

MARIA  
BERENICE  
DIAS

Manual de  
**Direito  
das Famílias**

**15ª edição** Revista, atualizada e ampliada

**2022**

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# 3

## FAMÍLIA, MORAL E ÉTICA

**Sumário:** **3.1.** Moral, ética e Direito – **3.2.** Família e ideologia – **3.3.** Família e moral – **3.4.** Família e ética – **3.5.** Boa-fé objetiva – Leitura complementar.

### 3.1. MORAL, ÉTICA E DIREITO

Moral e ética não se confundem, mas não é fácil distingui-las. Moral deriva do latim *mos, moris*, e significa costume ou procedimento habitual. Já ética vem do grego *ethos* e quer dizer conduta, uso, costume. Essa proximidade de significados já evidencia a dificuldade de extremar conceitos.

De modo geral, costuma-se definir **moral** como normas estabelecidas e aceitas segundo o consenso individual e coletivo, em determinado tempo e espaço. Tem função essencial à sociedade e manifesta-se desde que o homem existe como ser social. Dispõe de caráter mais pessoal, pois exige fidelidade aos próprios pensamentos e convicções íntimas. **Ética** representa o estudo dos padrões morais já estabelecidos. É reconhecida como a **ciência da moral**, ou seja, o estudo dos deveres e obrigações do indivíduo e da sociedade.<sup>1</sup>

Ética e moral têm muito em comum: regulam relações humanas, mediante **normas de conduta** impostas aos indivíduos para possibilitar a vida em sociedade. Ambas têm âmbito de abrangência bem mais amplo do que o **Direito**. Há uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres morais, que escapam do universo normativo estatal. Segundo Rui Stoco, enquanto a ética é a **ciência normativa da conduta**, o Direito é o estabelecimento de uma coordenação objetiva bilateral de agir.<sup>2</sup> Mas o campo da ética é mais amplo do que o do Direito e também tem uma dimensão maior do que a moral. A ética enfeixa em si mesma o direito e a

---

1. Rui Stoco, Abuso de direito e má-fé processual, 48.

2. Idem, *ibidem*.

moral, servindo-lhes de esteio e sustentação.<sup>3</sup> Ainda assim, não se confundem. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, é preciso **separar radicalmente ética e moral**, privilegiando a ética, que é uma forma de conhecimento, em detrimento da moral, campo do relativismo e do subjetivismo.<sup>4</sup> O Direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado, mediante a imposição de sanções. Já a ética não necessita de qualquer órgão ou poder para dar-lhe sustentação, sua efetividade não necessita da coerção estatal.

Ainda que as normas éticas variem no tempo e no espaço, são elas que dão substrato ao Direito, emprestam conteúdo de validade à legislação. Assim, o Direito não pode afastar-se da ética, sob pena de perder **efetividade**. Nenhuma norma, nenhuma decisão que chegue a um resultado que se divorcie de uma solução de conteúdo ético pode subsistir. Essa preocupação não deve ser somente do legislador. Também os operadores do Direito não podem se afastar de padrões éticos. Tanto é assim que é imposto a todos os sujeitos do processo o **dever de cooperação** (CPC 6º). Não só do juiz perante as partes, mas também das partes entre si.

É necessário que a sentença imponha um **agir de boa-fé**. Não deve gerar prejuízo a ninguém e, muito menos, cancelar enriquecimento sem causa. Nas relações de família exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. É um verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas de conteúdo pessoal, existencial.<sup>5</sup>

### 3.2. FAMÍLIA E IDEOLOGIA

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de determinada época, há muito superada pelo tempo.

O afastamento entre Estado e igreja revolucionou os costumes e especialmente os princípios que regem o Direito das Famílias, provocando

3. Idem, 49.

4. Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais...*, 56.

5. Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal, *Curso de Direito Civil – Famílias*, 120.

profundas mudanças no próprio conceito de família. Sobreveio o reconhecimento do **pluralismo das entidades familiares**, independentemente das normatizações existentes. Ainda assim, o Direito de Família é o campo do Direito mais bafejado e influenciado por ideias morais e religiosas.<sup>6</sup> Há a tendência do **legislador** de se arvorar no papel de guardião dos bons costumes, na busca da preservação de uma moral conservadora. O parlamentar, refugiando-se em preceitos – ou melhor, em preconceitos – religiosos, transforma-se no grande ditador. Prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade conservadora. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrade o eleitorado e garante sua reeleição. Por este motivo é que restam à margem da lei situações que são alvo do repúdio social ou dizem com as minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como “normal” sempre foi tido por inexistente.

A ideologia da família patriarcal converteu-se na **ideologia do Estado**. Invadiu a liberdade individual impondo restrições às relações de afeto. O Estado elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário.

Além disso, na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega juridicidade a quem ousa afrontar o que está normatizado. Essa postura nega não só direitos. Nega a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo eleito como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a exclusão do sistema jurídico. Mas as situações da vida não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos.

### 3.3. FAMÍLIA E MORAL

Em nome da moral e dos bons costumes, a história do Direito das Famílias é uma história de exclusões, e, como diz Rodrigo da Cunha Pereira, em nome dessa moral, muita injustiça já se fez.<sup>7</sup>

6. Sílvia Venosa, *Direito Civil: Direito de Família*, 27.

7. Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais...*, 51.

Os exemplos são vários.

Basta lembrar a rejeição aos filhos “espúrios” que existia na legislação passada. A negativa de reconhecer os **filhos havidos fora do casamento** talvez seja o exemplo mais eloquente da tendência repressora do legislador, para impedir a procriação fora dos “sagrados laços do matrimônio”. O resultado não podia ser mais cruel. A tentativa era estimular o cumprimento do dever de fidelidade e inibir a prática do crime de adultério. No entanto, o grande beneficiado era o próprio transgressor. O filho era punido. Ele e sua mãe que, além de rotulada pejorativamente como “mãe solteira”, precisava criar o filho sozinha. Como o filho “ilegítimo” não podia ser reconhecido, não tinha direito à identidade ou à possibilidade de reclamar do genitor que assumisse os encargos decorrentes do poder familiar.

