de permanecer em companhia do pai, já que manifestada sob pressão paterna, além de não se encontrar a criança em situação de sobrepor seu real interesse à sua vontade. [...]

Desde a separação judicial do casal convertida em separação consensual, agosto de 1994, foi acordado que os dois filhos do casal ficariam sob a guarda da mãe, ora apelante.

[...] o fato é que desde a época da separação consensual, o menor, cuja guarda é disputada, praticamente sempre ficou em poder do pai. [...]

Dos elementos que emergiram destes autos, incluídos pareceres que penetram nos aspectos psicológicos e de assistência social, ambos os genitores possuem condições morais e materiais, para a guarda e criação do menor, incluídas as afetivas.

[...] o menor tanto para a psicóloga como para a assistente social, assim como perante o MM. Juiz, de forma clara, uniforme e incisiva sempre demonstrou desejo de permanecer sob a guarda do varão. Entre outras razões externadas pela criança, não pode passar despercebida a sua assertiva no sentido de que, quando sob a guarda da mãe, sempre ficava a maior parte do tempo, em verdade, sob os cuidados da avó e da empregada.

Enfim, inexistindo motivo ponderável a determinar que o menor permaneça com o pai ou com a mãe, o melhor é a manutenção da situação atual, colando-se oportuna

observação feita em um dos pareceres: eventual modificação, certamente, acarretaria maior desconforto e possível animosidade entre a criança e o responsável legal.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

O maior convívio entre o filho e o guardião de fato – o pai –, bem como a opinião do menor, foram determinantes para a decisão do Tribunal. Os laudos afirmaram que ambos os pais estavam aptos ao exercício da guarda e confirmaram a “escolha” do filho pela companhia paterna. Há uma relação lógica entre o bem-estar do menor e os critérios adotados no julgamento da apelação.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte deve contribuir?

A visita e sua regulamentação foram fixadas em sentença monocrática, ficando, portanto, impossibilitada a análise da proporcionalidade da contribuição materna e paterna para o desenvolvimento do filho.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação dos filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

Há alteração da guarda, convertida pelo Tribunal pelos fundamentos acima mencionados, e fixação de dias de visita pela sentença monocrática. Portanto, neste caso, não cabe o exame da proporcionalidade da responsabilidade de cada ex-cônjuge na educação do filho. Não parece presente a distribuição de responsabilidades entre pai e mãe. Entretanto, essa afir-

mação merece cuidados diante do não-conhecimento da fixação de visitas e pensão, pois somente analisado o acórdão.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

Parece prevalecer realmente o interesse do filho, pois é retirado da companhia materna e entregue aos cuidados do pai, sem qualquer referência as funções preestabelecidas da mãe e do pai no seio familiar. Ambos os pais são considerados aptos para a guarda do filho, mas prevalece a opinião deste e o fato de estar na companhia paterna há mais tempo. Não há o estereótipo “filho deve ficar com a mãe”. O acórdão parece superar a velha concepção de família, adotando um modelo relacionado à vontade da parte mais interessada e à afetividade entre pais e filhos.

Comentários parciais: Na concessão da guarda, a igualdade de condições entre os ex-cônjuges é reconhecida. Prevalece não o fato de ser “pai” ou “mãe” (homem ou mulher), mas a maior convivência entre o filho e o pai e o interesse do adolescente, cuja opinião é respeitada. Entretanto, a continuidade da responsabilidade de ambos os cônjuges pelo filho parece enfraquecida. O princípio da igualdade é fundamento para a concessão da guarda, mas parece relegado a segundo plano durante o crescimento e a formação do filho, ou seja, a responsabilidade será do guardião e não de ambos os pais. Também constitui interesse do filho não ficar “divorciado” do cônjuge que não possui sua guarda. A concepção de família, mesmo separada, deve zelar pela inclusão da responsabilidade de ambos os pais, incentivando o amparo mais amplo aos filhos.

Caso 6

(RT 773/231)

TJSP – 2000

Ementa da redação: Deve ser mantida liminar que concedeu a guarda da menor à mãe, diante da resistência da criança em retornar ao lar paterno, ainda que o genitor tenha o direito-dever de exercer o pátrio poder em igualdade de condições (art. 21 do ECA), se nenhum elemento probatório novo veio aos autos capaz de modificar a situação. AgIn. 128.982-4/1999 – Segredo de Justiça – 1ª Câ. – j. 23.11.1999 – rel. Des. Guimarães de Souza.

Destaque de trechos do acórdão:

[...] a liminar foi acertadamente concedida porque a menina reluta em voltar a morar na companhia do pai. [...]

Embora o agravante tenha o direito-dever de exercer o pátrio poder, em igualdade de condições, com a mãe de sua filha, em face da discordância no exercício desse direito-dever, cabe à autoridade judiciária determinar as providências para a solução da divergência.

[...] diante da resistência da menor em retornar ao lar paterno, melhor que, por ora, não se altere a situação de fato existente. [...]

Convenientes não serão para a menor modificações da guarda em curto espaço de tempo. Por isso, ainda que possa haver prejuízo para as atividades escolares e seu afastamento do lar paterno, contrariando o que fora antes acordado, preferível que haja uma única solução, por ocasião do julgamento deste agravo. [...]

Seria terrível determinar que a menor fosse arrancada contra a sua vontade (e sabe-se lá os motivos que a levam a não querer voltar à casa do pai) da guarda da mãe, com quem se encontra hoje, para ser entregue ao agravante. Necessário que se apure, com seriedade e serenidade, se a menor tem razões plausíveis para não querer voltar a morar com o seu genitor ou, ao contrário, se está sendo manipulada pela mãe e induzida a com ela permanecer, como alegado pelo agravante.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

O julgamento da liminar pelo Tribunal mantendo a filha em companhia da mãe, embora a guarda legal estivesse com o pai, fundamentou-se na recusa persistente da menina em retornar à casa paterna. Como não houve cabal produção de provas, mas apenas alegações pelas

duas partes, o Tribunal adotou o critério “não contrariar recusa persistente da menina” para atender seus interesses. Concedeu a guarda à mãe e pareceu “desconfiar” do pai.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do quantum com o qual a outra parte deve contribuir?

Regulamentação de visita e pensão alimentícia não foram objeto da liminar. Portanto, não há como analisar a proporcionalidade na distribuição de deveres aos pais da criança.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação dos filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

Não. O Tribunal julga a liminar para decisão da guarda, resolvendo provisoriamente a lide. Não menciona a igual responsabilidade de pais e mães para com seus filhos.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

Para favorecer os interesses da criança, no entanto, a decisão sugere certa desconfiança em relação ao fato de a filha não desejar retornar à casa paterna. O julgador expressamente declara: “Sabe-se lá os motivos que a levam a não querer voltar à casa do pai”. Portanto, o fato de ser o guardião homem pesou contra ele na decisão, pois se tratava da guarda de sua filha, mulher.

Comentários parciais: Este acórdão decide medida liminar de guarda da filha em favor da mãe. Não houve produção de provas por nenhuma das partes, apenas meras alegações. O critério utilizado para o julgamento é a adesão à recusa persistente da filha a retornar à casa paterna, gerando “desconfiança” em relação ao pai. Há alteração da guarda da filha, ainda que de cunho provisório.

Visível relação lógica entre o critério e sua finalidade, isto é, entre a manutenção da criança na companhia da mãe e o bem-estar daquela, por preferir a companhia da genitora à do genitor. Entretanto, não se investigam os reais motivos da preferência da menina: há apenas especulações. Se se tratasse de um menino, o critério utilizado pelo Tribunal seria o mesmo? O costume de manter a guarda com o cônjuge que já a exerce seria afastado diante da recusa da criança? Interessante ressaltar que neste caso a decisão é provisória e o próprio Tribunal afirma a necessidade de maior investigação para a solução da lide.

Caso 7

(RT 791/338)

TJMG – 2001

Ementa oficial: Em questões atinentes a menores, impõe-se o prevalecimento do interesse deles, com vistas ao seu bem-estar. Se, *exempli gratia*, divorciados os pais, sua filha adolescente opta, sem hesitar, por residir em companhia do pai, tendo este e a mãe idênticas condições para o exercício do dever da guarda, impõe-se dar receptividade à sua opção, desde que se infira ter sido livremente manifestada. Ap. 188.593-8/00 – Segredo de Justiça – 4ª Câ. – j. 28.12.2000 – rel. Des. Hyparco Immesi – DOMG 24.04.2001.

Destaque de trechos do acórdão:

A guarda de filho deve ser deferida com vistas ao seu bem-estar (dele, menor) devendo as razões de sua fixação e/ou alteração ser aquelas que dêem atendimento ao seu interesse moral e material (deles, filhos), e não aquelas que atendam aos interesses (ou desavenças) dos pais.

[...] nada foi observado que pudesse contra-indicar a permanência de A. com qualquer dos genitores. [...]

Também é relevante observar que a menor, *in casu*, já é uma adolescente, contando com catorze anos, e que, ouvida informalmente, demonstrou interesse em passar a residir na companhia de seu genitor, e isto porque haveria, neste momento, uma maior sintonia entre as características pessoais de ambos (pai e filha), inclusive e em especial no que pertine ao aspecto religioso.

[...] a decisão agravada bem sopesou a situação concreta e foi devidamente embasada em estudos sociais e psicológicos, além de considerar a opinião da menor (a única e maior interessada), tudo a revelar o seu acerto (dela, decisão hostilizada). [...]

No caso *sub examine*, a agravante já teve a felicidade de bem acompanhar o desenvolvimento de sua filha, educando-a e zelando por seus interesses durante os seus primeiros catorze anos. [...]

Não se pode deixar nas mãos pouco amadurecidas da criança um verdadeiro poder de ‘chantagear’ o pai ou a mãe que detém a guarda e a obrigação de corrigir para educar, com a ameaça de trocar de casa, quando a sua vontade, ou capricho, não for satisfeita.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

Neste acórdão o interesse da criança é perseguido e investigada a situação dos pais. Ambos possuem condições de exercer a guarda da filha: a mãe – que convive com ela desde o nascimento – e o pai – até a separação. Pai e mãe se relacionam bem com a filha, mas esta prefere a companhia do pai à da mãe, alegando maior afinidade com aquele, inclusive religiosas. A opinião da adolescente foi considerada, tendo em vista sua idade de catorze anos.

Há uma relação lógica entre os critérios adotados pelo julgador – o relacionamento entre pais e filha e a opinião da adolescente – e o bem-estar da menina. Não há manutenção da função social da mulher como “mãe”, afastando-se a idéia discriminatória de que a mulher é mais apta à criação e amparo dos filhos do que o homem.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte deve contribuir?

Não houve regulamentação de visitas. O pai mora em Goiás e a mãe em Minas Gerais, mas se poderia ter fixado visitas entre mãe e filha, pois isso também integra o interesse da adolescente. Mencionou-se que, mesmo ficando a guarda com o pai, nada impediria o contato da filha com a mãe, mas esse “contato” não foi judicialmente regulamentado.

A pensão alimentícia também não foi fixada, não sendo objeto de discussão a renda dos genitores e a possibilidade, necessidade e proporcionalidade da contribuição financeira para a educação da filha.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação do filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

Teoricamente, sim. O acórdão afirma: “Salutar a ida de A. para a companhia deste (o pai), o que não a impede de manter contatos com a mãe, que poderá continuar a contribuir para a educação e formação da menor”. Porém, não fornece “instrumentos” para o exercício conjunto dessa responsabilidade, uma vez que não regulamenta visitas, nem pensão alimentícia, nem qualquer outra forma de contribuição materna para o desenvolvimento da filha.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse do menor?

Neste acórdão prevaleceu o interesse da adolescente, e não a generalização de velhas concepções sobre a família. Interessante observar a quebra do estereótipo “filha adolescente deve ficar com a mãe”, bem como o peso da manifestação livre da adolescente, que justifica sua opção pela companhia do pai.

Os fundamentos fáticos e jurídicos são sopesados, e não há discriminação relativa ao homem e à mulher, ou seja, não há funções pré-concebidas para mãe e pai, tampouco a idéia, ainda que implícita, de superioridade de um dos sexos sobre o outro.

Comentários parciais: Este acórdão está de acordo com a nova concepção de cidadania e família prevista na Constituição e em tratados internacionais e regionais. Reconhece as relações afetivas e sopesa a manifestação de vontade da adolescente como relevante para a solução da lide. Afasta as pré-concebidas funções masculinas e femininas nas relações familiares e coloca o afeto e a vontade da parte mais interessada em destaque: a adolescente.

Entretanto, não regulamenta visitas da mãe à filha, nem menciona a pensão alimentícia ou qualquer outra forma de contribuição materna para o desenvolvimento da menina. Também constitui interesse da menor o contato com a mãe. O voto vencido ressalta que a vontade da adolescente merece restrições para que não seja desvirtuada, ou seja, adverte para o perigo da manipulação da filha. Esta muitas vezes desafia a autoridade do genitor que exerce sua guarda, ameaçando buscar a companhia do outro genitor.

Ressalte-se, também, a compensação de desigualdades expressa no acórdão ao afirmar que “a agravante já teve a felicidade de bem acompanhar o desenvolvimento de sua filha, educando-a e zelando-a por seus interesses durante os seus primeiros catorze anos”. Ou seja, neste momento, para compensar a desigualdade que recai sobre o ex-cônjuge, privado da companhia da filha após a separação do casal, a guarda deve ficar como o pai como forma de compensação. Reitere-se que essa foi também a vontade expressa pela adolescente e aceita como possível pelos “estudos sociais e psicológicos”.

Caso 8

(RT 827/364)

TJMT – 2004

Ementa oficial: Não deve ser alterada a guarda dos filhos que estão há longos anos na companhia do pai, se não ficar patentemente demonstrados os fatos argüidos pela genitora. Está comprovado que a alteração inesperada da guarda causa danos psicológicos irreparáveis ao menor, merecendo a produção de provas para a melhor solução

em prol dos infantes. AgIn. 4546/2003 – Segredo de Justiça – 3ª Câ. – j. 11.02.2004 – rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha.

Destaque de trechos do acórdão:

Ao se separarem no mês de novembro de 1999, lavraram perante o órgão ministerial da Comarca de Sinop o termo de acordo de guarda, permanecendo os filhos em companhia do pai, ora agravado, resguardadas as visitas pela mãe, ora agravante. [...]

Sob o argumento de que o pai mudou de endereço e não tendo a agravante mais oportunidade de ver os filhos, ao descobrir o paradeiro na Cidade de Várzea Grande, no mês de novembro de 2003 foi visitá-los e levou-o consigo para a cidade de Sinop. Diante desse fato o agravado ingressou no juízo de Sinop com ação de busca e apreensão das crianças, sendo deferida liminar. Contra essa decisão é que se insurge a agravante, sustentando que o agravado não presta os cuidados necessários aos filhos, permanecendo ao abandono, devendo continuar na companhia da mãe. [...]

Não há indícios de que o agravado tenha desaparecido com as crianças, escondendo-os da agravante. [...]

Entendo conveniente e de bom alvitre que seja mantida a situação atual, pois há longo tempo estavam as crianças aos cuidados do pai e a mudança repentina pode causar dano maior.

Pergunta 1ª) A condição financeira, o relacionamento entre um dos pais e o filho ou o maior convívio entre o filho e o guardião, ou, ainda, a opinião do descendente são considerados da mesma forma na decisão que concede a guarda para pais ou mães? Essas condições guardam relação lógica com o bem-estar da criança/adolescente ou com a “função social” desempenhada pelos gêneros na família?

A decisão toma como critério o fato de as crianças viverem há quatro anos com o pai, devendo permanecer sob a guarda deste até que se provem os fatos alegados pela mãe. A idéia de manter os filhos sob a custódia do pai guarda relação lógica com os interesses dos filhos, pois a necessidade de alteração da guarda deve ser provada. Não se deve “desestabilizar” a vida dos filhos com “liminares”. A guarda somente deve ser modificada após a prova de que na companhia da mãe ficarão mais bem amparados. Ao manter os filhos com o pai, o acórdão afasta a idéia de funções pré-fixadas ao homem e mulher no âmbito privado, como pai e mãe.

Pergunta 2ª) Quantos dias de visita cabem ao cônjuge afastado da guarda do filho? Se a uma das partes é atribuída uma pensão, há um cálculo proporcional do *quantum* com o qual a outra parte deve contribuir?

Por se tratar de liminar, nem visita nem pensão alimentícia são objeto de discussão no acórdão, que analisa pedido de busca e apreensão.

Pergunta 3ª) As decisões reiteram a responsabilidade conjunta dos pais quanto à formação do filhos, ressaltando a igualdade do casal perante a lei?

Não. O Tribunal julga a liminar para decisão da guarda, resolvendo provisoriamente a lide. Não menciona a igual responsabilidade de pais e mães para com seus filhos, independentemente da concessão – liminar ou definitiva – da guarda.

Pergunta 4ª) O pai ou a mãe, por serem homem ou mulher, são privilegiados ou prejudicados na concessão da guarda ou prevalece realmente o interesse dos filhos?

Não há a concessão da guarda fundamentada nas chamadas “tendências naturais” de homens e mulheres. Ao contrário, o interesse dos filhos é observado e a guarda mantida com o pai, por ser ele o guardião com quem as crianças convivem desde a separação judicial.