Em nome da preservação da paz familiar, o filho concebido fora do casamento era o condenado, enquanto o seu genitor, absolvido. Com isso acabava a lei obtendo um resultado oposto ao pretendido. Além de chancelar e incentivar a infidelidade masculina, afrontava elementares princípios éticos.

Mas não é necessário remontar à legislação pretérita para evidenciar que nem sempre o legislador está atento à dignidade da pessoa. De forma desarrazoada, presume a lei que, a partir dos **70 anos**, ninguém mais tem plena capacidade, ao menos se resolver casar. Não pode escolher o **regime de bens**. É impingido o regime da separação obrigatória (CC 1.641 II). Ou seja, o casamento não gera efeitos patrimoniais. Não é admitida sequer a divisão dos bens amealhados durante a vida em comum, o que gera o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges em detrimento do outro. Não se pode olvidar que o dever de mútua assistência faz presumir a comunhão de esforços, e vetar a divisão dos aquestos prejudica um do par. Às claras, sempre a mulher, porque nunca foi reconhecido valor econômico às chamadas “atividades domésticas”.

A **jurisprudência** igualmente não resiste à sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa do aceito pela moral conservadora. Buscando preservar a concepção de família afinada com o conceito de casamento, a tendência majoritária é ainda rejeitar efeitos às **famílias simultâneas** e às **uniões poliafetivas**. Mas o simples fato de tais relacionamentos não estarem contemplados na lei não quer dizer que não existem. Como sempre, a condenação é de ordem patrimonial. Negar sua existência, rotulá-las de **concubinato adúlterino** e alijá-los do Direito das Famílias significa premiar quem infringe o preceito monogâmico. E, ao se abandonar o ideal de Justiça, olvida-se o valor maior: a ética. **A** excessiva rigidez normativa

e a injustificada omissão da lei em regradar fatos alegadamente contrários à moral e aos bons costumes acabam, no mais das vezes, produzindo efeitos perversos. Por não gerarem qualquer ônus, posturas proibidas são incentivadas, transformando-se em fonte de injustificáveis e indevidos privilégios. A lei torna-se conivente com o infrator.

Todas essas vãs tentativas, no entanto, são insuficientes para arrefecer a velha mania do ser humano de buscar a felicidade. A Justiça não pode ser nem tímida nem preconceituosa. Precisa encontrar saídas que não gerem enormes distorções.

### 3.4. FAMÍLIA E ÉTICA

É chegada a hora de enlaçar as relações afetivas – todas elas – no conceito de entidade familiar. A Justiça precisa perder a mania de fingir que não vê situações que estão diante de seus olhos. A enorme dificuldade de reconhecer como entidades familiares as uniões que se afastam do modelo convencional é fruto de puro preconceito.

De todo descabido não extrair consequências jurídicas e relacionamentos que têm origem em vínculos de afetividade, pelo simples fato de não corresponderem ao modelo vigente de uma sociedade conservadora. É cancelar o enriquecimento sem causa.

Ainda que certas uniões afetivas tenham origem em atitudes havidas por reprováveis, o magistrado não pode se afastar do princípio ético que precisa nortear todas as suas decisões. Principalmente em sede de Direito das Famílias, deve estar atento para não substituir a ética por ultrapassados moralismos. Daí a importância vital da jurisprudência que, sensível às necessidades práticas postas pela comunidade, vai revelando princípios latentes no ordenamento e conferindo-lhes, com o passar do tempo, o necessário “polimento”, até que eles adquiram uma compostura mais precisa.<sup>8</sup>

A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la. Deve permanecer em contato com ela, atenta à sua evolução e a ela se adaptar. Daí o papel social do Direito, do qual o juiz deve participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante às necessidades sociais e exigências da Justiça e da equidade que constituem seu fim (LINDB 5.<sup>o</sup>).<sup>9</sup> O juiz precisa acompanhar as transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer

8. Daniel Sarmiento, A ponderação de interesses..., 53.

9. Plauto Faraco de Azevedo, Aplicação do direito e contexto social, 149.

os aspectos sociais, políticos, econômicos e éticos dos fatos que lhe são submetidos.<sup>10</sup> Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o Direito. Para aproximar-se do ideal de Justiça, é necessário recorrer a um valor maior: a prevalência da ética sobre a moral.<sup>11</sup> Ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história.<sup>12</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que **responsabilidade** é a palavra de ordem na contemporaneidade, devendo ser aplicada da forma mais objetiva para incluir no âmbito de proteção as pessoas em situação de vulnerabilidade. A responsabilidade é mais do que um valor jurídico, é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares, pois não busca apenas a reparação para os atos do passado. Busca, também, cumprir os preceitos éticos voltados para o futuro, ou seja, a responsabilidade com que se deve agir para a preservação dos direitos e cuidados, notadamente das pessoas vulneráveis.<sup>13</sup>

### 3.5. BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé dispõe de duas vertentes – ainda que distintas – que não se excluem. Tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva encontram fundamento no **dever de confiança**. Enquanto a **boa-fé subjetiva** trata da confiança própria, a **boa-fé objetiva** diz com a confiança no outro. Por isso seu conceito é ligado à noção de **lealdade** e **respeito** à expectativa alheia. Alerta Luiz Edson Fachin que a **lealdade** é uma decorrência da boa-fé e confiança nas relações privadas, o que remete ao festejado **princípio da eticidade**.<sup>14</sup>

A boa-fé objetiva é definida como **cláusula geral** que impõe deveres de lealdade e **respeito à confiança** recíproca entre as partes de uma relação jurídica. O exercício do direito irregular consubstancia quebra da confiança e **frustração de expectativas legítimas**. A constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento do uso antifuncional do Direito

10. Oriana Magalhães Pinto, Considerações sobre o prisma da ética..., 16.

11. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 88.

12. Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas..., 16.

13. Rodrigo da Cunha Pereira, Responsabilidade civil pelo abandono afetivo, 399.

14. Luiz Edson Fachin, Famílias: entre o público e o privado..., 20.

aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte.<sup>15</sup>

A proibição de comportamento contraditório está sintetizada no adágio: *nemo potest venire contra factum proprium*.<sup>16</sup> Tal significa que, se alguém se comporta em certo sentido não pode vir a contrariar, posteriormente, este comportamento inicial, lesando a legítima **confiança** despertada em outrem, sob pena de violação à boa-fé objetiva do outro. Segundo Cristiano Chaves, trata-se da **tutela jurídica da confiança**, que impõe o dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e às expectativas despertadas em alguém.<sup>17</sup>

Uma das grandes conveniências do uso do *venire contra factum proprium* no Direito das Famílias está no seu aspecto objetivo e não contratual. A proibição do comportamento contraditório não depende da vontade de quem agiu de modo dissonante, bastando para sua aplicação efetiva contradição, em transgressão às expectativas legítimas produzidas pelo agir anterior.<sup>18</sup>

- **Supressio** – a perda, a supressão de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo. O retardamento em exercitar determinado direito faz surgir para o outro uma justa expectativa. A quebra da **expectativa** qualificada pelo tempo gera a **supressão** de situações jurídicas, impedindo o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso.
- **Surrectio** – o surgimento de uma situação ou vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de determinado direito, cerceando a possibilidade de exercê-lo posteriormente.<sup>19</sup> A *supressio* se aproxima do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia.<sup>20</sup>

A boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu no âmbito do Direito das Obrigações, em um contexto negocial, mas acabou se alastrando a todas as relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de con-

15. Cristiano Chaves de Farias, *Escritos de Direito e Processo das famílias*, 61.

16. Em tradução livre: ninguém pode vir contra o próprio ato.

17. Cristiano Chaves de Farias, *A tutela jurídica da confiança...*, 247.

18. Marianna Chaves. *Venire contra factum proprium, supressio e surrectio...*, 625.

19. Idem, *Escritos de Direito e Processo das famílias*, 67.

20. Idem, 68.



trole de legitimidade do exercício da autonomia privada.<sup>21</sup> As relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. Trata-se de verdadeiro **dever jurídico** de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as relações de conteúdo pessoal, existencial. Caracteriza-se como regra de conduta externa, um dever das partes de se pautarem pela honestidade, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas.<sup>22</sup> A boa-fé é multifuncional. Quando se trata de relações existenciais, Cristiano Chaves diz que a confiança se materializa no **afeto**.<sup>23</sup>

Cabem alguns exemplos trazidos pela doutrina.

Na chamada **adoção “à brasileira”** não tem cabimento a ação negatória de paternidade por parte do pai que registrou voluntariamente o filho, sabendo que ele não é seu. Admitir a ação violaria a legítima confiança do filho. Tal comportamento afrontaria a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar, ou um dever mais amplo de solidariedade no âmbito da família.<sup>24</sup>

A vedação do enriquecimento sem causa coibido pela lei (CC 884) impede que seja aplicada a regra que determina a comunicabilidade dos bens até cinco anos depois da **separação de fato**, ainda que transferidos ao concubino (CC 1.642 V). Trata-se de dispositivo que afronta diretamente a boa-fé objetiva.<sup>25</sup>

A **infidelidade** viola a expectativa de construção de uma vida em comum, fundada na convivência monogâmica pautada na exclusividade da relação conjugal.<sup>26</sup>

De outro lado, as **famílias simultâneas** merecem reconhecimento como entidade familiar quando ocorre o atendimento recíproco, entre todos os componentes, dos deveres impostos pela boa-fé objetiva.<sup>27</sup>

21. Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família, 127.

22. Fernanda Pesanha do Amaral Gurgel, Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva, 93.

23. Idem, 250.

24. Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família, 140.

25. Cristiano Chaves de Farias, A tutela jurídica da confiança..., 252.

26. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 212.

27. Letícia Ferrarini, Famílias simultâneas..., 111.

Jones Figueirêdo faz instigante colocação sobre o **estelionato do afeto**, como a mais severa forma abusiva de direito, em afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade e da confiança, da assistência mútua e do respeito recíproco, e a todos os valores de ordem moral e jurídica que compreendem as relações familiares. Comete **abuso de direito** quem não exercita o seu direito de ser feliz sozinho e mantém uma união sob a falsa premissa de existência do amor. No cotidiano e no Direito, a não afetividade do que deveria ser afetivo é o instrumento condutor do direito na família.<sup>28</sup>

## LEITURA COMPLEMENTAR

COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 15-28.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. Responsabilidade civil nas relações de conjugalidade e de filiação: abandono material e imaterial (“abandono afetivo”) e dano moral. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, n. 13, p. 5-31, jul./ago. 2016.

GURGEL, Fernanda Peçanha do Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

PACHÁ, Andréa. Direito das famílias e religiões: liberdade, fé e a primazia do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 619-628.

---

28. Jones Figueirêdo Alves, *Abuso de direito no Direito de Família*, 483.

# 7

## SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER

**Sumário: 7.1.** A trajetória da mulher – **7.2.** Na legislação pretérita – **7.3.** Frente à Constituição da República – **7.4.** Na lei atual – **7.5.** No Judiciário – **7.6.** A violência doméstica e familiar contra a mulher – Leitura complementar.