Comentários parciais: Este acórdão é *sui generis* porque decide medida liminar de busca e apreensão de menores. Não há produção de provas por nenhuma das partes, apenas meras alegações. O critério utilizado para o julgamento é a manutenção do estado inicial em que se encontravam as crianças, ou seja, a guarda permanece com o pai, como avençado desde a separação judicial. Há relação lógica entre o critério e sua finalidade, isto é, entre a manutenção das crianças na companhia do pai e o bem-estar delas, pois a medida liminar em regra não tem caráter definitivo, e as crianças ficariam à mercê de constantes e inadequadas alterações bruscas de vida. Após a prova das alegações e investigação completa, a alteração da guarda poderá impor-se com maior segurança e garantia de estabilidade para as crianças. Cabe desta-

car que se determinou à mãe devolver as crianças ao pai, o que representa a quebra do estereótipo “filhos devem ficar com a mãe”, e também se reconheceu a companhia do pai como confiável ao bem-estar dos menores.

Ao contrário do que ocorreu no Caso 7, acima relatado (no qual a medida liminar alterou a guarda, retirando-a do pai e transferindo-a para a mãe devido à recusa da criança a retornar à casa paterna), no Caso 8 a idéia da manutenção da guarda com quem já a exerce e a da estabilidade dos menores diante da provisoriedade das liminares fundamentam a decisão. Tudo sugere que se trata da guarda de dois meninos. Resta o questionamento: se fossem duas meninas, a decisão seria a mesma?

Comentários gerais: A Constituição de 1988 é expressa ao reconhecer a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal (art. 226, § 5º), e prevê a igualdade material no art. 5º, I, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e da vedação de discriminação em razão do sexo. Portanto, nos litígios entre homens e mulheres, a igualdade deve prevalecer, afastando-se todos os elementos configuradores de discriminações, ainda que implícitas.

Os acórdãos aqui destacados efetivam a igualdade das partes litigantes ao analisar as condições reais de cada genitor para o exercício da guarda dos filhos. Em sete dos oito casos se verifica a preocupação com o interesse da criança ou adolescente como fundamento maior das decisões. Em regra, a proteção dos filhos é investigada pelos Tribunais por meio da análise: 1º) dos cuidados prestados pelo cônjuge detentor da guarda; 2º) do tempo de convívio da criança com os cônjuges; 3º) dos estudos sociais dos laudos especializados; e 4º) da opinião do descendente.

Revelou-se, como tendência predominante, o interesse dos filhos, a superar as concepções estereotipadas de família. Houve freqüente quebra de paradigmas relacionados com idéias preconceituosas, por exemplo, não se considera primordial “os filhos ficarem com a mãe”. Em alguns momentos, entretanto, os acórdãos fazem referência, implicitamente, à especial necessidade de cuidados maternos ou “suspeitam” da capacidade paterna, como nos Casos 2,

3, 4 e 6, embora não fundamentem a decisão nesse argumento. É exceção o Caso 4, julgado em 1996, no qual a alteração da guarda foi “justificada” alegando-se “razões óbvias” pelas quais os filhos deveriam ficar com a mãe, ou seja, evidenciando a manutenção do estereótipo de “mãe afetiva”.

Considerando-se o art. 5º da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, constitui dever do Estado a adoção de medidas apropriadas para modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, afastando preconceitos e práticas discriminatórias daí originárias. A jurisprudência deve zelar pela eliminação de velhos estereótipos geradores de desigualdades entre os gêneros. Felizmente, as decisões dos Tribunais de Justiça brasileiros vêm demonstrando o crescente reconhecimento concreto da igualdade da mulher em relação ao homem, embora ainda mantenha – num segundo plano argumentativo – a idéia de “mãe afetiva” e “pai provedor”.

Destaque-se que na fundamentação da concessão da guarda se reconhece o interesse dos filhos e a igualdade entre os genitores, mas resta prejudicada a efetiva distribuição dos deveres entre os genitores. Por exemplo: ao se estabelecer pensão alimentícia e direito de visita, não se observa a proporcionalidade, conforme a previsão legal.

A idéia de responsabilidade conjunta do casal pela manutenção e educação dos filhos é expressa, mas não parece concretamente aplicada. Na regulamentação dos dias de visita ao cônjuge não detentor da guarda não há compensação de desigualdades, ou seja, em regra o número de dias de visita é quase irrisório e há necessidade de requerer sua ampliação. Além disso, embora expressos os critérios de necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, e de manutenção da condição social dos filhos, a pensão alimentícia é fixada sem averiguação do *quantum* que o cônjuge guardião despende ordinariamente com os filhos. Com exceção do Caso 3, os demais aqui destacados não zelam pela efetiva distribuição, entre os cônjuges, dos deveres materiais e morais para com os filhos. Parece haver uma polarização das obrigações: o cônjuge detentor da guarda é o responsável; o outro, mero colaborador, cabendo-lhe apenas a prestação de pensão e visitas esporádicas.

Lança-se neste momento uma questão: existe igualdade entre cônjuges separados quanto à responsabilidade pelos filhos? Por que cabe ao cônjuge guardião ônus maior em relação aos filhos? Ressalte-se que estes casos indicam, quase todos, a participação não equânime dos pais no desenvolvimento dos filhos. A responsabilidade conjunta dos genitores somente será concretizada quando a jurisprudência equacionar melhor as obrigações dos pais e mães separados, buscando a real igualdade não apenas nos direitos, mas principalmente nos deveres.

A adoção de medidas apropriadas para a garantia da responsabilidade comum de homens e mulheres quanto à educação e o desenvolvimento de seus filhos é obrigação assumida pelo Brasil ao ratificar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conforme o artigo 5º da CEDAW. Visando à consideração primordial do interesse dos filhos, a convenção sugere não apenas leis, mas “medidas apropriadas”, o que possibilitaria aos magistrados estender as obrigações aos genitores afastados da guarda, buscando aproximar pais e filhos e efetivar a igualdade na responsabilidade dos genitores.

O próprio termo “direito de visita” mereceria revisão, pois indica contato esporádico e rápido, quiçá formal, o que desatende as concepções contemporâneas da família. Assim, medidas acessórias deveriam ser sugeridas ao cônjuge não guardião, por exemplo, o contato diário por telefone, a regular obrigação de transportar os filhos, de acompanhá-los nas reuniões e eventos escolares, enfim, obrigações jurídicas que propiciassem maior contato entre o genitor afastado da guarda e seus filhos.

Convém ainda ressaltar a importância de dois avanços detectados nestes casos: 1º) a separação da figura da boa mãe da concepção de boa esposa, como demonstrou o Caso 3, ao conceder a guarda à mulher julgada culpada por adultério na separação litigiosa; 2º) a importância concedida à opinião da criança e do adolescente quanto a seu destino, ou seja, a escolha do guardião, como demonstrado nos Casos 5, 6 e 7. Evidencia-se o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que não mais é “rotulada” por sua “condição” de mulher ou “menor” nos casos em estudo.

A interpretação do Código Civil deve remeter sempre aos princípios e paradigmas constitucionais, e cabe aos intérpretes da lei a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, inclusive aquelas acrescentadas ao ordenamento jurídico brasileiro pelos tratados internacionais. Impõe-se a premente necessidade de interpretação sistemática do direito, unindo normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, bem como a conjugação de princípios, normas e fatos para melhor resolução do casos concretos.

Em suma, a tendência predominante dos julgados dos Tribunais de Justiça brasileiros em relação à concessão da guarda de crianças e adolescentes é averiguar o interesse dos filhos, investigando as condições dos cônjuges separados. A igualdade entre homens e mulheres parece ser realizada no exame das melhores condições de cada um deles para assumir o ônus da guarda. Quebra-se o estereótipo “filhos ficam melhor com as mães”, reconhecendo os pais como aptos ao exercício da guarda. Entretanto, argumentos discriminatórios são observados implicitamente nas decisões, por exemplo, a desconfiança em relação ao pai quando se trata da guarda da filha.

A responsabilidade conjunta de pais e mães no acompanhamento da educação e do desenvolvimento dos filhos parece prejudicada nos casos analisados, pois as obrigações ficam, em regra, para o cônjuge que exerce a guarda – para o outro não há deveres exigidos de forma proporcional. Por exemplo: 1) o número de dias de visita é quase irrisório e não permite maior contato entre genitores e filhos; 2) Não são fixadas outras formas de inclusão do cônjuge não guardião na vida cotidiana do filho; 3) A pensão, ao ser fixada, não equaciona os gastos diários do cônjuge guardião, ou seja, não há proporcionalidade financeira na contribuição entre os cônjuges.

Em resumo, embora presente a igualdade entre homens e mulheres na concessão da guarda, a responsabilidade conjunta dos pais em relação ao desenvolvimento dos filhos não parece instrumentalizada nas decisões dos Tribunais, resultando em maior ônus para o cônjuge no exercício da guarda. Neste ponto, o interesse da criança e do adolescente fica prejudicado, bem como o do cônjuge afastado da guarda.

2.4.2 Separação judicial

Pesquisa realizada na jurisprudência da *Revista dos Tribunais* de 1989 a 2006. As palavras-chave utilizadas foram: “separação” e “judicial”. Foram examinadas 84 ementas e selecionados 6 acórdãos, com base nos critérios acima mencionados, ou seja, o litígio entre os cônjuges, buscando detectar os parâmetros dos julgadores para suas decisões finais. Averiguou-se a efetividade jurídica dos direitos da mulher por meio das tendências predominantes e minoritárias no tema.

Para a análise jurídica dos casos a seguir enumerados, atente-se para a legislação internacional, regional e nacional, bem como para a interpretação integradora, concebendo o direito como um todo na busca pela maior efetividade possível das normas jurídicas.

1) Legislação:

Convenção Americana de Direitos Humanos – Artigos: 8º-1, 11, 17.4, 24, 32.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – Artigos: 2º, 17-1.2, 23.4.

Convenção de Belém do Pará – Artigos: 4º, a, b, e, f; 6º, a, b; 8º, b.

CEDAW – Artigos: 3º, 4º, 5º, 15, 16, c, g.

Constituição brasileira de 1988 – Artigos: 226, § 6º.

Lei 6.515/77 – Artigos: 2º, 3º, 5º, 19, 26, 29 e 30.

Código Civil de 1916: Artigos: 223, 231, 231, 233, 251.

Código Civil de 2002: Artigos: 1.565 a 1.582.

2) Indicadores adotados segundo o conceito de igualdade dos autores respectivos:

1ª pergunta – Celso Antônio Bandeira de Mello – Os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

2ª pergunta – José Joaquim Gomes Canotilho – Quando é decretada a culpa da separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, dessa culpa ou outros fatores são analisados?

3ª pergunta – Boaventura de Sousa Santos – Quando ambos os litigantes parecem “culpados”, como ocorre a decretação da separação?

4ª pergunta – Boaventura de Sousa Santos – Quando um dos cônjuges deixa a casa, isso efetivamente constitui abandono de lar? O abandono do lar “pesa” mais para a mulher, na decretação da culpa na separação?

Caso 1

(RT 656/87)

TJSP – 1990

Ementa oficial: O vício da embriaguez, ou uso abusivo de bebidas alcoólicas, representa conduta expressivamente desonrosa para o outro cônjuge e causa de dissolução da sociedade conjugal, ainda que não dê lugar a violências e escândalos, por criar situação vexatória para o outro, configurando grave violação dos deveres do casamento e tornando insuportável a vida em comum (Lei 6.515/77, art. 5º).

Cessa o dever de vida em comum, havendo justa causa para o afastamento da mulher do lar conjugal, se o marido não a trata com o devido respeito e consideração. Aplica-se, nesse caso, o princípio comum a todas as convenções. Não pode o marido exi-

gir da mulher o cumprimento de sua obrigação se ele próprio não cumpre a sua. Ap.121.483-1 (segredo de justiça) – 6ª C. – j. 19.04.90 – rel. Des. Ernani de Paiva.

Destaque de trechos do acórdão:

A prova oferecida resume-se aos depoimentos prestados pelas genitoras dos litigantes. E tais testemunhos, por sua manifesta espontaneidade, devem ser acatados, já que expuseram à luz todo o drama sofrido pela autora, sujeita aos dissabores e conviver com marido dado à ingestão habitual de bebida alcoólica. [...]

Há motivo bastante, portanto, para a separação do casal, pois o procedimento desonroso do réu configurou grave violação dos deveres do casamento e tornou insuportável a vida em comum (Lei 6.515, de 26.12.77, art. 5º). [...]

Por outro lado, não colhe o argumento de que a autora abandonou o lar conjugal, violando o dever de coabitação. Na verdade, ‘cessa o dever de vida em comum, havendo justa causa para o afastamento da mulher, se o marido não a trata com o devido respeito e consideração’.

Diante do exposto, dão provimento ao apelo para julgar procedente a ação, considerando o réu como cônjuge culpado, a quem tocará o pagamento da pensão alimentícia no valor correspondente a 1/3 do seu ganho líquido. A guarda dos filhos fica com a suplicante. O réu arcará, ainda, com os ônus das custas processuais e dos honorários advocatícios de Cr\$ 5.000,00.

Pergunta 1ª) Os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

Este acórdão reformou a decisão de primeira instância, que julgou improcedente a ação de separação movida pela esposa, refutando o argumento de que a embriaguez habitual do marido constituía causa para o deferimento do pedido. O acórdão prolatado pelo Tribunal não considerou o suposto “abandono do lar” da mulher, pois a embriaguez habitual foi interpretada como conduta desonrosa do marido, somada às freqüentes ofensas morais proferida por ele à esposa, para decretá-lo “culpado” na separação. Assim, exigiu-se do cônjuge varão o dever de honrar e respeitar a esposa, garantindo-se à mulher a legitimidade para se afastar do domicílio conjugal diante dos maus-tratos do marido.

Pergunta 2ª) Quando é decretada a culpa da separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, dessa culpa ou outros fatores são analisados?

Nesta decisão proferida pelo Tribunal a culpa decretada ao homem gerou, diretamente, a condenação ao pagamento de pensão alimentícia de um terço dos seus ganhos líquidos, mais custas processuais e honorários advocatícios. A guarda dos filhos ficou com a mulher. Não parece terem sido analisados elementos externos para essa decisão; a culpa do homem acarreta diretamente todos os ônus.

Pergunta 3ª) Quando ambos os litigantes parecem “culpados”, como ocorre a decretação da separação?

Neste caso, houve decretação da “culpa” unilateral.

Pergunta 4ª) Quando um dos cônjuges deixa a casa, isso, efetivamente, constitui abandono de lar? O abandono do lar “pesa” mais para a mulher, na decretação da culpa na separação?

A mulher deixou o domicílio conjugal devido às ofensas morais e ao comportamento considerado “desonroso” do esposo. Em primeira instância esse fato foi considerado “abandono do lar”, mas afastado pelo Tribunal, que entendeu que “o homem não pode exigir da mulher que cumpra seus deveres se ele não o faz”. Portanto, em juízo monocrático interpretou-se a saída de casa como “abandono do lar”, atribuindo-lhe, conseqüentemente, a culpa pela separação. Mas o Tribunal reverteu o julgamento, enfatizando os deveres do homem na relação conjugal.

Comentários parciais: Interessante observar como a interpretação da expressão “abandono do lar” reverte o julgamento de primeira instância em favor da mulher. O reconhecimento da conduta desonrosa do homem – devido à embriaguez habitual e às ofensas que

proferia à esposa – é considerado motivo suficiente para a esposa deixar o domicílio conjugal. Há uma relação de igualdade na observância do princípio “cessa o dever de vida em comum, havendo justa causa para o afastamento da mulher, se o marido não a trata com o devido respeito e consideração”. Ou seja, não está a mulher obrigada judicialmente a coabitar com marido sob maus-tratos.

Entretanto, curioso observar que todos os ônus da separação recaem sobre o cônjuge declarado culpado. Não se analisa a necessidade de pensão pela mulher, nem o interesse dos filhos em permanecer sob a guarda materna, embora esta se encontre subentendida dada a alegada e provada “embriaguez habitual” do pai. Não se trata da partilha de bens, nem do uso do nome. As consequências jurídicas decorrem diretamente da atribuição da “culpa”, sendo desconsiderados elementos outros para a distribuição do ônus da separação.

Caso 2

(RT 667/91)

TJSP – 1990

Ementa oficial: Irrelevante para fins de procedência de ação de separação judicial fundamentada em grave violação dos deveres do casamento o simples fato de o autor ainda freqüentar o antigo lar conjugal, o que não representa indulgência do lesado. Ap. 133.590-1 (segredo de justiça) – 6ª C. – j. 20.12.90 – rel. Des. Ernani de Paiva.

Destaque de trechos do acórdão:

No mérito a procedência da ação foi bem decretada. Segundo se infere dos relatos das testemunhas, que prestaram depoimento sem oposição de contradita por parte da ré, eram comuns as agressões físicas e morais praticadas pela requerida contra o autor, por vezes até na presença da filha do casal, a ponto de chegar o autor em seu serviço com marcas de violência e com as roupas rasgadas. Não há razão para negar credibilidade a esses testemunhos, partidos de pessoas que conheceram de perto o autor ou o casal. [...]