*Referências legais:* CR 5.º I, 226 § 4.º e 8.º; Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada); Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), 52; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha); Lei 11.977/2009 (Minha casa, minha vida) 35-A; Lei 11.804/2008 (Alimentos gravídicos); Lei 13.104/2015 (Lei do feminicídio); CP, 121 § 2º VI, § 2º-A e § 7º IV; Lei 8.072/1990 1º I (Lei dos crimes hediondos); CNJ – Resoluções 121/2010, 128/2011, 213/2015, 254/2018 e 284/2019, Resolução Conjunta CNJ/CNMP 5/2020, Portarias 11/2018, 15/2017, 25/1011, 49/2011, 54/2016, 88/2020, 130/2019, 164/2018, 70/2020 e Recomendação 9/2017; Recomendação 79/2020; Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero/2021.

### 7.1. A TRAJETÓRIA DA MULHER

A presença da mulher é uma história de ausência. Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar.<sup>1</sup> Sua voz nunca foi ouvida e seu pensamento não era convidado a participar. As mulheres nem sabiam bem quem eram, em um mundo isento de direitos civis e cheios de deveres servis.<sup>2</sup> Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada,

- 
1. Rodrigo da Cunha Pereira, Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social, 156.
  2. Diana Corso, Socorro, Barata!

não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. A ela era imposta obediência ao pai e submissão ao marido.

Sempre que se fala em mulher, impositivo render homenagens ao **movimento feminista**. Apesar de ridicularizado pelos homens, enfim conseguiu o que todas as mulheres sempre ansiaram: a liberdade e a igualdade. O estudo das questões de gênero recebe o nome de **feminismo jurídico**, como um novo ramo da Filosofia do Direito, porque institutos tradicionais – entre eles, o Direito das Famílias – foram construídos sob uma perspectiva predominantemente masculina, e já nasceram tendenciosos, garantindo ao homem privilégios que as mulheres não teriam.<sup>3</sup>

A busca da igualdade acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares. Embora de modo acanhado e vagarosamente, os textos legais retratam a trajetória da mulher. Hoje, na plenitude de sua condição feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família.<sup>4</sup> Sua emancipação jurídica forçou o declínio da sociedade conjugal **patriarcal**. A partir do momento em que ela assumiu a condição de “sujeito de desejo”, o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu, uma vez que a histórica resignação feminina é que sustentava os casamentos.<sup>5</sup> Como a trajetória da família está muito ligada à emancipação feminina, não há como adentrar no mundo do direito sem antes lembrar – ainda que de forma breve – o longo calvário a que foram submetidas as mulheres na tentativa de alcançar a tão esperada igualdade. Grandes foram os avanços, mais no âmbito legal do que no plano cultural. Segundo os cálculos de Paulo Lôbo, foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada **relativamente incapaz** (Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/1962) e mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988).<sup>6</sup>

Para que o direito possa apreender a ideia de Justiça, é necessário compreender a **subjetividade feminina**. Essa foi a grande contribuição da Psicanálise para o Direito. É preciso desfazer a confusão de que a igualdade é possível sem considerar que o campo da objetividade perpassa pelas subjetividades masculina e feminina.<sup>7</sup> As saudáveis e naturais diferenças entre

3. Camila de Camargo Silva Venturelli, Força e fragilidade da mulher no direito:..., 260.

4. Rosana Fachin, Do parentesco e da filiação, 138.

5. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 14.

6. Paulo Lôbo, Do poder familiar, 179.

7. Rodrigo da Cunha Pereira, Família, direitos humanos..., 160.

homens e mulheres precisam ser salientadas no princípio da igualdade. Implementar a igualdade não é conceder à mulher o tratamento privilegiado de que os homens sempre desfrutaram, sob pena de se reconhecer que o modelo é o masculino. É importante lançar um olhar mais detido sobre a condição da mulher para aferir se, realmente, há igualdade ou se esta é apenas **formal**. Quando a mulher fica com a guarda dos filhos e compromete suas atividades profissionais e, em certa medida, também a vida pessoal, pode estar em situação de **vulnerabilidade** em razão de uma peculiar situação que vivencia.<sup>8</sup>

Para pensar a cidadania, há que se substituir o discurso da **igualdade** pelo discurso da **diferença**. Homens e mulheres são diferentes, mas são iguais em direitos. Alcançada a **igualdade jurídica**, não há como afastar as diferenças. Desconhecê-las leva à eliminação das características femininas. Certas discriminações são positivas, pois, na verdade, constituem preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças.<sup>9</sup>

Mesmo que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em um espaço de igualdade. O grande desafio é compatibilizar as diferenças com o princípio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, o que a Constituição veda.<sup>10</sup>

## 7.2. NA LEGISLAÇÃO PRETÉRITA

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo no ano de 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente **conservadora** e **patriarcal**. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua **força física** foi transformada em **poder pessoal**, em **autoridade**. Detinha ele o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal. Por isso é que a mulher, ao casar, perdia sua plena **capacidade**, tornando-se **relativamente capaz**, tal como são considerados os indígenas, os pródigos e os menores com idade entre 16 e 18 anos. Para trabalhar, ela precisava da **autorização do marido**. A família identificava-se pelo **nome do varão**, sendo a esposa obrigada a adotar o **sobrenome** dele.

8. Fernanda Tartuce, *Processo Civil aplicado ao Direito de Família*, 56.

9. Rodrigo da Cunha Pereira, *A desigualdade dos gêneros...*, 167.

10. Paulo Lôbo, *Educação: o ensino do Direito de Família no Brasil*, 333.

O casamento era **indissolúvel**. O **desquite** rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal.

Somente o casamento constituía a **família legítima**. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de **concubinato**, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica. Não geravam qualquer direito. Em face da posição inferiorizada da mulher, era ela a grande prejudicada. Como o patrimônio normalmente estava em nome do homem, quando do fim do relacionamento – quer pela separação, quer pela morte do companheiro – ela nada recebia.