É irrelevante a circunstância de estar o autor freqüentando ainda o seu antigo lar conjugal. Com efeito, ‘o simples fato de continuarem os cônjuges convivendo não representa indulgência do lesado, pois é de se admitir que a vítima suporte a amargura escudada em valores mais importantes que sua liberação conjugal, como o interesse dos filhos, o respeito à família ou até mesmo a expectativa de melhor ensejo para a ação separatória’ (Ney de Mello Almada, Direito de Família, Vol II/18). [...]

Houve-se com acerto o Magistrado, portanto, quando concluiu pela responsabilidade da requerida no desfazimento da sociedade conjugal, em vista de grave violação dos deveres do casamento, nos termos do disposto no art. 5º da Lei 6.515, de 26.12.1977.

Pergunta 1ª) Os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

Neste acórdão o dever de respeito à integridade física e moral do cônjuge é exigido da mulher. Considerada “culpada” por grave violação dos deveres do casamento, ela apela alegando que o cônjuge continua a freqüentar o antigo lar. Apelo improvido sob o fundamento da irrelevância de tal circunstância, diante da permanência de outros valores, como o vínculo com os filhos.

Pergunta 2ª) Quando é decretada a culpa da separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, dessa culpa ou outros fatores são analisados?

A culpa decretada para a mulher, neste acórdão, parece não lhe fixar responsabilidades. Não há discussão sobre pensão alimentícia para o cônjuge “inocente”, nem menção a guarda dos filhos comuns.

Pergunta 3ª) Quando ambos os litigantes parecem “culpados” como ocorre a decretação da separação?

No caso em estudo houve decretação da “culpa” unilateral.

Pergunta 4ª) Quando um dos cônjuges deixa a casa, isso, efetivamente, constitui abandono de lar? O abandono do lar “pesa” mais para a mulher, na decretação da culpa na separação?

Embora o cônjuge varão tenha sofrido agressões físicas e morais que caracterizaram grave violação dos deveres do casamento, nos termos do disposto no art. 5º da Lei n. 6.515/77, não houve “abandono do lar”; ao contrário, continuou a freqüentar o domicílio da família, o que não causou estranheza aos julgadores.

Comentários parciais: A decretação da “culpa” da mulher perante as agressões empreendidas contra o marido confirmou a relação de igualdade no julgamento da separação conjugal. Entretanto, não se discute pensão alimentícia, guarda dos filhos ou qualquer outra responsabilidade prática sobre a condenação.

Destaque-se, ainda, o fato de o cônjuge continuar a freqüentar o domicílio da família e a não-influência desse fato no julgamento. Pergunta-se: se fosse inversa a condenação, não causaria certo desconforto? Isto é, se condenado por culpa na separação, por agressão à esposa, e esta continuasse a freqüentar o domicílio do casal, tal fato pesaria contra ela numa apelação? Parece-nos que não seria tratado com tanta “naturalidade” o convívio entre o esposo declarado culpado por agressão e a contínua e freqüente volta da esposa ao “antigo lar”.

Caso 3

(RT 768/370)

TJSC – 1999

Ementa oficial: Ainda que não haja prova cabal do adultério que se imputa ao cônjuge varão, emergindo dos autos fortes indícios de sua ocorrência, em comentários partidos dos próprios familiares, é inegável o abalo à honra e à dignidade da esposa. Tal fato, somado à indiscutível insuportabilidade da convivência conjugal, leva fatalmente ao decreto de separação judicial. Ap 98.001102-7 – Segredo de Justiça – 2ª Câ. – j. 20.05.1999 – rel. Des. Vanderlei Romer.

Destaque de trechos do acórdão:

Os filhos do casal, de forma unânime, declararam o comportamento extremamente agressivo do apelante, gizando E.C.T. ‘que a briga do casal refletia nos filhos, pois o pai debochava destes, assobiando à noite, quando chegava com o som alto no carro (...); que após a separação dos corpos, o requerido continuou a perturbar a família, inclusive neste período; que o requerido não alimentou a família por cerca de dois meses...’ [...]

K. R. T. depôs: ‘que o requerido sempre culpava a requerente pelas coisas que aconteciam dentro de casa, chamando-lhe de burra...’, o que, certamente, configura injúria grave que tipifica violação aos deveres do casamento, mais precisamente de estima e respeito. [...]

Há, ainda, fortes indícios da ocorrência do adultério, considerando-se que a informação foi passada às crianças por uma tia, que posteriormente a desmentiu, o que levou uma delas a seguir o pai, tendo descoberto a sua suposta amante.

[...] é certo que houve abalo à honra e à dignidade da autora, o que, somando aos demais elementos coligidos aos autos, torna imperioso o decreto da separação.

[...] a teor do art. 5º, do mencionado diploma, basta, pois, que um dos cônjuges incorra em ‘conduta desonrosa’, ou então, pratique qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum. [...]

Resta ainda examinar a questão referente aos alimentos, fixados em 3 (três) salários mínimos, cabendo um para cada filho. Pelo que consta do processo, tenho que o percentual fixado atende ao binômio necessidade-possibilidade, considerando-se os elementos coligidos aos autos. Não há, é importante destacar, prova de que o suplicado está realmente desempregado, o que, aliás, não o exoneraria de sua obrigação.

[...] é concedido provimento parcial ao recurso, fazendo cessar os alimentos devidos à filha maior, a partir da maioridade, sendo devidos os vencidos anteriormente.

Pergunta 1ª) Os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

A injúria, bem como a suspeita de adultério, caracterizaram grave violação dos deveres do casamento pelo cônjuge. Portanto, exigiu-se do homem fidelidade à esposa, bem como respeito à dignidade da mulher e dos filhos. O dever de assistência também restou cobrado do marido, não se equacionando com quanto a mulher deve contribuir para o sustento dos filhos.

Pergunta 2ª) Quando é decretada a culpa da separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, dessa culpa ou outros fatores são analisados?

Neste caso não houve discussão sobre as conseqüências da separação judicial. Apenas a pensão relativa aos filhos foi mencionada, adotando, em tese, o critério da necessidade dos alimentandos e da possibilidade do alimentante. Houve análise da não-necessidade de pensão para a filha mais velha, exonerando-se o pai do pagamento. Portanto, foram considerados elementos externos à culpa nas conseqüências jurídicas da separação judicial. Ressalte-se que o sustento dos filhos também é dever da mãe e não houve proporcionalidade, relativa a esse argumento, na fixação do *quantum* devido na pensão alimentícia.

Pergunta 3ª) Quando ambos os litigantes parecem “culpados”, como ocorre a decretação da separação?

No caso em estudo houve decretação da “culpa” unilateral.

Pergunta 4ª) Quando um dos cônjuges deixa a casa, isso, efetivamente, constitui abandono de lar? O abandono do lar “pesa” mais para a mulher, na decretação da culpa na separação?

Neste acórdão, precedeu ao julgamento da separação judicial a cautelar de separação de corpos. Constatou-se, inclusive, o não-cumprimento integral desta pelo cônjuge varão, que continuava a “perturbar a família” e deixou de prover os recursos alimentícios por mais ou menos dois meses nesse período.

Comentários parciais: Confirmada a sentença monocrática, o Tribunal manteve a decretação da “culpa” na separação judicial para o marido, afirmando a prova de sua freqüente conduta desonrosa e da insuportabilidade da convivência conjugal. A pensão não decorreu exclusivamente da “culpa” atribuída ao cônjuge, mas bem analisou a necessidade efetiva para os beneficiários – os filhos. Não se tem notícia de qualquer outro ônus acarretado pela decretação da culpa na separação.

Caso 4

(RT 706/138)

TJMG – 1994

Ementa oficial: Verificado que os elementos contidos nos autos não dão suporte ao decreto de separação judicial por culpa exclusiva de um dos cônjuges desavindos, e, diante da inexistência de prova contundente das razões que determinaram o comportamento de um e de outro, não há como se atribuir apenas a um deles a responsabilidade da separação, impondo-se a decretação da separação por culpa recíproca, com a procedência parcial da ação e da reconvenção.

Não deve ser acolhida, sob arguição de fato novo, alegação referente à conduta do réu em período posterior ao ajuizamento da ação de separação, quando tal conduta configura infração conjugal não compreendida na *causa petendi*.

Os alimentos provisionais são devidos ao cônjuge, mesmo que este seja condenado na ação de separação, até o trânsito em julgado da sentença. Ap. 6.304/0 – 5ª C. – J. 26.8.93 – rel. Des. José Loyola.

Destaque de trechos do acórdão:

A r. sentença recorrida deu como procedente a ação proposta pelo cônjuge-varão e improcedente a proposta pelo cônjuge-uirago, decretando a separação judicial do casal, revogando a cautelar de alimentos provisionais e condenando o cônjuge-uirago a pagar as custas de ambos os processos de separação e os honorários dos advogados do cônjuge-varão, em cada um dos processos, correspondentes a 20% do valor da causa. [...]

Com efeito, são razões da apelante no recurso interposto: a) a ruptura da vida em comum não se deu por sua culpa, eis que o apelado, submisso à mãe, revelou-se

grosseiro e despótico no relacionamento conjugal; b) há de ser levado em conta o testemunho da vizinha mais próxima do casal, E.; c) as ofensas perpetradas pelo apelado contra ela, tanto na inicial da ação de anulação de casamento quanto na ação de separação justificam a inversão completa do *decisum*: o reconhecimento da procedência da ação por ela ajuizada e da improcedência da proposta pelo apelado, mantida, conseqüentemente, a pensão alimentícia, no valor de 30% dos vencimentos daquele. [...]

Por sua vez, alega o apelado, nas contra-razões oferecidas, que a ‘apelante foi o cônjuge responsável pela ruptura da vida em comum’, refutando a acusação de ser ele ‘homem grosseiro e despótico’, negando a ocorrência da injúria processual, imputando à apelante infringência do dever de fidelidade conjugal e batendo-se pela manutenção da r. sentença. [...]

Cumprе observar, de início, que não serão levadas em conta, para a solução da lide, as referências, feitas pelo apelado, à conduta da apelante em período posterior ao ajuizamento da ação de separação. Por isso, não há de ser acolhida, para o fim de reconhecimento da alegada infidelidade conjugal, a arguição de fato novo, consistente no relacionamento da apelante com outro homem, do qual resultou o nascimento, em 11.6.91, de um filho, que veio a chamar-se R., eis que já separados de fato os cônjuges e já ajuizada ação de separação. [...]

Consta dos autos que a decisão da apelante de abandonar o lar conjugal se deveu ao desencanto e à depressão em que se encontrava, explicados, em grande parte, pela alegada intromissão da sogra na vida do casal. [...]

Anota Yussef Said Cahali: ‘... no âmbito da gestão dos negócios domésticos, considera-se que é evidente que tirar da esposa a direção total da casa e entregar tal direção à sogra constitui, sem dúvida, injúria grave praticada contra a consorte, a quem devia caber a situação de senhora do lar, auxiliando o marido nos encargos da família, como dispõe o art. 240 do CC (3ª C. do TJSP, 7.12.61, RT, 327/226 e RF, 204/186).’ [...]

Na realidade, são uniformes, na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que o abandono caracterize infração do dever de coabitação, de modo a autorizar a separação judicial, é necessário que seja voluntário, intencional, malicioso, injusto, caprichoso, inescusável, sem explicação plausível. [...]

O que se deve discutir – e não está suficientemente provado nos autos – é a caracterização da infração, pela apelante, do dever de coabitação. [...]

Verifica-se que os elementos contidos nos autos não dão suporte ao decreto de separação judicial por culpa exclusiva de um dos cônjuges desavindos. A inexistência de prova contundente das razões que determinaram o comportamento de um e de outro impede que se atribua apenas a um deles a responsabilidade da separação. O exame da prova revela que *nenhuma das partes logrou demonstrar de maneira convincente os fatos alegados: o que se tem é a palavra de um dos cônjuges contra a do outro*. [...]

Pelas razões expostas, dou provimento parcial ao apelo, reformando, em parte, a r. sentença, para julgar procedente também a reconvenção e decretar a separação judicial de A. e G., por culpa recíproca. [...]

Sejam repartidos os ônus da sucumbência, e pague cada um dos cônjuges os honorários dos respectivos advogados. [...]

Há voto vencido do Sr. Des. Campos de Oliveira:

“Concluo que a apelante abandonou o lar conjugal, por sua conta e risco, não conseguindo demonstrar que tivesse sido obrigada a fazê-lo, em razão da incômoda presença da sogra ali”.

“Aliás, a apelante, por razões que não ficaram perfeitamente esclarecidas, era uma mulher entediada com o casamento, ou então estava deprimida, quando deixou suas impressões registradas no documento de fls.”.

“Então, o que se conclui é que a decisão dela não estava ligada à presença da sogra, mesmo porque há depoimentos que dizem que esta não se encontrava na residência do casal, no momento. Dou mais valia a tais depoimentos, pois a versão contrária foi inteiramente omitida no pedido de separação de corpos e alimentos provisionais, onde se diz que: ‘O relacionamento entre a suplicante e seu marido foi o pior possível, visto que de gênio muito forte o marido da suplicante, tendo neste pequeno período de casamento, constantes desavenças entre o casal, e além do mais, com a interferência de familiares do mesmo na vida do casal, chegando ao ponto da suplicante ser agredida pelo suplicado’. E mais: ‘Que em vista do estado de desavenças do casal, e as ameaças do marido da suplicante, não restou outra alternativa à requerente, de deixar o convívio do marido’”.

“Por isso, não creio que a presença da sogra no lar conjugal, que não ficou suficientemente provada, fosse a motivação para a apelante deixar a residência do casal, pois seria fato de maior gravidade e não teria sido omitido naquela petição, onde nem mesmo insinuação se faz a respeito. Nem mesmo a pessoa da sogra é citada”.

“Nego provimento ao apelo”.

Pergunta 1ª) Os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

Este acórdão deve ser analisado sob dois prismas distintos: votos do relator e do revisor e voto do vogal.

Para os primeiros o dever de coabitação da mulher é afastado perante a injúria grave por ela sofrida. Neste caso, a entrega pelo marido da administração do lar à sogra causou impossibilidade da vida em comum. Entretanto, embora ambos os julgadores argumentem nesse sentido, consideram-se não provadas as alegações dos cônjuges dividindo a culpa e, conseqüentemente, os ônus da sucumbência.

O voto vencido considera que a mulher abandonou o lar, não reconhecendo o transtorno causado pela presença da sogra. Estranhamente alega que a mulher era “entediada com o casamento”, e cita as razões da concessão da separação de corpos, mencionando inclusive o comportamento agressivo do marido. Admite que para o abandono do lar talvez os motivos tenham sido outros, mas – de forma inusitada – conclui pela culpa da mulher ao infringir o dever de coabitação. Este voto exige da mulher o dever de coabitação e não faz menção ao comportamento injurioso do réu.

Quanto ao dever de fidelidade da mulher, não é exigido após a separação de fato e o ajuizamento da ação judicial, tampouco considerado fato novo capaz de constituir “conduta desonrosa” da ex-esposa.

Pergunta 2ª) Quando é decretada a culpa da separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, desta culpa ou outros fatores são analisados?

No presente acórdão cita-se jurisprudência para garantir a manutenção da cautelar de alimentos provisionais até o trânsito em julgado da sentença, “mesmo a mulher sendo condenada em ação de separação”. Assim, os alimentos provisionais são mantidos, mas não em decorrência da decretação da culpa: outros elementos são analisados.

Pergunta 3ª) Quando ambos os litigantes parecem “culpados”, como se dá a decretação da separação?

Houve a decretação da “culpa recíproca” pelos primeiros julgadores que afirmaram a inexistência de provas do alegado por ambos os cônjuges. Os ônus da sucumbência e o pagamento dos honorários advocatícios foram igualmente distribuídos, e o pagamento dos alimentos provisionais pelo apelado foi devido até o trânsito em julgado da sentença. O segundo julgador decretou a “culpa” da mulher pelo abandono do lar e acrescentou: custas *ex lege*.

Pergunta 4ª) Quando um dos cônjuges deixa a casa, isso efetivamente constitui abandono de lar? O abandono do lar “pesa” mais para a mulher na decretação da culpa na separação?

Neste caso, o abandono do lar foi passível de dupla interpretação: na primeira, no julgamento vencedor, esclarece-se que o abandono deve ser malicioso, voluntário e imotivado para significar quebra do dever de coabitação, e não se reconhecem essas características no fato em questão; ainda assim, divide-se a “culpa” sob o argumento de fragilidade probatória; no segundo, no voto vencido, o abandono do lar recai sobre a mulher, constituindo a causa da separação, sem mencionar o comportamento do cônjuge-varão como originário dessa “evasiva”. O abandono do lar parece “pesar” para a mulher no voto vencido.

Comentários parciais: Curiosa a interpretação da expressão “abandono do lar” e seus efeitos jurídicos, pois decisiva para o julgamento da apelação e a conseqüente reversão da culpa. Há divisão de “entendimentos” nesta Câmara do Tribunal. A apreciação das provas é feita de maneira confusa, pois no voto vencedor, ao considerar-se a “culpa recíproca”, não fica demonstrada a culpa da mulher, mas somente a injúria praticada pelo marido. Já no voto vencido o abandono do lar pela mulher é defendido para imputar-lhe a culpa sob o argumento de que não se provou o motivo da saída da residência conjugal. De forma incoerente, o próprio voto vencido menciona os fundamentos da separação de corpos e alimentos provisionais, citando o comportamento agressivo do marido.

Interessante destacar que o relacionamento da apelante com outro homem, após o requerimento de separação, é aceito pelo Tribunal, que afasta o argumento de infidelidade proposto pelo apelado, pois “já separados de fato os cônjuges e já ajuizada ação de separação”.

Destaque-se, ainda, que a jurisprudência dominante adota a manutenção dos alimentos provisionais para a mulher até o trânsito da sentença, independentemente da análise de culpa. Neste ponto a idéia de dependência econômica e fragilidade acompanha a figura feminina.

Caso 5
(RT 812/335)
TJRS – 2002

Ementa oficial: Não há nulidade na sentença que decreta a separação judicial sem perquirir a culpa, se o próprio casal manifesta o propósito de se separar e se fica demonstrada a falência do casamento, tendo permanecido a lide apenas quanto às questões de ordem econômica e patrimonial. Descabe questionamento de culpa na separação quando dela não se extrai qualquer seqüela jurídica. El 70003554334 – Segredo de Justiça – 4ª Câ. – j. 13.09.2002 – rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Destaque de trechos do acórdão:

Sustenta o douto órgão ministerial, na trilha do voto de lavra do eminente Des. Stangler Pereira, que a sentença de primeiro grau, que fora hostilizada pelo varão, é nula, sendo imprescindível o exame da culpa pela ruptura da sociedade conjugal, sendo que a sentença não poderia ter decretado a separação judicial sem fazer tal análise.

As partes forma intimadas e deixaram de oferecer suas contra-razões. [...]

A ação foi ajuizada pelo varão dizendo que a convivência conjugal tornou-se insustentável, afirmando que a esposa provocava cenas de ciúmes, sendo que esta negou ser a causadora da ruptura e não ofereceu pleito reconvenicional. Além disso, observo que, na audiência realizada, as partes manifestaram expressamente o firme propósito de se separarem. Ou seja, quanto à ruptura da sociedade conjugal não houve dissenso algum, não havendo interesse do par em discutir as causas determinantes da ruptura. [...]

Ficou claro, aliás, como se vê a f., que o casal pretendia conduzir a ruptura amigavelmente, buscando apenas compor os interesses de ordem econômica e patrimonial. E foram esses interesses, precisamente, que não restaram ajustados e foram alvo de disposição sentencial.

Portanto, era absolutamente descabido o exame da culpa no presente feito, mormente quando desse exame não resultaria qualquer seqüela jurídica para as partes, que pretendiam mesmo a ruptura. E tanto, que a ré não se irressignou com a procedência da ação.

Não há, portanto, nulidade alguma na sentença, seja por haver o interesse do casal em ver dissolvida a sociedade conjugal, seja porque havia, também, causa objetiva a agasalhar a conclusão do julgador posta na sentença já que, inequivocamente, o ca-

samento estava falido e o casal já estava separado de fato há três anos, tempo suficiente até para a obtenção do divórcio direto. [...]

Por maioria, desacolheram os embargos infringentes.

Pergunta 1ª) Os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

Neste acórdão não há discussão sobre o descumprimento dos deveres legais impostos aos cônjuges pela lei. A “causa” da separação não é avaliada para definir um “culpado” pela falência do casamento.

Pergunta 2ª) Quando é decretada a culpa da separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, dessa culpa ou outros fatores são analisados?

Os fatores considerados relevantes para a análise deste acórdão foram a livre vontade das partes em extinguir o vínculo, a falência do casamento consumada pela separação de fato há três anos e a necessidade de compor os interesses patrimoniais.

Pergunta 3ª) Quando ambos os litigantes parecem “culpados”, como ocorre a decretação da separação?

A idéia de “culpa” é literalmente afastada neste acórdão, sugerindo uma nova interpretação para a separação judicial litigiosa, quiçá extinguindo-a.

Pergunta 4ª) Quando um dos cônjuges deixa a casa, isso, efetivamente, constitui abandono de lar? O abandono do lar “pesa” mais para a mulher na decretação da culpa na separação?

Neste acórdão não há interpretação quanto ao descumprimento dos deveres legais nas relações familiares.

Comentários parciais: Esta decisão foi publicada na *Revista dos Tribunais* de 2003, porém o julgamento realizou-se em 2002, antes da vigência do novo Código Civil. Provocou nova interpretação sobre “separação judicial litigiosa”, rejeitando a idéia de culpa exclusiva de um dos cônjuges, por verificar que as conseqüências jurídicas da “culpa” não guardam relevância. Note-se que é extremamente positivo o resultado de tal decisão, pois deixa de “rotular” o comportamento dos cônjuges, preserva a intimidade da vida familiar, combate a idéia de superioridade moral entre os cônjuges. Portanto, o julgamento está de acordo com a igualdade em direitos e obrigações consagrada na Constituição de 1988, muito adequada aos novos conceitos de família, fundamentados nos laços afetivos e não mais nos deveres legais.

Caso 6

(RT 826/363)

TJSE – 2004

Ementa oficial: Manifestado pelos cônjuges, através da inaugural e contestação, o propósito firme de se separarem, deve o magistrado decretar a separação, independentemente de buscar e imputar a qualquer das partes a causa e o culpado pela ruptura do casamento. Ap 0718/2003 – Segredo de Justiça – 1ª Câmara – j. 08.03.2004 – rel. Des. Fernando R. Franco.

Destaque de trechos do acórdão:

Após audiência de conciliação na qual expuseram os contendores, em comum, o firme propósito de se separarem, bem como viabilizada diligência solicitada pela magistrada processante e manifestação do Ministério Público *a quo* opinando pela redução dos alimentos, inicialmente fixados em 40% para 20%, a r. sentença de f. decretou a separação das partes, pois de comum acordo; remeteu para a via ordinária a questão relativa à partilha, devido à falta de elementos para promovê-la, e fixou os

alimentos definitivos, reduzindo os provisórios, em 20% daquilo que perceber o alimentante a qualquer título e de todas as fontes. [...]

Rebela-se a interponente, em sede de preliminar, quanto ao fato de haver a magistrada decretado a separação, sem, contudo, proceder à apuração da causa e do culpado pela separação. [...]

Não lhe assiste razão. É que restou evidenciado, tanto na petição inaugural da ora apelante, como pela peça contestatória, não mais ser possível a vida em comum dos cônjuges. [...]

Nesta linha de raciocínio é que vem se posicionando o E. STJ, senão vejamos alguns verbetes: Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do Novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de conduta desonrosa (REsp. 433206-DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.04.2003, p. 293, *site* do STJ). [...]

Separação – Ação e reconvenção – Improcedência de ambos os pedidos – possibilidade de decretação da separação. [...]

Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte (REsp. 467184-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 17.02.2003, p. 302, *site* do STJ). [...]

No mérito a sentença merece manutenção por seus próprios fundamentos, mesmo porque, o que é de se estranhar, a apelante não opôs inconformismo em relação aos alimentos reduzidos de 40%, fixados inicialmente, para 20%. [...]

O mesmo ocorreu em relação à partilha, que deverá ser decidida em via ordinária, cuja decisão não houve irresignação.

Pergunta 1ª) Os deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e os demais imputados pela lei são “exigidos” igualmente de homens e mulheres?

Neste acórdão não há discussão sobre o descumprimento dos deveres legais impostos aos cônjuges pela lei. A “causa” da separação não é avaliada para definir um “culpado” pela falência do casamento.

Pergunta 2ª) Quando é decretada a culpa da separação para um dos cônjuges, a partilha dos bens, o uso do nome do cônjuge, a perda da guarda dos filhos, a pensão alimentícia decorrem, incondicionalmente, dessa culpa ou outros fatores são analisados?

O único fator analisado neste acórdão é o propósito de ambos os cônjuges de extinguir o vínculo conjugal.

Pergunta 3ª) Quando ambos os litigantes parecem “culpados”, como se dá a decretação da separação?

Reitere-se: não há análise da culpa neste julgado.

Pergunta 4ª) Quando um dos cônjuges deixa a casa, isso, efetivamente, constitui abandono de lar? O abandono do lar “pesa” mais para a mulher na decretação da culpa na separação?

Neste acórdão, o julgamento subjetivo, fundamentado na interpretação “crua” dos fatos, é rejeitado. A discussão sobre o descumprimento de qualquer dos deveres conjugais perde relevância diante do reconhecimento da vontade das partes de extinguir o vínculo.

Comentários parciais: Este acórdão é inovador, revelando o novo espírito do julgador ao interpretar o novo Código Civil, pois afasta a idéia de “culpa” exclusiva de um dos cônjuges pela falência do casamento e reconhece a impossibilidade da vida conjugal e a vontade deles de extinguir o vínculo. Menciona outros julgados do STJ no mesmo sentido, reforçando a idéia de separação sem decretação da culpa como tendência que desponta na jurisprudência.

Interessante observar como as questões – indicadores elaborados neste trabalho – que podem desnudar desigualdades nas relações familiares perdem o sentido. As consequências jurídicas da não decretação da culpa limitam-se à divisão dos ônus para ambos os cônjuges, sem enfrentar controvérsias que muitas vezes devassam a intimidade e dignidade dos litigantes.

Comentários gerais: Conforme os casos analisados neste estudo, na década de 90 as causas ensejadoras da falência do casamento eram analisadas com base nos deveres legais, buscando imputar a infração a um cônjuge exclusivo. Os deveres legais como fidelidade, coabitação e assistência mútua eram previstos no Código Civil de 1916, no art. 231, e foram reiterados no art. 1.566 do Código de 2002, acrescentando-se a idéia de respeito e consideração mútuos entre os cônjuges. A ação de separação judicial, conhecida por litigiosa, traz, ainda nos dias atuais, a necessidade de imputar ao outro cônjuge “ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

Diante da Constituição de 1988 e da igualdade material entre homens e mulheres, como avaliar o descumprimento dos deveres conjugais de modo uniforme nas relações familiares? Como decretar a quebra do vínculo jurídico matrimonial diante das novas relações familiares baseadas nos laços de afeto e não nos ditames legais? Eis o dilema que vêm enfrentando os Tribunais.

O princípio da igualdade entre mulheres e homens pressupõe a comunhão na vida do casal e não mais a colaboração da esposa com o marido na direção da sociedade conjugal. Portanto, passa-se a questionar o critério “culpa” pela extinção do vínculo matrimonial como suficiente para a atribuição dos ônus a uma das partes. A concepção de “culpa” contém carga axiológica negativa, sugerindo a superioridade moral de um cônjuge sobre o outro e, conseqüentemente, trazendo efeitos jurídicos para as partes “inocentes” e “culpadas”, o que não condiz com o art. 226, § 5º, da Constituição, que consagra a igualdade para homens e mulheres no exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Interessante destacar como a decretação da culpa exclusiva de um dos cônjuges já não produz efeitos jurídicos “livres” de elementos externos, ou seja, o cônjuge culpado muitas vezes permanece com a guarda dos filhos e continua a receber pensão alimentícia. A “culpa” parece apenas determinar a distribuição da sucumbência e dos honorários advocatícios. Portanto, os efeitos jurídicos da separação litigiosa não alcançam grande relevância concreta na vida. Vejamos: 1º) a análise da guarda está intimamente relacionada ao interesse no bem-estar dos filhos; 2º) a pensão alimentícia deriva do dever de solidariedade entre as partes; 3º) a par-

tilha dos bens é resolvida pelas vias ordinárias, fundamentando-se no regime de casamento; 4º) o uso do nome do cônjuge pode ser livremente acordado entre as partes. Assim, não há consequências jurídicas diretas na separação judicial que fixa a culpa de uma das partes.

Destaque-se a evolução temporal na interpretação da separação judicial. Enquanto na década de 90 a avaliação da culpa permaneceu sobre a análise do cumprimento dos deveres conjugais fixados pelo legislador, já se apresenta um enfraquecimento nas consequências dessa culpa, conforme parágrafo anterior. A partir de 2002 despontaram no cenário nacional decisões monocráticas que apenas decretavam a separação sem avaliar a culpa, confirmadas pelos Tribunais. Parece crescente o entendimento de que a livre vontade dos cônjuges de extinguir a sociedade conjugal, acrescida da impossibilidade de continuidade da vida do casal, são causas bastantes para a dissolução do vínculo matrimonial, dispensando a imputação da “culpa”. Os Casos 5 e 6 demonstram claramente a nova tendência.

Convém, também, analisar os casos da década de 90, que se mostram determinantes para o aparecimento dessa recente interpretação. Na análise desses casos, observa-se que o dever de honra e respeito é exigido igualmente de homens e mulheres, não mais prevalecendo a concepção da mulher como submissa ao marido, mas sim como companheira em igualdade de condições. O exame da interpretação da expressão “abandono do lar” o revela, pois, ao deixar o lar devido aos maus-tratos do marido, a mulher deixa de ser considerada “culpada” na separação. Cabe destacar também que não se admitem agressões da mulher ao marido, embora tenha ficado demonstrada certa “naturalidade” ao julgar o comportamento do marido que continua a freqüentar a casa da agressora.

O Caso 1 demonstra responsabilidades diretas ao homem considerado culpado, pois determina que a prestação de alimentos e a guarda dos filhos ficam para o cônjuge “inocente”, a esposa. Não há análise da efetiva necessidade das prestações alimentícias, nem mesmo do interesse dos filhos em permanecer com a mãe. Talvez isso se justifique pelo constante estado de embriaguez do cônjuge varão “condenado”. No Caso 2, quando a culpa é decretada para a mulher, não há fixação de responsabilidade; nenhum ônus parece imputado a ela. O Caso 3

analisa o binômio necessidade-possibilidade para estabelecer o *quantum* devido aos filhos pelo pai considerado culpado na separação. Nenhum outro ônus é citado.

Interessante destacar o Caso 4 como indício de um “período intermediário” entre a fixação da culpa a um dos cônjuges e a dissolução do matrimônio sem a figura do culpado. Neste caso há culpa recíproca, divididos os ônus e afirmando expressamente a impossibilidade de imputar somente a uma das partes o ônus da separação. Embora presente voto vencido, decretando a culpa da mulher, o julgamento – confuso em seus argumentos – revela importância por marcar a impossibilidade de decidir pela culpa de apenas uma das partes litigantes.

Embora não se mencionem normas constitucionais, nem a possibilidade de adotar novas políticas previstas nos tratados internacionais em benefício da mulher, fica caracterizada a evolução na interpretação dos Tribunais de Justiça quanto à igualdade na família entre os cônjuges, ao menos diante da dissolução da sociedade conjugal.

Como tendência majoritária ainda parece prevalecer o julgamento da separação judicial litigiosa baseada na “culpa” de uma das partes, mas as consequências jurídicas apresentam-se gradualmente reduzidas, enfraquecendo tal entendimento. Conforme demonstrado no Caso 6, o Superior Tribunal de Justiça traz jurisprudência crescente no sentido da dissolução do vínculo conjugal sem fixar a “culpa”, desde que os cônjuges acordem pela extinção da sociedade e presentes indícios de impossibilidade de reconstituição da família. Parece representar uma tendência minoritária, mas em franca expansão.

A observância da quase-inexistência de consequências jurídicas para o declarado “culpado” talvez seja o fundamento primeiro dos julgadores, mas a dignidade da pessoa humana “ganha” com a não-fixação da culpa, evitando a discussão de assuntos relacionados ao direito de privacidade e combatendo as relações de poder no âmbito familiar.

2.4.3 Pensão alimentícia entre os cônjuges

Pesquisa realizada na jurisprudência da *Revista dos Tribunais* de 1989 a 2006. As palavras-chave utilizadas foram: “pensão”, “alimentos” e “cônjuges”. Foram examinadas 87 ementas e selecionados 6 acórdãos, lançando mão dos critérios acima mencionados, ou seja, o litígio entre os cônjuges, buscando detectar os parâmetros dos julgadores para suas decisões finais, averiguando a efetividade jurídica dos direitos da mulher por meio das tendências predominantes e minoritárias no tema.

Para a análise jurídica dos casos a seguir enumerados, atente-se para a legislação internacional, regional e nacional, bem como à interpretação integradora, concebendo o direito como um todo na busca pela maior efetividade possível das normas jurídicas.

1) Legislação:

Convenção Americana de Direitos Humanos – Artigos: 8º-1, 11.1, 17.4, 24, 32.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – Artigos: 23.4, 26.

Convenção de Belém do Pará – Artigos: 4º, a, b, e, f; 6º, a, b; 8º, b.

CEDAW – Artigos: 3º, 4º, 5º, 15, 16, c. g.

Constituição brasileira de 1988 – Artigos: 226, §§ 3º, 5º.

Lei 5.478/68 – Artigos: 5º, 7º.

Código Civil de 1916 – Artigos: 396 a 401.

Código Civil de 2002 – Artigos: 1.511, 1.694 a 1.699, 1.702 a 1.704, 1.709.

Súmulas do STF: 380.

2) Indicadores adotados segundo o conceito de igualdade dos autores respectivos:

1ª pergunta – Celso Antônio Bandeira de Mello – O recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra fonte de renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, uma vez que ele constitui outra família?

2ª pergunta – José Joaquim Gomes Canotilho – Quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

3ª pergunta – Boaventura de Sousa Santos – Quando ambos trabalham, há concessão da pensão para qualquer deles?