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel distinção entre os **filhos**. A prole concebida fora do casamento era alijada de qualquer direito. Nominados de naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos, eram considerados filhos **ilegítimos** e sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou a morte do genitor permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai, que saía premiado. Não assumia qualquer responsabilidade para com os frutos de suas aventuras amorosas. Onerada era a mãe, que acabava tendo de sustentar o filho sozinha, pagando o preço pela “desonra” de ter dado à luz um “bastardo”.

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi o chamado **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962). Devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de **colaboradora** do marido na administração da sociedade conjugal. Foi reconhecido à mãe o direito de ficar com a guarda dos filhos menores no caso de ambos os cônjuges serem culpados pela separação. Porém, sua posição ainda era subalterna, pois persistia o elenco diferenciado de direitos e deveres, sempre em desfavor da mulher.<sup>11</sup> Não mais havia a necessidade da autorização marital para o trabalho. Foi instituído o que se chamou de **bens reservados**: o patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.

O passo seguinte – e muito significativo – veio com a aprovação da **Lei do Divórcio** (Lei 6.515/1977), que rompeu uma resistência secular capitaneada pela Igreja Católica.<sup>12</sup> Em vez de regular somente a dissolução do casamento, a Lei substituiu a palavra **desquite** pela expressão **separação judicial**, mantendo

11. Paulo Lôbo, *As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais...*, 9.

12. *Idem*, *ibidem*.

as mesmas exigências para sua concessão. Mas houve alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção pela mulher do **nome** do cônjuge. Estendeu a ele o direito de pedir **alimentos**, o que antes só era assegurado à mulher “honesta e pobre”. Outra alteração significativa foi a mudança do **regime legal de bens**. No silêncio dos noivos, em vez da comunhão universal passou a vigorar o **regime da comunhão parcial de bens**.

Mas a plena libertação da mulher restou selada com o fim do instituto da **separação** (EC 66/2010), que, ao acabar com o instituto da **culpa**, livrou-a do estigma que sempre a perseguiu.

Vãs todas as tentativas feitas pelo Código de Processo Civil, e pelo STJ de ressuscitar a separação.

### 7.3. FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A chamada Constituição Cidadã patrocinou a maior reforma já ocorrida no Direito das Famílias. Três eixos nortearam uma grande reviravolta. Ainda que o princípio da igualdade viesse consagrado desde a Carta Política de 1937, a atual Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o **direito à igualdade** e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem **preconceito de sexo** (CR 3.º IV). Além da igualdade de todos perante a lei (CR 5.º), pela primeira vez é enfatizada a **igualdade entre homens e mulheres**, em direitos e obrigações (CR 5.º I). De forma até repetitiva, afirma que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CR 226 § 5.º).

Como lembra Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, em verdade, não adianta exercer-se falsamente o ideário de que homens e mulheres são absolutamente iguais em todos os aspectos do conhecimento e do viver humanos. Obviamente diferenças existem e devem, justamente, serem ressaltadas para, daí, permitir-se uma busca legal da redução das desigualdades, possibilitando a convivência de todos sob os mesmos princípios legais.<sup>13</sup>

Também foi imposta a **isonomia** entre os filhos, ao ser proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, todos têm os mesmos direitos e qualificações (CR 227 § 6.º).

O próprio conceito de família recebeu tratamento abrangente e igualitário (CR 226). Foi reconhecida como **entidade familiar** não só a família

13. Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, O princípio da isonomia jurídica..., 60.

constituída pelo casamento. Neste conceito estão albergadas tanto a união estável entre o homem e a mulher como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mesmo após a implantação da nova ordem constitucional, estabelecendo a plena igualdade entre homens, mulheres, filhos e entidades familiares, injustificadamente o legislador não adequou os dispositivos da legislação infraconstitucional que não foram recepcionados pelo novo sistema jurídico. Ainda que letra morta, mesmo não estando em vigor, pois apartados da diretriz constitucional, continuavam no ordenamento jurídico. Um dos dispositivos que mais revolta gerava – ao menos entre as mulheres – era o fato de o **defloramento** configurar **erro essencial** sobre a pessoa. Ignorando o marido tal “defeito”, podia pedir a anulação do casamento (CC/1916 219 IV). Apesar de a doutrina e a jurisprudência majoritária decantarem a inconstitucionalidade desse dispositivo, decisões judiciais ainda anulavam o casamento sob esse fundamento.

Mas não era só. Mantinha o Código Civil de 1916, em elencos distintos, os direitos e **deveres do marido** (CC/1916 233 a 239) e **da mulher** (CC/1916 240 a 255). Por vedação constitucional, não se podia falar em família ilegítima, mas a lei ainda consignava que o casamento criava a **família legítima** e reconhecia como legítimos os filhos comuns (CC/1916 229). Não mais cabia a filiação ser rotulada de forma discriminatória, pois toda a adjetivação que acompanhava os filhos não mais vigorava, mas continuava na legislação infraconstitucional.

#### 7.4. NA LEI ATUAL

O **Código Civil** ainda sacraliza a família e presume a **fidelidade da mulher**. Basta ver que os filhos da esposa são sempre filhos de seu marido (CC 1.597). A manutenção do arcaico instituto da **separação**, impondo a identificação de culpados e a implementação de prazos para a concessão do divórcio, nada mais significava do que a vã tentativa de preservação do casamento, mesmo contra a vontade dos cônjuges. Em boa hora a EC 66/2010 acabou com a separação (CR 226 § 6.º). Agora o casamento civil só pode ser dissolvido pelo divórcio. O fato de sete vezes o Código de Processo Civil fazer referência à separação e decisão isolada do STJ<sup>14</sup> admitir separação consensual, não ressuscitaram o instituto morto e sepultado por todos os tribunais.

14. STJ – REsp 1.247.098/MS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017.



Talvez o maior mérito do **Código Civil** tenha sido afastar a **terminologia discriminatória**, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação. Mas o propósito do legislador de eliminar regras jurídicas que já não mais tinham qualquer significado, não foi de todo feliz. Alguns dispositivos de conteúdo discriminatório ainda lá se encontram.