4ª pergunta – Boaventura de Sousa Santos – A idéia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

Caso 1

(RT 652/136)

TJMG – 1990

Ementa oficial: Alimentos. Exoneração da obrigação. Convenção *rebus sic stantibus*. Toda decisão ou convenção a respeito de alimentos traz ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*. Se a credora por alimentos consegue trabalho honesto que lhe permita viver condignamente, pode o marido devedor pedir com êxito a exoneração da obrigação alimentar, enquanto durar tal situação. Ap 75.684-2 (segredo de justiça) – 2ª C. – j. 9.5.89 – rel. Des. Gudesteu Biber.

Destaque de trechos do acórdão:

No caso específico, entretanto, os rendimentos da apelante, auferidos de seu emprego na Açominas, são quase iguais aos do marido, que é bancário. Em razão desse ganho ausente por ocasião da separação judicial, ela deixou de ser dependente e deixou de necessitar da pensão estipulada por acordo no processo de separação. [...]

Seria um verdadeiro contra senso que, em situações idênticas de fortuna, tivesse um dos ex-cônjuges que pensionar o outro. Aí, sim, romperia o equilíbrio que a lei quis preservar. [...]

O art. 15 de Lei 5.478/68 é taxativo ao afirmar que ‘a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados’. Exatamente isso ocorreu *in casu*. De simples vendedora de cosméticos quando do desquite, a apelante é hoje alta funcionária da Açominas. Antes, necessitava ela do suprimento alimentar em seu favor; hoje, não. [...]

Assim, ressalvado à mulher o direito de pedir alimentos (caso sobrevenha nova alteração de sua fortuna), nego provimento ao recurso e mantenho a r. sentença hostilizada.

Pergunta 1ª) O recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra fonte de renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, uma vez que ele constitui outra família?

Neste caso o recurso foi improvido dada a comprovação da boa situação financeira da mulher-apelante. Embora ela tenha alegado que “o emprego junto à Açominas visava apenas a impedir que ela e os dois filhos do casal morressem à míngua” (p. 136), o Tribunal confirmou a sentença reconhecendo a igualdade financeira entre a alimentada e o alimentante. Portanto, exonerou o devedor da prestação da pensão alimentícia à ex-cônjuge.

Pergunta 2ª) Quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

O pedido de exoneração, neste acórdão, está fundamentado na melhora da condição financeira da ex-esposa, e não na redução de rendimento do ex-marido.

Pergunta 3ª) Quando ambos trabalham, há concessão da pensão para qualquer deles?

Neste caso o homem foi exonerado da prestação da pensão alimentícia porque a mulher não apenas trabalhava, mas auferia rendimentos semelhantes aos seus.

Pergunta 4ª) A idéia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

Foram rejeitados esses estereótipos, reconhecendo-se a igualdade entre homens e mulheres. Entretanto, cabe destacar a apelação da ex-esposa, ou seja, seu inconformismo com a sentença que reconheceu a igualdade entre ela e seu ex-marido.

Comentários parciais: Esta decisão ocorreu apenas um ano após a promulgação da Constituição de 1988 e reconheceu a igualdade em direitos e obrigações para homens e mulheres, embora não tenha expressamente citado as normas constitucionais. Ao analisar a efetiva situação financeira dos cônjuges, o Tribunal exonerou o ex-marido da obrigação de prestar alimentos à ex-esposa interpretando o art. 15 da Lei n. 5.478/68 e concluindo pelo não-trânsito em julgado de sentença que fixa alimentos. A relação entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante é bem equacionada, pois os rendimentos das partes são investigados de forma direta. O princípio da proporcionalidade parece ter sido lembrado pelos julgadores, embora não esteja expresso na decisão. O acórdão termina afirmando que também esta decisão não é definitiva, pois a alteração da situação de fato (no caso a fortuna da apelante) possibilitará novo pedido de pensão alimentícia. Ressalte-se o inconformismo da mulher, ou seja, parece que a pré-concebida idéia de “homem provedor” é mantida por ela.

Caso 2

(RT 714/113)

TJSP – 1995

Ementa oficial: Em tempos hodiernos demanda-se que a mulher se exponha ao mercado de trabalho, ente social responsável que é. Pesa contrapor-se-lhe, contudo, que, na espécie, esse tentame ainda não lhe assegurou a emancipação financeira, a ponto de dispensar a proteção alimentar, de que ainda carece. Elnfrs. 181.177-1/6-02 – 4ª C. – J. 11.8.03.94 – Rel. Des. Ney Almada.

Destaque de trechos do acórdão:

Dúvida alguma subsiste da equiparação homem-mulher, por tensão de conhecido dogma constitucional, inserido, todavia, não indubitavelmente na esfera normativa mas, com certeza, e desde o primeiro súbito de vista, no programa normativo da Carta Magna, segundo distinção feita por Canotilho, em seu *Direito Constitucional*. [...]

Na prática, todavia, a igualdade marido-mulher é contingente e relativa. [...]

O Constituinte acolheu, como cristalização evolutiva da sociedade, uma tendência à igualização jurídica homem-mulher, mas não a decretou em termos categóricos e de universal espectro. Tarefa que lhe seria quixotesca, porque não goza do deístico privilégio de operar metamorfoses, diante de realidades díspares como se deparam no confronto entre ambos. Ao legislador comum caberá o encargo de aplicar o princípio geral inserido no programa constitucional, a exemplo do que dispõe os códigos italiano e espanhol, definindo a igualdade de direitos e deveres entre os casados. É precisamente o que preconizou a Convenção Americana de Direitos Humanos, no Pacto de Costa Rica, art. 14. Acresça-se que também ao juiz é reservado tal labor, na medida do caso concreto. [...]

Veja-se, agora, a espécie dos autos, diante da qual se põe indagação radical: tem a mulher meios para automanter-se, à revelia do amparo marital? Resposta negativa, *data venia*, emerge da instrução do feito. Durante nove anos viveu insulada no casulo doméstico, na rotina alienante de dona de casa, sustentada pelo marido enquanto o convívio conjugal se manteve vívido. Entregou-se ao governo doméstico, e só. Veio ela a habilitar-se para o trabalho, diplomando-se em graduação jurídica, somente após ter ocorrido o dissenso conjugal, para, ainda além, conquistar modesta posição laboral, a de Escrevente Técnico Judiciário desta Corte de Justiça. Notoriamente é mal remunerada. [...]

Ora, os elementos fáticos projetados na cognição desconvenem da oportunidade da dispensa alimentar, a um só tempo ressarcitória e assistencial.

Pergunta 1ª) O recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, uma vez que ele constitui outra família?

Neste acórdão, mesmo a mulher trabalhando, foi mantida a pensão alimentícia paga pelo ex-marido, por se considerar a natureza desta como “ressarcitória e assistencial”. A idéia de compensação pelo tempo em que se dedicou ao casamento, ficando fora do mercado de trabalho, é argumento relevante da decisão.

Pergunta 2ª) Quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

Neste caso não houve análise da condição financeira do alimentante, mas somente da necessidade da alimentada.

Pergunta 3ª) Quando ambos trabalham, há concessão da pensão para qualquer deles?

Este acórdão garante à mulher trabalhadora a manutenção do recebimento da pensão alimentícia, pois considerou seus rendimentos insuficientes, devendo ser complementados.

Pergunta 4ª) A idéia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

Parece que sim, pois, mesmo inserida no mercado de trabalho, exercendo cargo público no Tribunal de Justiça, continua a receber pensão do ex-marido.

Comentários parciais: Observe-se que a igualdade constitucional, bem como a Convenção Americana de Direito Humanos, são mencionadas neste acórdão ao discutir o princípio da igualdade entre homens e mulheres, porém como “norma programática”. Ora, a igualdade é direito fundamental, e, portanto, merece aplicação imediata, principalmente por meio da interpretação realizada pelos Tribunais. Protrair no tempo a efetiva implementação significa “protelar”, injustificadamente, a concretização da lei.

Os julgadores concedem a manutenção da pensão alimentícia à mulher que trabalha, constatando seus baixos rendimentos e sem analisar a possibilidade financeira do alimentante. O acórdão busca uma “compensação de desigualdades” entre homens e mulheres, argumentando com a necessidade não apenas de complementar as rendas da mulher, mas de indenizá-la pelo período em que “entregou-se ao governo doméstico”.

A relação de compensação de desigualdades de oportunidades pode encontrar paradigma na Constituição nas normas relativas à aposentadoria da mulher, quando o constituinte concede cinco anos a menos para a aposentadoria feminina.

Interessante constatar como o relator busca atribuir aos juízes responsabilidade pela maior implementação das normas constitucionais e internacionais aos casos concretos. Este acórdão destaca-se pela interpretação diferenciada, que avalia a efetiva condição da mulher nos dias atuais como consequência de um passado de submissão às relações de poder. Entretanto, ainda que implicitamente, desvaloriza o atual trabalho da mulher e mantém a dependência econômica em relação ao ex-marido, cujo papel de “provedor” não é afastado.

Assim, a argumentação utilizada pelo relator cria um paradoxo, podendo gerar efeitos “colaterais”, ou seja, a manutenção da pensão para a mulher que trabalha pode ser interpretada como incentivo à dependência econômica da mulher em relação ao homem, embora a intenção seja a “compensação de desigualdade de oportunidades” entre homens e mulheres.

Caso 3

(RT 765/365)

TJSC – 1999

Ementa da redação: Constatado que a culpa pela separação judicial do casal foi exclusiva do ex-marido, é seu dever prestar alimentos à ex-mulher, ainda que se trate de pessoa jovem, saudável e graduada em nível superior, mormente se comprovado que a separanda, que exercia antes do casamento atividade remunerada, foi proscrita do mercado de trabalho não por vontade própria, mas mediante o incentivo do ex-esposo, pois, em tais hipóteses, embora haja a possibilidade de sua adaptação ao mercado de trabalho, faltam-lhe as contingências da atualidade, entre elas fatores como experiência e competitividade. Ap 98.007462-2 – Segredo de Justiça – 3ª Câ. – j. 1º.12.1998 – rel. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Destaque de trechos do acórdão:

O Representante Ministerial traçou com muita propriedade os lindes da matéria, principalmente sobre o tema objeto do recurso, relativo à prestação de alimentos à recorrente, tida como jovem, saudável, graduada em nível superior e, portanto, capaz de adaptar-se ao mercado de trabalho, mormente porque proprietária de sala e box na cidade de Porto Alegre, onde estaria residindo. Realmente tais fatos são incontrovertidos, na medida em que tanto a idade, higidez, colação de grau e nível superior e capacidade de trabalho da apelante restaram comprovados nos autos ou por ela não contestados. Neste contexto – e diante, somente, destas circunstâncias –, é viável dizer-se que não fazia jus aos alimentos, já que imprescindível era a prova inequívoca do binômio possibilidade-necessidade do alimentante e da beneficiária.

Todavia, diz Yussef, ‘a lei abre exceção a essa regra, se a separação judicial foi decretada por fato imputável a um dos cônjuges (Lei do Divórcio, art. 5º, *caput*), ou foi sua a iniciativa de ação (art. 5º, §§ 1º e 2º); em qualquer dos casos, tendo sido sua a responsabilidade pela separação judicial, esta responsabilidade se resolve na separação a que tende a prestação alimentícia do art. 19’. [...]

A apelante foi proscrita do mercado de trabalho por vontade própria, mas mediante o incentivo, pode-se dizer, do marido. [...]

E se era sustentada por ele, é óbvio que desabituou com a rotina e exigências cada vez mais acentuadas do mercado. [...]

Ademais, a capacidade laborativa da esposa não exonera o marido da obrigação alimentícia, pois não pode obrigá-la a trabalhar, a obrigação de sustentar a mulher somente cessa, para o marido, quando do abandono do lar e a este recusa voltar, quando muito a capacidade laborativa dela será elemento a influir na fixação do *quantum* da prestação (ApCiv. 24.546, rel. Des. Rubem Córdoba). [...]

Ainda que os três anos que antecederam a sentença de separação representassem tempo suficiente a esta adaptação, porquanto beneficiada com a pensão do ex-marido, ainda assim não se pode dizer que a apelante não faz jus aos alimentos, tão-somente, porque em franca extinção a profissão de ex-mulher. Até porque, em se considerando como ‘profissão’ a situação da apelante, há que se ter como mau empregador o apelado, que não só deixou de cumprir seus deveres durante o casamento como foi condenado por isto e não recorreu.

Como o apelado deve e pode sustentar e a apelante precisa e quer os alimentos, o requerimento, neste particular, deve ser acolhido, sem olvidar a possibilidade de serem re-

vistos ou abolidos caso provada a mudança das condições financeiras das partes ou da situação civil da alimentanda.

Pergunta 1ª) O recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, uma vez que ele constitui outra família?

Neste acórdão o recurso da mulher foi provido, condenando-se o ex-marido a pagar pensão alimentícia mesmo diante de toda a capacidade laborativa da ex-esposa, inclusive de outros recursos financeiros dela.

Pergunta 2ª) Quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

O homem, neste caso, possuía condições de arcar com a pensão alimentícia, e o argumento jurídico foi sua “condenação” na separação judicial litigiosa.

Pergunta 3ª) Quando ambos trabalham, há concessão da pensão para qualquer deles?

Neste caso, apenas o homem trabalhava. A mulher foi considerada “fora do mercado de trabalho” por sua falta de experiência e competitividade.

Pergunta 4ª) A idéia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

Parece influir na decisão. Embora os argumentos dos julgadores tenham sido a “condenação do marido” na separação judicial e a inexperiência e falta de competitividade da mulher perante o mercado de trabalho, subentende-se a idéia de que o homem deve prover o sustento de sua mulher, pois guarda “dívida” para com ela. É uma espécie de indenização, talvez sustentada pelo preconceito da mulher “dependente” do marido.

Comentários parciais: Curiosos, neste acórdão, dois elementos: 1º) a manutenção da pensão para ex-mulher, que já vinha recebendo há três anos e possui plena capacidade laborativa, inclusive com recursos financeiros próprios (uma sala e um box na cidade de Porto Alegre); 2º) a idéia de que a condenação do homem na separação judicial merece uma sanção financeira em favor da mulher “inocente” pelo término da relação conjugal.

Esta decisão foi prolatada em 1998, dez anos após a promulgação da Constituição Federal, e ainda parece seguir antigos paradigmas, por exemplo, a mulher dependente do homem, inclusive após a separação. Não se trata de “dever de solidariedade” entre os cônjuges, pois a ex-esposa em questão possui recursos e qualificação para o ingresso no mercado de trabalho, embora a decisão considere a falta de experiência e competitividade como elementos que dele a excluem.

Caso 4

(RT 835/208)

TJSP – 2005

Ementa da redação: Em ação de divórcio, deve ser mantida pensão alimentícia à ex-esposa se, em razão da idade da cônjuge, evidencia-se dificuldade de ingresso no mercado de trabalho, aliado ao fato de que o ex-marido voluntariamente já lhe oferecia numerário mensal a título de alimentos. Ap 353.303-4/8-00 – Segredo de Justiça – 9ª Câm. – j. 27.01.2005 – rel. Des. Ary Bauer.

Destaque de trechos do acórdão:

A ação de divórcio aforada por I.B.B. em face de L.B., fundamentada em separação de fato do casal há mais de dois anos, foi julgada parcialmente procedente pela r. sentença de f., cujo relatório se adota, para decretar o divórcio dos litigantes, condenando L.B. ao pagamento mensal de pensão alimentícia no valor de 3 salários míni-

mos a I.B.B., e ordenando que esta volte a usar o seu nome de solteira. A autora apelou, reiterando a sua pretensão de continuar usando o seu nome de casada e insistindo no pedido de condenação do réu ao pagamento de alimentos ao filho do casal, que não dispõe de meios econômicos para custear seus estudos universitários. O réu insurgiu contra sua condenação de pensão alimentícia à autora. [...]

Porque o divórcio liquida a sociedade e os vínculos matrimoniais (art. 24 da Lei 6.515/77) não pode a mulher, que assumiu o apelido do marido em razão do casamento, mantê-lo após a extinção do matrimônio, ainda que não haja contribuído para a separação (RT 554/204) a menos que concorra motivo que se enquadra nas exceções previstas no pár. ún. (I – evidente prejuízo para sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido em decisão judicial), o que não se dá no caso em exame, seja porque o fato de voltar a usar o seu nome de solteira, I.B., não impede que seja identificada como autora das músicas registradas nos órgãos competentes como sendo de autoria de I.B.B., seja porque na composição do nome do filho do casal, D.B.B., encontra-se também o nome da família da autora. [...]

E não merece censura alguma a decisão apelada [...] quanto no que concerne à condenação do réu ao pagamento da pensão alimentícia à autora, cuja idade dificulta seu ingresso no mercado de trabalho, e da qual ela depende para sua subsistência, como o fato de o réu estar-lhe ofertando alimentos voluntariamente há anos bem o demonstra.

Pergunta 1ª) O recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra fonte de renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, uma vez que ele constituiu outra família?

Neste acórdão a mulher não trabalha e possui idade avançada, sendo dificultosa sua inserção no mercado de trabalho, portanto, mantido o pagamento da pensão alimentícia pelo ex-cônjuge.

Pergunta 2ª) Quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

Neste caso o homem requereu a exoneração, embora podendo pagar a pensão à ex-esposa, mas seu pedido foi indeferido dada a necessidade desta.

Pergunta 3ª) Quando ambos trabalham, há concessão da pensão para qualquer deles?

Só o homem trabalha neste caso, e a mulher tem idade que dificulta sua inserção no mundo do trabalho.

Pergunta 4ª) A idéia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

Há, no presente caso, fato agravante da dependência econômica da mulher: a idade. É uma realidade a dificuldade de pessoas acima de 40 anos ingressarem no mercado de trabalho, principalmente como primeiro emprego.

Comentários parciais: Diferentemente do acórdão anterior (Caso 2), no qual a mulher era jovem e possuía capacidade laborativa e até mesmo bens para iniciar atividade, no Caso 3 caracteriza-se a efetiva necessidade da ex-esposa de receber pensão alimentícia, bem como a possibilidade de pagamento do ex-cônjuge. O dever de assistência está configurado.

Ressalte-se, também, o indeferimento quanto ao uso do nome do marido pela ex-esposa, pois os julgadores não entenderam pelo prejuízo advindo à mulher pela retirada de seu nome do apelido de família do ex-cônjuge. Ora, se suas músicas foram registrada com o nome I.B.B., obviamente que o registro de I.B. não é a mesma coisa, ou seja, altera-se a autoria. O Tribunal deixa de reconhecer o nome como direito de personalidade, causando prejuízos à requerente e não trazendo qualquer benefício ao ex-marido.

Caso 5

(RT 843/262)

TJSP – 2006

Ementa oficial: Exoneração de pensão alimentícia – Ex-mulher. A atual Carta Magna estatuiu a perfeita igualdade jurídica entre marido e mulher, art. 226, § 5º, e os deveres conjugais podem ser exercidos da mesma forma pelo homem e pela mulher. Requerida tem 31 anos de idade, jovem e saudável. Condições de manter o próprio sustento. Ação que deve ser julgada procedente. Ap 384.225-4/3-00 – Segredo de Justiça – 3ª Câ. de Direito Privado – j. 26.07.2005 – v.u. - rel. Des. Beretta da Silveira.

Destaque de trechos do acórdão:

A Constituição de 1988 provou profundas alterações no direito de família. Agora homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I) e os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º). O reconhecimento da igualdade entre os sexos importa no desaparecimento da obrigação alimentar exclusiva a cargo de um dos cônjuges. Observado, contudo, obrigatoriamente, o dever de mútua assistência (art. 231, III do CC/1916 e do art. 1.566 do CC/2002), fundamento legal da obrigação entre marido e mulher. Assim, diante do dever de mútua assistência de ambos os cônjuges, sempre haverá sustentação material à pretensão alimentar. [...]

A atual Carta Magna estatuiu a perfeita igualdade jurídica entre marido e mulher, art. 226, § 5º, e os deveres conjugais podem ser exercidos da mesma forma pelo homem e pela mulher. No caso, a autora conta com trinta e um anos de idade, jovem, portanto, saudável, encontrando-se em condições de manter por si mesma. [...]

A igualdade estabelecida na Constituição Federal extirpa a imagem da mulher inerte. [...]

O casamento ocorreu em novembro de 1992 e já em setembro de 1994 se separaram consensualmente, anotando-se que, em verdade, o casal ficou junto somente um ano, conforme alegou a própria requerida apelada.

Desde a separação que o apelante vem pagando pensão para a apelada, e somente ajuizou ação de exoneração em maio de 2003, tempo suficiente para que a requerida apelada se adaptasse à nova vida de separada. É jovem, saudável, tem condições de suprir o próprio sustento.

Pergunta 1ª) O recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, uma vez que ele constituiu outra família?

A sentença monocrática indeferiu a ação, mas o Tribunal de Justiça julgou procedente a apelação, exonerando o ex-marido da continuidade do pagamento de pensão alimentícia à

ex-mulher jovem e saudável. O ex-cônjuge cumpriu a obrigação alimentícia por aproximadamente 12 anos.

Pergunta 2ª) Quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

Neste acórdão, o homem requereu a exoneração da prestação de alimentos que foi provida, mesmo a mulher não tendo emprego ou outra forma de sustento.

Pergunta 3ª) Quando ambos trabalham, há concessão da pensão para qualquer deles?

Não é o caso em análise.

Pergunta 4ª) A idéia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

É literalmente rejeitada neste acórdão. A idéia central é de que todo indivíduo deve trabalhar para o próprio sustento. Ressalte-se que o instituto de alimentos foi criado para socorrer necessitados e não para incentivar a dependência econômica.

Comentários parciais: Este acórdão interpreta literalmente o princípio da isonomia entre homens e mulheres nas relações familiares. Reconhece a necessidade de efetivar a igualdade em direitos e também em obrigações. A mulher deve trabalhar para buscar sua independência econômica; parece, também, sugerir que o homem não tem o dever legal de sustentar por longo período ex-esposa com quem foi casado apenas por um ano. Destaque-se, ainda, o combate ao abuso do dever de assistência entre ex-cônjuges, pois mulher jovem e saudável, que recebeu pensão alimentícia por 12 anos, já deveria, possivelmente, ter buscado sustento próprio. A igualdade deve ser sinônimo de equilíbrio entre homens e mulheres e não de benefício unilateral.

Caso 6
(RT 848/239)
TJAC – 2006

Ementa oficial: Na união estável os bens formadores do patrimônio advindos de aquisição por qualquer um dos conviventes, ainda que da contribuição indireta do trabalho doméstico da mulher, passam a pertencer a ambos e são passíveis de divisão quando dissolvida sociedade de fato.

É devida pensão alimentícia após a dissolução da união estável, uma vez comprovado que o varão sempre contribuiu para o sustento do lar e também pelo fato de que a mulher não goza de saúde, não possuindo condições de se manter. A constituição de outra família, com mulher e filhos não desobriga o apelante do dever de alimentar a ex-companheira. Ap. 2005.000691-1 – Segredo de Justiça – Câmara Cível – j. 06.09.2005 – v.u. – rel. Des. Ciro Facundo de Almeida.

Destaque de trechos do acórdão:

O magistrado *a quo* decretou a partilha dos bens móveis do casal da seguinte forma: 50% do valor das quinze cabeças de gado remanescentes a cada um; 50% do valor das cotas pagas até 17.03.2000 [...].

Condenou, com fundamento no art. 7º da Lei 9.278/96 o apelante a pagar a favor da apelada pensão alimentícia no valor de 15% sobre a remuneração e demais vantagens salariais, inclusive 13º salário, deduzidos os encargos obrigatórios [...].

O apelante diz que a apelada não ficou inválida, podendo desenvolver atividade remunerada para prover seu próprio sustento, não havendo que se falar em pagamento de pensão alimentícia porque ele apelante já constituiu nova família composta de três pessoas, as quais dependem inteiramente dele. [...]

Apelação cível. Sociedade de fato. Dissolução. Divisão do patrimônio. Guarda dos filhos menores. Alimentos. 1. Os bens formadores por um ou por outro dos conviventes, passam a pertencer a ambos e são passíveis de divisão quando dissolvida a sociedade de fato. [...]

O art. 5º da Lei 9.278/96 estabeleceu a presunção de que os bens adquiridos na constância da união estável são fruto do esforço comum dos conviventes, devendo ser partilhados na proporção de 50% para cada um. [...]

Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Súm. 380 STF. [...]

A pensão alimentícia fixada na sentença em 15% sobre a remuneração e demais vantagens salariais do apelante, está dentro da razoabilidade, afinal, durante os catorze anos de convivência o apelante sempre contribuiu para o sustento do lar; soma-se a isto o fato de que a apelada é pessoa que não goza de saúde, o que foi reconhecido pelo próprio apelante. Não há nenhuma aberração jurídica ou qualquer anormalidade na condenação do apelante ao pagamento de pensão alimentícia após a dissolução da sociedade de fato, eis que referida condenação tem expressa previsão legal contida no art. 7º da Lei 9.278/96, aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira. [...]

O fato de o apelante constituir outra família com três membros não o desobriga da responsabilidade que a lei lhe impõe, assim como também não desobriga a responsabilidade dos filhos da apelada de também concorrerem para o sustento dela, complementando a pensão que deverá ser paga pelo apelante.

O apelante não comprovou sua impossibilidade de suportar o ônus da pensão, nem tampouco a desnecessidade da apelada de recebê-la, o que seria necessário para obter provimento ao presente recurso. [...]

Face a todo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo-se *in totum* a sentença guerreada.

Pergunta 1ª) O recurso é improvido quando a mulher trabalha e/ou possui outra renda e alega necessidade da pensão? Ou o recurso é provido quando o homem requer a diminuição/exoneração da pensão alimentícia da ex-esposa, uma vez que ele constituiu outra família?

A sentença de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal, ou seja, a pensão continua a ser devida para a companheira, por ser pessoa de saúde frágil e, portanto, impossibilitada para o trabalho. O argumento do apelado – que requereu a exoneração da prestação porque constituiu nova família – não foi aceito.

Pergunta 2ª) Quando o homem está desempregado e requer a exoneração da pensão, embora a mulher dela necessite, como ocorre o julgamento?

Neste caso, o credor, tendo constituído nova família, embora não possa ser exonerado da pensão, teve sua possibilidade de pagamento da pensão reduzida. Entretanto, a mulher não goza de boa saúde. O julgamento tenta “equacionar” esses dois elementos.

Pergunta 3ª) Quando ambos trabalham, há concessão da pensão para qualquer deles?

Não é o caso em análise.

Pergunta 4ª) A idéia da mulher dependente e do homem provedor influi na decisão ou é afastada?

Neste acórdão há uma realidade que não pode ser rejeitada: a ex-companheira não goza de boa saúde; portanto, dificultada está sua capacidade laborativa. Há efetiva dependência econômica da mulher em relação ao ex-companheiro.

Comentários parciais: Embora a situação de fato apresente argumentos bastantes para a manutenção da pensão alimentícia à mulher, convém observar que na relação de proporcionalidade entre a necessidade de quem recebe e a possibilidade de quem paga houve prejuízo. Embora a mulher não goze de boa saúde, por certo a situação financeira do ex-companheiro exigia uma diminuição do *quantum* com o qual contribui. Mesmo diante dos deveres de mútua assistência entre as partes, a razoabilidade e a proporcionalidade devem informar a fixação da pensão alimentícia. Conforme o próprio acórdão admite, a alimentanda também possui filhos que devem concorrer para o sustento da mãe, juntamente com o ex-companheiro.

Comentários gerais: Dos seis casos analisados de prestação de pensão alimentícia entre ex-cônjuges, apenas em dois foi o homem exonerado do pagamento. No Caso 1 o Tribunal reconheceu a semelhança nos rendimentos auferidos entre a mulher e o homem, concluindo pelo descabimento da pensão, enquanto no Caso 5 a igualdade constitucional fundamentou o dever da mulher de prover o próprio sustento, pois há aproximadamente doze anos subsiste à custa do ex-cônjuge, embora jovem e saudável. Este último julgamento demonstra a preocupação do Judiciário em não incentivar abusos e desvirtuar o instituto dos alimentos, criado em caráter assistencial.

Nos casos em que confirmada a manutenção da pensão alimentícia às ex-esposas, a fundamentação primordial foi a dificuldade de acesso da mulher ao mercado de trabalho, ora

por causa da idade ou estado de saúde, ora por não ser suficientemente “qualificada” para o ingresso no âmbito público em igualdade de condições.

A análise desses dados merece prévios esclarecimentos: 1º) na totalidade dos casos as próprias mulheres reivindicam a manutenção da pensão; 2º) a condenação do homem na separação litigiosa parece ainda – embora em menor escala – sustentar a obrigação alimentar, não se investigando a real possibilidade do alimentante de prestá-la; 3º) a não-uniformidade dos argumentos jurídicos, tampouco da interpretação do princípio constitucional da igualdade.

O Caso 2 mostra-se peculiar na análise da igualdade, adotando o argumento de Canotilho de “compensação de desigualdades de oportunidades” e mantendo a pensão à mulher que trabalha, de forma “ressarcitória e assistencial”, ou seja, complementando seus rendimentos com a pensão prestada pelo ex-marido, que deve ressarcir-la pelo tempo em que “governou o lar”. Curioso o paradoxo criado com tal decisão, pois, ao considerar a igualdade entre os gêneros, não equaciona os ganhos auferidos pelo alimentante, limitando-se a “apená-lo” com um ressarcimento à ex-mulher. Ora, a igualdade pressupõe o equilíbrio, e, neste caso, nem sequer se investigou a possibilidade do ex-marido de pensionar a ex-esposa. Há, ainda, nesta decisão, o risco da manutenção do estereótipo da mulher sempre dependente do homem para seu sustento, ainda que economicamente ativa. Subentende-se a desqualificação de seu trabalho, mesmo sendo cargo público. Em sentido contrário, o Caso 5, comentado acima, demonstra o reconhecimento da capacidade da mulher de auferir o próprio sustento com seu labor, incentivando a independência feminina e a qualificação de sua mão-de-obra.

A inserção da mulher no mercado de trabalho, principalmente após certa idade, merece destaque em quase todas as decisões. É um fato preocupante da realidade brasileira, carecedor de políticas específicas destinadas a sua atenuação.

A Constituição de 1988 e as leis trabalhistas posteriores buscam o ingresso da mulher no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens. Não se admitem diferenças injustificadas nos processos seletivos, no desenvolvimento das atividades, e, principalmente, afastam-se desigualdades salariais entre homens e mulheres que exercem a mesma

função. A Organização Internacional do Trabalho fixa medidas mínimas protetivas do trabalho feminino visando incentivar o labor da mulher. Destaque-se que a “falta de competitividade e experiência”, citada nestes acórdãos, provém exclusivamente do não-exercício de trabalho anterior, mas não deve justificar a exclusão definitiva da mulher. Há dificuldades incontestáveis, mas não intransponíveis.

No exame desses casos, constata-se a existência de dependência econômica da ex-esposa em relação ao ex-marido, bem como a influência – ainda que implícita – do estereótipo “homem provedor” e “mulher desqualificada para o trabalho”. Nesta análise, entretanto, há uma linha tênue entre o caráter assistencial da pensão e o discriminatório, ou seja, em muitos momentos surgem dúvidas quanto à efetiva motivação dos julgadores.

A tendência dominante parece, ainda, à manutenção dos alimentos à mulher. O julgador sugere incerteza quanto à possibilidade de o trabalho feminino prover adequadamente o sustento da mulher. Interessante destacar que a mesma desconfiança não paira em relação ao trabalho do alimentante, pois os rendimentos deste, e sua modificação, nem sempre são examinados com precisão. A marca da “proteção pelo homem” fica evidente nos julgados, bem como a idéia de “ressarcimento à mulher pelos serviços prestados”. Tendência crescente desponta nos julgados dos Tribunais: a mulher deve prover seu próprio sustento, evitando-se o “abuso” do instituto dos alimentos, destinado a casos excepcionais, por exemplo, para aqueles que não gozam de boa saúde ou possuem idade avançada.

Cabe, ainda, ressaltar que esta pesquisa não localizou requerimento de alimentos do ex-marido para a ex-esposa. Embora a *Revista dos Tribunais* traga as principais decisões dos Tribunais de Justiça brasileiros, causou perplexidade a ausência de recursos referentes à concessão da pensão da mulher para o homem. Considerando que desde a Lei 6.515 de 1977 essa hipótese existe no ordenamento jurídico brasileiro, e que a pesquisa percorreu o período de 1989 a 2006, a única explicação plausível para tal fato é que as palavras-chave utilizadas não “detectaram” tais julgados, embora tenham selecionado 87 ementas, todas estudadas.

Atente-se para o fato de que a igualdade entre homens e mulheres requer, neste momento, conscientização não apenas dos operadores do direito, mas da sociedade como um todo, inclusive das mulheres. E constitui dever do Estado brasileiro (assumido no artigo 5º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) propiciar medidas adequadas para: “Artigo 5º-a. Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres”. Assim, políticas de conscientização precisam ser empreendidas para acelerar a concretização da igualdade entre os gêneros.

O caráter social, e não apenas individual, da pensão alimentícia não deve ser olvidado, pois se trata de um dever de solidariedade entre as partes. Portanto, embora seja um direito fundamental relacionado à vida e à dignidade da pessoa humana, acrescenta-se a responsabilidade social desse instituto, vinculado à boa-fé. O artigo 32 da Convenção Americana de Direitos Humanos expressamente declara: “Correlação entre deveres e direitos: 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”. Ressalte-se, também, a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos como pressupostos para o desenvolvimento social.

3. Conclusões

Este estudo revela três principais períodos quanto à situação jurídica da mulher na sociedade: 1º) lutas e reivindicações feministas por direitos, dada sua inexistência; 2º) reconhecimento dos direitos da mulher; 3º) urgência pela efetividade desses direitos nos dias atuais.

No primeiro período, no final do século XVIII, destacam-se as reivindicações por direitos pelas mulheres, por meio de documentos e manifestos elaborados na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, respectivamente, com a publicação do *Caderno de Lamentações das Mulheres* (em 1789), com a Defesa dos Direitos da Mulher (em 1792) e com a *Equal Rights Association* (em 1840). A partir desse momento histórico a condição de “hipossuficiente” imposta à mulher e as relações de poder a que se submetia passaram a ser questionadas, ainda que por pequena parcela da sociedade.

A cidadania, o direito de voto e as melhores condições de trabalho constituíram as primeiras reivindicações femininas, que buscavam alcançar o espaço público, antes restrito exclusivamente aos homens.