A menos-valia da mulher resta clara ao não ser concedida qualquer credibilidade à sua palavra. Não basta a esposa ter cometido **adultério**. Ainda que **confesse** a infidelidade e negue a filiação, isso de nada serve para afastar a presunção legal da paternidade (CC 1.600). Ora, em época em que a identificação do vínculo biológico já obtém índices tão significativos por meio do exame do DNA, nada justifica tal desprestígio à mulher.

Persiste o tratamento discriminatório ao ser admitido que mulheres casadas possam escusar-se da **tutela** (CC 1.736 I). O dispositivo, que só aparentemente concede um benefício, é inconstitucional por tratar desigualmente homem e mulher, já que não é assegurada ao homem casado igual possibilidade. Essa prerrogativa traz o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênia do marido, tanto que o simples fato de ela ser casada a autoriza a declinar do encargo.

Outras desigualdades são mais sutis, mas não menos perversas. A **redução do prazo prescricional** da obrigação alimentar de cinco para dois anos (CC 206 § 2.º) vem em desfavor da mulher. De um modo geral, é ela que fica com a guarda dos filhos e lhe cabe cobrar os alimentos, muitas vezes enfrentando a resistência dos próprios filhos, que não querem ver “o pai na cadeia”. Ainda que, por ele, passariam fome. Como na origem da obrigação existe um vínculo afetivo que foi desfeito, deixando mágoas e ressentimentos, fácil é escoar o limitado prazo, antes de vencida a dificuldade de propor a ação de cobrança.

A desnecessidade de perquirição de **culpa** e a identificação de uma causa para o pedido de separação há muito vinha sendo decantada pela doutrina e dispensada pela jurisprudência. Mesmo antes da EC 66/2010. A caça de um culpado trazia maiores prejuízos à mulher, pois sempre foi bem mais restrita a **moral sexual feminina**. Aliás, sua liberdade não está totalmente assimilada, tanto que recebe uma série de qualificativos. Virtude, honestidade, seriedade, castidade e pureza são atributos que só dizem com o exercício da sexualidade feminina, ou melhor, com a abstinência sexual.

Restrição de outra ordem mostra-se injustificável: a imposição coacta do **regime de separação de bens** para quem casar a partir dos 70 anos de idade (CC 1.641 II). O motivo é evitar que idosos sejam alvo do “golpe do

baú”. Pelo jeito, tanto homens quanto mulheres, além de não terem a possibilidade de despertar o amor sincero de alguém, perdem o discernimento e, por isso, o Estado resolve tutelá-los. Ainda que possam livremente dispor de seu patrimônio, paradoxalmente, se resolverem casar, o casamento não autoriza envolvimento de ordem patrimonial.

Nada justifica a manutenção dessa *capitis deminutio*, que gera **presunção de incapacidade**, sem atentar para o fato de que vem aumentando a longevidade e a qualidade de vida das pessoas. A regra denota preconceito contra a chamada “melhor idade”, o que é vedado pelo **Estatuto do Idoso**. A limitação, exclusivamente para a escolha do regime de bens, é desarrazoada, não se conseguindo identificar o que ou quem a lei pretende preservar. O patrimônio que construiu? A herança dos filhos? Se visa a proteger o idoso, protege o homem, pois é ele que, com 70 anos de idade, tem muito mais chance de casar do que uma mulher sexagenária. Assim, se a lei protege o noivo idoso, desprotege sua “jovem” pretendente.

Outro questionamento diz respeito ao não reconhecimento do **concubinato** como união estável (CC 1.727). Acabou o Código Civil por ressuscitar a expressão concubinato, que havia sido sepultada pela Lei do Divórcio. Ao se vetar a possibilidade de reconhecimento a essas entidades familiares, se está subtraindo efeitos patrimoniais a um vínculo que – com ou sem o respaldo social ou legal – existe nítida tentativa de negar proteção legal às **uniões simultâneas**, chamadas de concubinato adulterino, impuro, de má-fé e até de “concubinagem”.

Cabe perguntar: quem mantém uniões simultâneas? Não é um comportamento exclusivamente masculino? Não é o homem que trai? Assim, quem afrontou o dogma da monogamia cometeu adultério e deixou de cumprir o dever de fidelidade? Ora, injustificável que seja beneficiado aquele que mantém duplo vínculo afetivo. Questiona-se somente a ele a intenção de **constituir família**. Presume-se que o fato de manter duas entidades familiares significa que não quis formar família com uma ou com nenhuma das mulheres. Assim, o homem se livra de um dos relacionamentos sem qualquer responsabilidade. E o prejuízo é sempre da mulher. O que parece ser um castigo é um privilégio que só beneficia o parceiro adúltero, que não divide o patrimônio amealhado com a colaboração da mulher nem lhe presta alimentos.

Transformar a mulher em **excludente da criminalidade** era algo denominado, no mínimo, de odioso. Ainda bem que a Lei 11.106/2005 eliminou os incs. VII e VIII do art. 107 do **Código Penal**, que previam o casamento da vítima com o réu como causa de extinção da punibilidade.

Com isso, restou derogada a possibilidade de permitir o casamento de uma adolescente para evitar imposição de pena criminal. Isso significava nada mais do que a **descriminalização do estupro**, absolvendo-se o estuproador se ele casasse com a vítima, mesmo que fosse ela menor de idade.

Agora não mais existe a possibilidade de ser autorizado o **casamento** de quem ainda não atingiu a idade de **16 anos**, mesmo em caso de gravidez (CC 1.520).