Após um século e meio de lutas feministas, o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos despontou, ainda que genericamente, na Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, sob a bandeira da igualdade de todas as pessoas.

O segundo período foi marcado pelo final da Segunda Guerra Mundial, que trouxe à tona os horrores do holocausto e a necessidade de revisão do estrito positivismo jurídico, pois a letra da lei revelou-se insuficiente para a garantia do convívio social. Valores foram introduzidos nos ordenamentos jurídicos, reconhecendo-se a dignidade humana, segundo a concepção kantiana, como o cerne da proteção jurídica, e destacando-se os direitos fundamentais como objeto primeiro de resguardo pelo direito. Assim, a concepção de Estado soberano foi relativizada.

zada, reconhecendo-se a legítima intervenção da comunidade internacional nos Estados nacionais para a proteção dos direitos humanos.

A partir daquele momento, grupos considerados “minoritários” nas diversas sociedades ganharam relevância, e suas “causas” destacaram-se no cenário mundial. As crianças e adolescentes, os afro-descendentes, os estrangeiros e as mulheres tornaram-se objeto de declarações e convenções, internacionais e regionais, destinadas a concretizar a igualdade entre TODOS os seres humanos.

Instrumentos internacionais protetivos da mulher são firmados entre Estados-partes: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (em 1979); a Declaração e Programa de Ação de Viena (em 1993); a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (em 1994); a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (em 1995) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (em 1999).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, principal tratado internacional sobre o tema, propõe, em linhas gerais: 1) a ampliação dos direitos fundamentais para a mulher; 2) a maior eficácia desses direitos; 3) a alteração na relação entre homens e mulheres, inclusive no plano familiar e na distribuição de tarefas; 4) a maior participação das mulheres, em condições de igualdade, na sociedade; 5) o combate à prostituição e à exploração sexual das mulheres; 6) o reconhecimento por todas as nações da imprescindibilidade da mulher para o desenvolvimento do Estado e da humanidade.

A Declaração e Programa de Ação de Viena reafirmou a necessidade de reconhecer a igualdade entre os gêneros e declarou os direitos das mulheres como “parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais”. Encorajou a ratificação por todos os Estados da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a retirada das reservas feitas pelos Estados-partes da convenção; fixou medidas especiais para a inclusão feminina e sugeriu a introdução do direito de petição e de comunicação interestatal, permitindo a um Estado-parte denunciar outro na ocorrência de violações aos dispositivos da conven-

ção. As sugestões foram aceitas e incluídas no Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1999, com a finalidade de aprimorar os mecanismos de monitoramento da convenção.

A Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher aprovou a Declaração de Pequim, visando à implementação da plataforma de ação, isto é, registrou os obstáculos ao desenvolvimento da mulher e traçou objetivos e ações a serem realizados pelos Estados-partes para garantir melhores condições para a mulher na sociedade.

Por sua vez, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, de 1994, ressaltou os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a necessidade de acesso às informações e às medidas públicas para a efetivação desses direitos. A conferência reconheceu a relação indissolúvel entre população e desenvolvimento, reafirmando a concessão de maior “poder e liberdade” para as mulheres como imprescindível para o desenvolvimento equilibrado de toda a sociedade.

O Plano de Ação do Cairo recomendou à comunidade internacional uma série de objetivos e metas, tais como: a) o crescimento econômico sustentável como marco do desenvolvimento; b) a educação, em particular das meninas; c) a igualdade entre os sexos; d) a redução da mortalidade neonatal, infantil e materna; e) o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, em particular da planificação familiar e de saúde sexual.

No âmbito regional, os principais documentos jurídicos firmados são: a Convenção Americana de Direitos Humanos (em 1969) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção do Pará (em 1994).

A Convenção Americana de Direitos Humanos apresenta amplo rol de direitos civis e políticos, mas não faz menção específica aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambien-

tais. Flávia Piovesan⁷⁹ entende pela existência de duas etapas do processo de democratização como imprescindíveis para o avanço dos direitos humanos na América Latina: 1ª) a transição do regime autoritário para o democrático e 2ª) a efetiva consolidação do regime democrático. A primeira etapa foi alcançada com sucesso, mas a segunda ainda parece em curso. Ou seja, a consolidação do Estado Democrático de Direito depende da efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Não há direitos humanos sem democracia efetiva, e esta não subsiste sem a universalidade, indivisibilidade e interdependência entre os direitos.

A conhecida Convenção do Pará denuncia a violência contra a mulher como perpetuação da relação de domínio e opressão na sociedade, o que impede o efetivo desenvolvimento e progresso social. Define violência como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. Ressalte-se o “holofote” sobre a violência doméstica, até então quase oculta na legislação.

Na evolução dos direitos da mulher no âmbito nacional, alguns direitos específicos foram estudados, analisando-se: 1º) todas as Constituições brasileiras; 2º) o Código Civil de 1916 e o novo Código de 2002 referentes ao direito de família e sucessões; 3º) a legislação especial; 4º) o direito penal quanto à violência; e 5º) a legislação trabalhista.

No Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, durante a vigência da Constituição de 1946, a igualdade entre os sexos foi assegurada pelas Constituições, mas os conceitos de nacionalidade e cidadania sugeriam o não-reconhecimento da aptidão feminina para a participação política.

O voto feminino, conquistado com o Código Eleitoral de 1932 e a Constituição de 1934, apenas permitiu o aumento do eleitorado, pois a efetiva participação da mulher nos Poderes Legislativo e Executivo estava reduzida a números irrisórios. Ainda hoje se faz necessária lei que propicie “reserva” para a eleição de membros femininos nos pleitos, por exemplo, a

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 85.

Lei n. 9.504/97. Entretanto, avanços significativos vêm sendo verificados com a adoção de ações afirmativas; esperanças afloram com a análise do crescente índice de participação e eleição das mulheres.

O reconhecimento da participação feminina na política parece significar a conquista paulatina do espaço público pela mulher, ou, mais, do espaço de comando da sociedade: o governo do Estado. Entretanto, pesquisas apontam para a baixa efetividade do exercício de funções de maior destaque pela mulher, como o cargo de embaixadora. Ainda no espaço público, a relação de trabalho merece comentários.

A Constituição de 1934 garantiu a proteção no mercado de trabalho para as mulheres e a igualdade salarial quanto às mesmas funções exercidas por mulheres e homens em iguais condições. Entretanto, os critérios visando à igualdade entre os sexos na admissão foram consagrados apenas a partir da Constituição de 1967, revelando um longo caminho para a aceitação da mulher como trabalhadora. Cabe destaque à Lei n. 9.799/99, responsável pela inclusão de capítulo especial na Consolidação das Leis do Trabalho, destinado à proteção do trabalho feminino. Ressalte-se, ainda, a edição da Lei n. 10.244/2001, que revogou a proibição de realização de horas extras para mulheres, afastando a idéia de fragilidade relacionada ao comportamento feminino, o que na prática significava limitação à jornada de trabalho da mulher.

O trabalho feminino necessita, ainda, da proteção legislativa para combater discriminações e promover incentivos destinados a sua manutenção e crescimento. Os tratados internacionais e regionais, bem como as convenções elaboradas pela Organização Internacional do Trabalho, denotam a preocupação da comunidade internacional com a situação da mulher. Reitere-se a imprescindibilidade da força produtiva feminina na economia mundial e, consequentemente, no desenvolvimento social.

No espaço privado, enfatize-se a questão da violência doméstica, que permaneceu oculta aos olhos do legislador penal por décadas. Superada a etapa da bárbara aceitação da tese de “legítima defesa da honra do marido traído”, o legislador concedeu ao Juizado Especial Criminal competência para a aplicação de penas alternativas aos agressores de mulheres, res-

tando muitas vezes o pagamento de “cesta básica” como condição para a suspensão do processo criminal. Em 2001 o Brasil sofreu pela primeira vez condenação em nível regional, no caso Maria da Penha, que ensejou a criação da Lei n. 11.340/2006. Note-se a relevância da Convenção de Belém do Pará para a alteração da legislação interna do Brasil, resguardando a mulher da violência sofrida em sua própria residência, em regra pelo próprio parceiro.

A influência da comunidade regional possibilitou a garantia, para milhares de brasileiras, da aplicação de uma pena efetiva e proporcional aos gravames causados pelo infrator nos casos de violência doméstica. Atente-se para a importância da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, que ultrapassam fronteiras e exigem dos ordenamentos internos providências efetivas para a garantia da real cidadania.

Embora consagrado o princípio da igualdade entre os sexos nas Constituições de 1934, 1946 e 1967/69, é a Constituição Cidadã o documento jurídico brasileiro mais enfático nesse sentido. Grandes transformações foram asseguradas na Carta Magna, principalmente a igualdade entre os gêneros em todos os setores, reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º, III), afastando a discriminação em razão do sexo (art. 3º, IV), reconhecendo homens e mulheres como iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I), possibilitando incentivos específicos para o sexo feminino (art. 7º, XX), protegendo a mulher nas relações de trabalho (art. 7º, XXX), promovendo a igualdade nas relações de família (art. 226, § 5º), prevendo o planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, § 7º) e criando mecanismos para coibir a violência no âmbito doméstico (art. 226, § 8º).

No campo civil, algumas leis relevantes foram promulgadas, entre elas as de número 4.121/62, 6.515/77, 8.971/94 e 9.278/96.

A Lei n. 4.121/62, o Estatuto Civil da Mulher Casada, revogou a capacidade relativa da mulher casada, reconhecendo-a como absolutamente capaz, ampliou o “pátrio poder” sobre os filhos, concedendo à mãe o direito à guarda dos filhos “menores”, expandiu o direito da mulher de constituir bens reservados e extinguiu a autorização marital para o trabalho da esposa no âmbito público.

A Lei n. 6.515/77 alterou novamente o Código Civil de 1916: admitiu o divórcio – embora uma única vez –, revogou a obrigação de adotar os apelidos de família do marido, concedeu a este o direito de pensão alimentícia, zelou pela manutenção dos filhos como obrigação legal de ambos os cônjuges judicialmente separados, constituiu como regime legal de casamento o da comunhão parcial de bens. No entanto, manteve o “comando” da sociedade conjugal com o marido.

A Lei n. 8.971/94 regulou matéria relativa aos alimentos e à sucessão para os cônjuges em “união estável”, desde que o consorte fosse de outro sexo, solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Estabeleceu como requisitos para a configuração desse direito o convívio há mais de cinco anos ou a prole em comum, e o conhecimento público da união. Assim, a Lei n. 5.478, de 23 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), aplica-se também aos conviventes ou companheiros.

Promulgada em 10 de maio de 1996, a Lei n. 9.278 definiu a entidade familiar como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Alterou, portanto, os requisitos acima mencionados para a constituição jurídica da união estável. Nenhum prazo foi fixado, revogando-se, portanto, os cinco anos exigidos pela Lei n. 8.971/94 e deixando para a jurisprudência a análise dos casos concretos. No mesmo ano, a Lei n. 9.263 regulamentou o § 7º da Constituição, tratando do planejamento familiar. Estabeleceu um conjunto de ações de regulação de fecundidade garantidor de direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

O reconhecimento dos direitos das mulheres merece especial atenção, pois metade da população mundial pertence ao sexo feminino. Em todas as sociedades, independentemente de etnia, raça, cor, idade ou religião, a figura feminina compõe a família, a comunidade e a nação. Portanto, imprescindível não apenas o reconhecimento dos direitos humanos, mas, em especial, a concretização da igualdade entre homens e mulheres. Não há desenvolvimento social nem democracia sem a participação da mulher em igualdade de condições com o homem.

Existe nos sistemas internacional, regional e nacional ampla legislação destinada ao combate às discriminações contra a mulher e à promoção da figura feminina na sociedade, não apenas no espaço público, mas também no privado.

Visíveis avanços legislativos devem ser ressaltados: 1º) a nacionalidade e a cidadania da mulher em franca expansão, pois o direito à participação política – mais do que consagrado nas normas jurídicas – recebe incentivos de políticas públicas, como as chamadas “ações afirmativas” (as cotas); 2º) novas leis trabalhistas buscam qualificar o trabalho da mulher, afastando a idéia de “fragilidade feminina” e reafirmando essa mão-de-obra como essencial ao desenvolvimento econômico e social, bem como fixando proteção ao trabalho feminino para garantia da igualdade; 3º) o repúdio à violência doméstica, por meio da revogação da legislação penal obsoleta e de sua substituição por uma Justiça especializada nas causas das mulheres; 4º) a igualdade entre mulheres e homens nas relações familiares e a tentativa de distribuição igualitária de deveres e obrigações no plano civil; 5º) o início da regulamentação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, inclusive com a inclusão das responsabilidades masculinas e de medidas públicas como o acesso às informações e a disponibilidade de recursos de saúde.

Portanto, o princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, bem como nos artigos acima mencionados, revela-se não apenas como diretriz para o intérprete e/ou aplicador da lei, mas – pode-se afirmar com certa ousadia – como verdadeira norma jurídica. Acrescente-se a idéia de que todas as normas de direito fundamental são de aplicação imediata, não somente os dispositivos constitucionais elaborados pelo constituinte, mas também as obrigações jurídicas assumidas pelo Brasil ao ratificar tratados internacionais de direitos humanos.

No terceiro período a análise da eficácia desses direitos enumerados é premente. Existe eficácia dos direitos da mulher na sociedade brasileira? A crescente efetividade dos direitos femininos é um processo real ou apenas aparente? Como proporcionar a igualdade numa sociedade desigual sem passar de sujeito discriminado a discriminador?

Este estudo optou pela pesquisa no direito civil, especificamente no direito de família, examinando acórdãos dos Tribunais de Justiça brasileiros, selecionados pela *Revista dos Tribunais*, relativos a casos concretos de guarda de filhos, separação judicial e prestação de pensão alimentícia entre cônjuges.

Os principais desafios na implementação dos direitos da mulher consistem em erradicar a discriminação e assegurar a igualdade entre os sexos, tanto no espaço público como no privado. Entretanto, no âmbito doméstico se caracterizam as maiores desigualdades entre os gêneros, agravadas pelo resguardo e pelo sigilo das relações privadas. Justifica-se, assim, o recorte metodológico referente ao direito de família, pois este é o ramo do direito no qual se revelam as funções sociais atribuídas aos gêneros e legitimadas pela sociedade por meio das normas jurídicas e de sua interpretação.

As diferenças entre os gêneros por muito tempo foram instrumentos de dominação, atribuindo ao sexo masculino e ao feminino “funções sociais”, o que resultou na exclusão feminina do âmbito público e na submissão no privado. A fixação de estereótipos, isto é, de idéias pré-concebidas que rotulam os comportamentos “femininos” e “masculinos”, contribui para a manutenção da mulher em posição de serventia na família e na sociedade. Assim, cabe reafirmar que a especificidade da mulher é reconhecida, mas em hipótese alguma justificará desigualdades ou relações de submissão.

A interpretação do direito é tema vasto e complexo, que não caracteriza o objeto deste estudo. Entretanto, para análise dos acórdãos prolatados pelos Tribunais, convém esclarecer o sentido da “interpretação” neste trabalho.

Assim, entendemos necessário adotar a preciosa lição de Eros Roberto Grau sobre o tema⁸⁰. Para esse autor, a norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização, que passa por três fases distintas: 1ª) interpretação do texto da norma (mundo do dever-ser) e interpretação dos fatos (mundo do ser), realizadas concomitantemente; 2ª) dessa

⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 20 e s.

interpretação, elaborada pelos operadores do direito, é produzida a norma jurídica (e, devido à pré-compreensão, diferentes intérpretes produzirão distintas normas); 3ª) resultando na norma de decisão, que soluciona o caso concreto, escolhendo uma solução dentre tantas possíveis, que é prolatada pelos juízes (os chamados “intérpretes autênticos”, segundo expressão kelseniana).

Portanto, a interpretação é uma atividade que transforma textos legais e fatos em normas jurídicas, que são analisadas e escolhidas, entre tantas, para a solução do caso concreto. Nos casos em análise a norma de decisão será o acórdão, prolatado pelos desembargadores, após a análise das normas jurídicas, ou seja, a interpretação que outros operadores do direito fizeram dos textos legais e dos fatos sob exame.

Convém ainda ressaltar que a interpretação e a aplicação do direito formam um processo unitário, realizado concomitantemente, ou seja, não há análise separada dos elementos do direito e dos elementos da realidade. Assim, ao conhecer e julgar os recursos, os Tribunais analisam os fatos e o direito de forma conjunta.

Eros Roberto Grau conclui que o direito é uma prudência e não uma ciência – não segue exclusivamente a lógica –, uma vez que não há apenas uma decisão correta para cada caso jurídico: o que existem são decisões “adequadas”. Neste ponto a “moldura” pensada por Hans Kelsen é o texto normativo, e a norma de decisão é a escolhida pelo intérprete autêntico como a mais adequada ao caso *sub judice*. O juiz somente pode prolatar essa norma de decisão porque o próprio ordenamento lhe atribui competência para tanto.

As pautas fixadas por Eros Roberto Grau⁸¹ para a interpretação são apenas três: 1ª) a interpretação do direito como um todo; 2ª) a finalidade do direito (metodologia teleológica) e 3ª) a relevância dos princípios. O autor compreende que, dada a não-fixação das circunstâncias em que se utiliza um ou outro método, impossibilitado está o uso indefinido dos métodos clássicos, ao contrário do entendimento predominante na doutrina.