Os crimes que equivocadamente eram nominados de “contra os costumes” em boa hora passaram a ser chamados de “**crimes contra a dignidade sexual**”. Quem obriga alguém – homem ou mulher – a manter relação sexual não desejada pratica o crime de **estupro** (CP 213). Também os outros crimes contra a liberdade sexual configuram **violência sexual**: violação sexual mediante fraude (CP 215); assédio sexual (CP 216-A), crime sexual contra vulneráveis (CP 218), importunação sexual (art. 215-A), o registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B) e o estupro de vulneráveis (art. 217-A). Igualmente o crime de **perseguição** – conhecido como *stalking* – (CP 147-A)<sup>15</sup> tem a pena agravada quando cometido contra a mulher em razão de sua condição feminina.

Os delitos cometidos contra pessoas de identidade feminina, no âmbito das relações domésticas, familiares ou de afeto, constituem **violência doméstica** (Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006). Com o advento da lei é que se atentou à situação de absoluta vulnerabilidade das mulheres no âmbito do seu lar doce lar. De maneira muito mais frequente do que se imaginava, as mulheres dormem com inimigos.

Mas elas não são vítimas somente da violência física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial. É terrível o número de mortes de mulheres levadas a efeito por seus pares ou ex-parceiros. Tal ensejou a criação de mais um tipo penal: o **feminicídio**. É o assassinato de mulheres em função do gênero. A Lei 13.104/2015 alterou o Código Penal instituindo uma **qualificadora ao homicídio**, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão (CP 121 VI). A pena do feminicídio se sujeita à majoração de um terço até a metade se o crime foi praticado em descumprimento de medida protetiva de urgência (CP 121 § 7º IV).

O feminicídio foi reconhecido como **crime hediondo** (Lei 8.072/1990, 1º I).

15. Lei 14.132/2021.

Pouco a pouco vem o legislador atentando à necessidade de assegurar proteção diferenciada à mulher. Um belo exemplo é a previsão constante do programa habitacional denominado **Minha Casa Minha Vida**. Além de determinar que os contratos e registros sejam formalizados preferentemente em nome da mulher,<sup>16</sup> prevê que, nas hipóteses de dissolução da união estável ou divórcio, o imóvel será a ela transferido. O título de propriedade somente será atribuído ao homem se ele restar com a guarda exclusiva dos filhos.<sup>17</sup>

Outro exemplo é o chamado **usucapião familiar** (CC 1.240-A), que dispõe de caráter protetivo a favor de quem é abandonado e permanece residindo no lar conjugal. Esta é uma realidade eminentemente feminina e a mulher acaba por se tornar proprietária exclusiva do bem comum.

Na busca de assegurar a tão almejada igualdade, foi assegurado também à mãe o encargo de proceder ao **registro de nascimento** do filho, deixando de ser uma ação complementar quando o pai não procedesse ao registro.<sup>18</sup>

Na contramão de tudo o que vem sendo construído na busca da igualdade de gênero, o **Código de Processo Civil**, de forma simplista e irresponsável, acabou com o chamado **foro privilegiado da mulher**, significativo instrumento de proteção a quem ainda desfruta de posição de vulnerabilidade no âmbito das relações de família. Para as ações de divórcio, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução da união estável, o foro competente é:

- o domicílio do guardião de filho incapaz;
- o último domicílio do casal;
- o domicílio do réu (CPC 53 I); ou
- o domicílio da vítima de violência doméstica (LMP 14-A).

Parece que o legislador se olvidou dos elevadíssimos índices da violência doméstica que impõem, muitas vezes, que a mulher se afaste do lar para garantir sua integridade física e a vida dos filhos.

A sorte é que o movimento feminista continua ativo e, ainda que vagarosamente, vem obtendo alguns ganhos. A Lei Maria da Pena,<sup>19</sup> de

16. Lei 11.977/2009, art. 35.

17. Lei 11.977/2009, art. 35-A.

18. Lei 6.015/1973, art. 52 § 1º.

19. Lei 11.340/2016.

combate à **violência doméstica**, e a concessão de **alimentos gravídicos**<sup>20</sup> são belos exemplos.

## 7.5. NO JUDICIÁRIO

Emergiram novos valores sociais referentes à dignidade feminina e à sua autonomia, liberdade e privacidade na área da sexualidade. Mas ainda é forte a resistência para reconhecer os novos papéis desempenhados pela mulher. Basta atentar que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), entre outros ainda identificam seus membros pelo masculino, como se este fosse um gênero neutro a albergar os dois sexos. Não é mais, se é que um dia foi. Tanto que o IBDFAM oficiou a estas e outras instituições solicitando a alteração de seus nomes. Por incrível que pareça, existem resistências, o que só pode ser chamado de machismo institucional.

A influência de padrões discriminatórios contra as mulheres conduz a posturas judiciárias que maximizam sua vitimação, porquanto nem sempre lhes é assegurada privacidade no momento em que prestam suas declarações; são ouvidas repetidas vezes e sua vida pessoal (personalidade, hábitos, comportamento etc.) é submetida ao escrutínio forense; devem aguardar por longos períodos de tempo até seus casos receberem a devida atenção judicial e costumam não ser informadas sobre a tramitação dos processos em geral.<sup>21</sup>

Apesar do número significativo de magistradas, o Poder Judiciário ainda é uma instituição sexista e conservadora. Nos processos envolvendo relações familiares é onde mais se vê que os avanços legislativos ocorridos nos últimos tempos não alteraram o discurso dos juizes. Exige-se da mulher uma atitude de recato, sendo colocada em situação de dependência. Persiste nos julgados tendência eminentemente protecionista, o que dispõe de dupla moral. Nas decisões judiciais, aparecem com extrema frequência termos como inocência da mulher, conduta desregrada, perversidade, comportamento extravagante, vida dissoluta, situação moralmente irregular, expressões que contêm forte carga ideológica.<sup>22</sup>

A igualdade formal decantada enfaticamente na Constituição não bastou, por si só, para alcançar a absoluta equivalência social e jurídica entre homens e mulheres. Talvez tenha sido este o motivo que levou o Conselho

20. Lei 11.804/2008.

21. Chimelly Louise de Resenes Marcon, Já que viver é [ser e] ser livre..., 225.

22. Sílvia Pimentel *et al*, A figura/personagem mulher em processos de família, 20.

Nacional de Justiça a expedir Recomendação<sup>23</sup> e elaborar o **Protocolo para Julgamento com perspectiva de Gênero**, ao reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito.