⁸¹ Id., *ibid.*, p., 39.

A análise da efetividade dos direitos da mulher requer a interpretação do princípio da igualdade, expresso na Constituição brasileira no art. 5º, *caput*. Neste trabalho, os princípios são compreendidos como “normas jurídicas” que devem ser otimizadas, para utilizar a feliz expressão de Canotilho, permitindo um balanceamento de valores e interesses⁸². Esse autor segue as lições de Alexy, Dworkin e Zagrebelsky.

O presente estudo compreende o conteúdo do princípio da igualdade como: 1º) a relação isonômica entre os sexos (na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello); 2º) a compensação da desigualdade de oportunidades (segundo José Joaquim Gomes Canotilho) e 3º) o reconhecimento das diferenças e a redução das desigualdades (conforme Boaventura de Sousa Santos).

Os Tribunais, ao acordarem sobre a “guarda de crianças e adolescentes”, ou seja, ao interpretarem as normas jurídicas (textos legais e fatos transmutados em “argumentos jurídicos” pelas partes litigantes) para a solução da lide entre pais e mães, apresentaram tendência ora predominante, ora minoritária. A primeira sugere a igualdade entre mulheres e homens no exame das reais condições para o exercício da guarda dos filhos. Atendendo à finalidade primeira do instituto da guarda, o interesse dos descendentes, os julgadores consideraram elementos determinantes para a definição da guarda: 1º) o convívio mais próximo e prolongado entre genitor e filhos, isto é, qual dos cônjuges exerce a guarda e qual realmente participa da vida deles; 2º) o efetivo suprimento, material e moral, das necessidades da criança ou adolescente; 3º) a livre opinião dos jovens sobre a preferência por conviver com a mãe ou com o pai.

Interessante observar que estereótipos que rotulam os comportamentos masculino e feminino, como “mãe afetiva” e “pai provedor”, parecem afastados no exame dos casos concretos para a concessão da guarda. Ressalte-se também que a guarda não é negada à esposa considerada “culpada por adultério” na separação judicial, isto é, a idéia de “esposa que falhou” não se vincula à de mãe. Portanto, o interesse da criança vence os papéis sociais imputados aos sexos nas relações familiares.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

Como tendência minoritária, parece demonstrado que, implicitamente, alguns preconceitos permeiam as decisões, por exemplo, a afirmação “filha mulher deve ficar com a mãe”, sugerindo “certa” desconfiança em relação ao comportamento paterno. O entendimento de que criança pequena estará melhor sob os cuidados maternos arrisca a manutenção do estereótipo de “mãe afetiva”. Esses argumentos, entretanto, mostraram-se relegados a um segundo plano e não parecem justificar as decisões.

Apresentou-se, aparentemente, uma relação lógica entre os critérios adotados para a concessão da guarda e o interesse dos filhos, segundo a concepção de isonomia proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello. Quanto à lição de Boaventura de Sousa Santos, o reconhecimento da diversidade entre homens e mulheres não parece gerar desigualdades. Poder-se-ia talvez afirmar que a tendência minoritária reconhece as diferenças entre os sexos, mas não se deixa “dominar” exclusivamente por elas: outros fatores prevalecem na decisão final.

Entretanto, ao analisar a igualdade sob o prisma de Canotilho, sugere-se a não-compensação de desigualdades entre o cônjuge que “ganha” a guarda e seu consorte. Vejamos. Não parece bem distribuída a responsabilidade dos genitores perante seus filhos após a solução do litígio. Ao fixar pensão alimentícia e dias de visita, os Tribunais não parecem examinar com precisão o *quantum* com o qual cada cônjuge deve colaborar, nem possibilita maior convívio do filho com o pai ou mãe afastado da guarda. A responsabilidade quase integral do cônjuge guardião contrapõe-se aos deveres, por vezes até formais, do outro cônjuge. A distribuição equânime de deveres e direitos entre mulheres e homens, prevista no art. 5º, I, da CF, não parece concretizada na jurisprudência.

Cumpra concluir pela efetividade da igualdade entre mulheres e homens apenas na concessão da guarda, sustentando a tendência predominante. No entanto, durante o desenvolvimento da criança e do adolescente no lar monoparental, as obrigações e os direitos não parecem distribuídos com equidade entre os pais. Na hipótese – não investigada neste estudo – de maior número de filhos sob a guarda materna, isso significaria responsabilidades unilaterais para a mulher, contrariando, portanto, a igualdade que pressupõe o equilíbrio.

Ressalte-se que as normas de decisão aplicadas pelos Tribunais, embora justificadas por três desembargadores, em raros momentos mencionam a Constituição. Em apenas um dos casos investigados houve citação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Mesmo considerando a relevância dos interesses em pauta, não foram mencionados os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição. Embora os Códigos Civis de 1916 e 2002, bem como o Estatuto da Criança e Adolescente, sejam mencionados freqüentemente nos acórdãos, as normas constitucionais não são expressamente avaliadas nas decisões dos Tribunais, o que causa impacto. A interpretação do direito como um todo, bem como a análise dos princípios constitucionais e das demais ricas normas jurídicas, principalmente as de caráter regional e internacional, infelizmente parecem olvidadas nesses acórdãos.

Diante dos casos de separação judicial com decretação da culpa, constataram-se decisões separadas em distintos momentos: 1º) a culpa gerando efeitos jurídicos; 2º) a diminuição desses efeitos jurídicos; 3º) a dificuldade em condenar apenas um dos cônjuges e 4º) a dissolução da sociedade conjugal sem a marca da “culpa”. Por óbvio não há um linear e constante entendimento jurisprudencial nesse sentido, mas se identificaram tais “movimentos” nos acórdãos.

Embora ainda prevaleça o julgamento da separação litigiosa com base no “descumprimento dos deveres legais”, a mitigação dos efeitos da culpa tem impulsionado a dissolução matrimonial sem a decretação de um exclusivo culpado. Essa tendência, embora minoritária, parece em franca expansão, conforme acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, e se coaduna com o conceito contemporâneo de família, isto é, as relações afetivas fundadas na vontade das partes e não nas imposições do Estado.

Analisando esses acórdãos sob a ótica da isonomia, reconhece-se a igualdade entre mulheres e homens nas relações familiares. Ao condenar uma das partes pela extinção do matrimônio, percebe-se como principal exigência para mulheres e homens o “respeito mútuo” e não mais a obediência da mulher. Os critérios adotados para a investigação da culpa dos cônjuges parecem aplicados a ambos de forma equilibrada. Os comportamentos anteriormente exigidos das mulheres parecem, nos dias atuais, segundo a maioria dos acórdãos, cobrados

também dos homens. Por exemplo, a conduta desonrosa do marido, a infidelidade e a manutenção de vícios são causas bastantes para decretá-lo culpado pela separação.

Seguindo os ensinamentos de Canotilho quanto à igualdade, ou seja, a idéia de justiça social e a compensação de desigualdades, verifica-se a manutenção dos alimentos provisionais para as mulheres até o trânsito em julgado da sentença, independentemente da análise da culpa. Entretanto, neste ponto, a idéia de dependência econômica e fragilidade acompanha a figura feminina. Também cabe ressaltar que, ao fixar a “culpa do marido”, em muitos casos, ainda, a pensão para a ex-esposa é decretada sem a devida aplicação do binômio necessidade-possibilidade.

A desigualdade entre mulheres e homens parece mitigada nos julgados examinados. Por exemplo, o relacionamento da mulher com outro homem, após o requerimento da separação, é aceito pelo Tribunal, que afasta o argumento de infidelidade; o abandono do lar pela mulher passa a ser questionado como causa exclusiva para decretá-la “culpada” na separação. Assim, o “abandono” não mais se caracteriza apenas pelo fato de deixar o domicílio conjugal, pois, se provado pela mulher que sofria maus-tratos, físicos ou psicológicos, não se exige sua permanência na casa. Os julgamentos pouco oscilam nesse aspecto. Portanto, o combate às desigualdades entre mulheres e homens parece crescente no tema.

Nos casos investigados sobre pensão alimentícia entre ex-cônjuges a exoneração do marido quanto à pensão foi tendência minoritária. O principal fundamento para a manutenção da prestação alimentícia do ex-marido para a ex-esposa foi a dificuldade de acesso da mulher ao mercado de trabalho, ora devido à idade ora a seu estado de saúde, ora, ainda, por não ser suficientemente “qualificada” para o ingresso no âmbito público em igualdade de condições.

Nesta análise, entretanto, há uma linha tênue entre o caráter assistencial da pensão e o discriminatório, ou seja, em muitos momentos surgem dúvidas quanto à efetiva necessidade dos alimentos ou quanto à manutenção dos estereótipos “homem provedor” e “mulher desqualificada para o trabalho”.

A inserção da mulher no mercado de trabalho, principalmente após certa idade, merece destaque em quase todas as decisões. É um fato preocupante da realidade brasileira, carecedor de políticas específicas destinadas a sua atenuação. Destaque-se que a “falta de competitividade e experiência”, citada nos acórdãos, provém exclusivamente do não-exercício de trabalho anterior, mas não deve justificar a exclusão definitiva da mulher. Existem dificuldades incontestáveis, mas não intransponíveis.

No exame dos casos, constata-se os dois argumentos: a dependência econômica de ex-esposa em relação ao ex-marido, bem como a influência – ainda que implícita – dos estereótipos acima mencionados: “homem provedor” e “mulher desqualificada para o trabalho”.

A tendência dominante parece, ainda, à manutenção dos alimentos à mulher. O julgador sugere incerteza quanto à possibilidade de o trabalho feminino prover adequadamente o sustento da mulher. Interessante destacar que a mesma desconfiança não paira em relação ao trabalho do alimentante, pois os rendimentos deste, e sua modificação, raramente são examinados com precisão nas decisões.

A marca da “proteção pelo homem” fica evidente nos julgados, bem como a idéia de “ressarcimento à mulher pelos serviços prestados”. A tendência minoritária, embora crescente, que desponta nos julgados dos Tribunais é: a mulher deve prover seu próprio sustento, evitando-se o “abuso” do instituto dos alimentos, pois estes se destinam aos casos excepcionais, por exemplo, para aqueles que não gozam de boa saúde ou possuem idade avançada.

Portanto, difícil afirmar com precisão se a prestação de pensão alimentícia do ex-marido para a ex-esposa está diretamente relacionada com a efetiva dependência econômica feminina ou apenas com esta idéia. Entretanto, ressalte-se que não parece bem equilibrada a fixação do *quantum* dessa prestação. A equação entre necessidade e possibilidade mostra-se desproporcional, pesando mais para o homem, pois seus rendimentos não são questionados como suficientes para o cumprimento da obrigação alimentar. Não há a chamada “compensação de desigualdades” proposta por Canotilho. Quanto ao combate aos estereótipos, visando eliminar discriminações, a análise também requer cuidados especiais, pois, embora quase evi-

dente a manutenção da idéia “homem provedor” e “mulher desqualificada para o trabalho”, a realidade dos casos concretos importa minucioso exame pontual.

Assim, a efetividade dos direitos femininos quanto à prestação de pensão alimentícia encontra limites na condição financeira das mulheres. Talvez a tendência minoritária passe a majoritária na medida em que a conquista do espaço público e de melhores salários se imponha como realidade feminina.

A interpretação realizada pelos Tribunais de Justiça brasileiros quanto à guarda de crianças e adolescentes, separação judicial e pensão alimentícia entre cônjuges parece revelar: a) a deficiência dos julgamentos quanto à interpretação do direito como um todo, cabendo quase sempre a interpretação/aplicação das normas de forma isolada, sem correlacioná-las com os princípios constantes da Carta Magna; b) as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados internacionais de direito humanos não são sequer mencionadas nas decisões; c) a criação de normas de decisão dificilmente distribui com equidade deveres e obrigações entre as partes; d) há uma lenta aceitação de novos paradigmas para o direito, e decisões inovadoras e criativas são raras.

Quanto ao “movimento” da efetividade jurídica no direito de família, parece haver uma tentativa de efetividade jurídica da igualdade entre mulheres e homens. Observa-se crescente entendimento pela necessidade de aplicação igualitária da lei para os cônjuges, embora o princípio da igualdade e os tratados internacionais não sejam argumentos jurídicos expressamente utilizados.

Nos casos relativos aos filhos, parece ficar demonstrada a urgência pela melhor distribuição das responsabilidades paternas e maternas, independentemente do exercício da guarda.

Quanto à separação judicial, a não-decretação da culpa parece despontar no cenário nacional como tendência em expansão. Condizente com a nova concepção de família, e afastando a idéia de superioridade moral entre os cônjuges, a inovação sugere proteção à intimidade

da família e do casal, reafirmando a dignidade da pessoa como valor a ser resguardado. Embora ainda minoritário, tal entendimento garante a igualdade nas relações familiares e, em consequência, a efetiva conquista dos direitos da mulher.

Na análise da efetividade dos direitos da mulher, ao examinar a pensão alimentícia entre cônjuges, surgem questões a serem debatidas, entre elas: em que medida a manutenção dos alimentos à mulher separada é uma necessidade ou manutenção do *status quo* de dependência financeira? A resposta dependerá da análise do caso concreto.

Conclui-se pela crescente efetividade dos direitos da mulher no plano familiar. Isso é compreendido como um processo, que parece superar discriminações grosseiras, mas que em alguns momentos revela fundamentos ainda incertos ou oscilantes, aparentemente baseados em velhos paradigmas relacionados à figura da mulher como esposa ou mãe.

Convém, ainda, ressaltar que a efetividade dos direitos da mulher traz claros benefícios também para os homens, uma vez que a igualdade pressupõe proporcionalidade e razoabilidade, o que, na prática, significa “distribuição de direitos e deveres” entre as partes.

A eficácia dos direitos da mulher parece avançar sem discriminar os homens, pois nos casos em análise não se parece suprimir nenhum direito masculino; ao contrário, dividem-se responsabilidades entre os sexos. A mulher, portanto, não passa de sujeito discriminado a discriminador.

O maior de todos os “problemas” relacionados a esse tema parece, ainda, a ausência de conscientização da sociedade como um todo, que, vivendo num “círculo vicioso”, muitas vezes recusa a igualdade sem visualizar os benefícios sociais dela resultantes, apenas reafirmando tradicionais relações de poder.

O combate à discriminação contra a mulher iniciou-se nos Tribunais, mas a efetiva promoção feminina na sociedade carece de medidas políticas que o direito poderia vislumbrar

ao interpretar e aplicar as normas acrescentadas ao nosso ordenamento jurídico pelos tratados de direitos humanos.

Cabe ainda sugerir uma interpretação jurídica visando a maiores avanços na efetivação dos direitos fundamentais. A aplicação imediata destes, prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição, bem como a interpretação dos princípios como normas jurídicas e não apenas diretrizes para o intérprete “suprir lacunas”, torna-se premente.

Portanto, não basta reconhecer os direitos das mulheres, conquistados após tantas lutas. A efetividade deve caracterizar-se como processo em contínua expansão para garantir o desenvolvimento social e a plena democracia. Para tanto, a implementação dos direitos humanos da mulher faz-se imprescindível como tarefa destinada a todos os intérpretes/aplicadores do direito.

Referências

A DEFESA DA MULHER: instrumentos internacionais. Brasília: Funag/IPRI — Ministério das Relações Exteriores, 2003.

A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA MULHER. Disponível em: www.senado.gov.br/anodamulher/destaques/particpa_politic.asp. Acesso em 7.12.2006.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset?OpenFrameSet. Acesso em 10.1.2007.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset?OpenFrameSet. Acesso em 10.1.2007.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: [s. l.], 1979.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. *Todas as Constituições do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1976.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CIBERAMERICA. Disponível em:
www.ciberamerica.org/Ciberamerica.org/Portugues/areas/cooperacion/internacional/conferencias/populacaodesenvolvimento.htm. Acesso em 10.1.2007.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. In: *A defesa das mulheres. Instrumentos internacionais*. Brasília: Funag/IPRI — Ministério das Relações Exteriores: 2003.

DIÁRIO POPULAR VIA INTERNET. Disponível em:
www.diariopopular.com.br/17_01_06/p202.html. Acesso em 8.1.2007.

DUMAIS, Monique. *Os direitos da mulher*. São Paulo: Paulinas, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FOLHA ONLINE/MUNDO. Disponível em:
www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u93525.shtml. Acesso em 8.1.2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos direitos da mulher: norma-fato-valor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres no Brasil. Artigo. Original fornecido pela autora.

_____. Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas. Artigo. Original fornecido pela autora.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos humanos: o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição brasileira de 1988. *RT*, ano 94, v. 833, mar. 2005.

_____. Litigância internacional e avanços locais: o caso da violência contra a mulher no Brasil. Artigo. Original fornecido pela autora.

PROST, Antoine; VINCENT, Gerard (org.). *A história da vida privada: primeira guerra a nossos dias*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

RT. *Índice Geral da Revista dos Tribunais*; volumes 531 a 830 (1980 a 2004). RT Index 5.0. e pesquisa direta nos volumes de 2005 até outubro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. CD-ROM.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Rosângela Aparecida da. *A igualdade entre homem e mulher nas relações interconjugais: obrigações decorrentes da Constituição de 1988*. Alfenas: Universidade de Alfenas, 1999.