## 7.6. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Para dar cumprimento ao comando constitucional que impõe a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (CR 226 § 8.º), a chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) visa coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo a assegurar sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Uma das mudanças mais substanciais: o afastamento da violência doméstica do âmbito dos **Juizados Especiais** (LMP 41). A alteração de competência justifica-se. Ainda que a Constituição tenha assegurado algumas benesses aos delitos de menor potencial ofensivo (CR 98 I), foi delegado à legislação infraconstitucional definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a Lei 9.099/1995, elegendo como de menor lesividade a lesão corporal leve e a lesão culposa, sem, no entanto, dar nova redação ao Código Penal (Lei 9.099/1995 88). Ainda que a Lei Maria da Penha tenha subtraído de sua égide a violência doméstica, expressamente é determinado que a autoridade policial tome a termo a representação (LMP 12 I), só sendo admitida a desistência da representação perante o juiz e o Ministério Público (LMP 16).

A Lei Maria da Penha reconhecendo que a violência constitui uma das formas de violação dos **direitos humanos** (LMP 6º), tem um amplo espectro. Abrange qualquer **relação íntima de afeto**, independente da **orientação sexual da vítima** (LMP 2º e 5º parágrafo único).

De forma didática a Lei descreve as várias **modalidades** de violência de que as mulheres podem ser vítimas (LMP 7º): física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A partir de sua vigência, acabou o calvário da vítima que, depois de registrar a ocorrência na polícia, precisava constituir advogado ou procurar a Defensoria para buscar medidas que lhe dessem segurança. Mas as vantagens não são somente essas. A vítima deve estar sempre acompanhada de **advogado** (LMP 27), tanto na fase policial como na judicial, garantido o acesso aos serviços da Defensoria Pública e à Assistência Judiciária Gra-

23. CNJ - Recomendação 79/2020.

tuita (LMP 18 II). Não pode ser ela a portadora da notificação ao agressor (LMP 21 parágrafo único), sendo pessoalmente cientificada quando ele for preso ou libertado, sem prejuízo da intimação de seu procurador (LMP 21).

Foi devolvida à **polícia judiciária** a prerrogativa investigatória (LMP 10). O registro da ocorrência desencadeia um leque de providências: a autoridade policial garante proteção à vítima, a encaminha ao hospital, fornece transporte para lugar seguro e a acompanha para retirar seus pertences do local da ocorrência (LMP 11). Também registra a ocorrência, toma por termo a representação (LMP 12 I). Em 48 horas, encaminha a juízo o pedido de **medidas protetivas de urgência** (LMP 12 III). Verificada a existência de risco atual ou iminente à integridade física ou psicológica da vítima, nos locais que não são sede de comarca, o agressor pode ser afastado do lar pela **autoridade policial** civil ou militar (LMP 12-C). A providência deve ser comunicada ao juiz no prazo de 24 horas.

Além de instaurar o inquérito (LMP 12 VII), compete ao delegado colher o depoimento do agressor e das testemunhas (LMP 12 V). Feita a identificação criminal (LMP 12 VI), o inquérito policial deve ser encaminhado à justiça no prazo de 30 dias (CPP 10).

O juiz não está adstrito a aplicar somente as medidas requeridas pela vítima (LMP 12 III, 18, 19 e § 3.º) ou pelo Ministério Público (LMP 19 e § 3.º). Tem a faculdade de agir de ofício (LMP 20, 22 § 4.º, 23 e 24). Assim, pode determinar o afastamento do agressor (LMP 22 II) e a recondução da ofendida e seus dependentes ao lar (LMP 23 II); impedir que ele se aproxime da casa; impor limite mínimo de distância; vedar que se comunique com a família; suspender visitas; encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros; fixar alimentos provisórios (LMP 22 V). Pode a dotar medidas outras, como determinar a restituição de bens indevidamente subtraídos da vítima, suspender procuração por ela outorgada ao agressor e proibir temporariamente a venda ou locação de bens comuns (LMP 24). Para garantir a efetividade do adimplemento das medidas aplicadas, pode requisitar, a qualquer momento, o auxílio da força policial (LMP 22 § 3.º).

Foi criada mais uma hipótese de **prisão preventiva** (CPP 313 III), que pode ser decretada por iniciativa do juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (LMP 20).

Quando a vítima for **servidora pública**, tem acesso prioritário à remoção ou, se trabalhar na iniciativa privada, lhe é assegurada a manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho (LMP 9 § 2.º). A participação do **Ministério Público** é indispensável. Tem legitimidade para agir como parte, intervindo nas



demais ações, tanto cíveis como criminais (LMP 25). Como é intimado das medidas que foram aplicadas (LMP 22 § 1.º), pode requerer a aplicação de outras (LMP 19) ou sua substituição (LMP 19 § 3.º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, deve o promotor estar presente na audiência (LMP 16). Também lhe é facultado requerer o decreto da prisão preventiva do agressor (LMP 20). No entanto, ainda não foi implementada a atribuição do Ministério Público na defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na lei (LMP 37).

Mesmo que tenha sido atribuída aos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (LMP 38), o Ministério Público deve manter cadastro similar (LMP 26 III), registro que não se confunde com os antecedentes judiciais. A medida é salutar. Trata-se de providência que permitiria detectar a reincidência para garantir a integridade da vítima.

Certamente o maior de todos os avanços foi a criação dos **Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM)**, com competência cível e criminal (LMP 14). Para a plena aplicação da lei, o ideal seria que todas as comarcas instalassem um JVDFM.

Claro que, diante da realidade brasileira, não ocorreu a imediata instalação dos juizados em todos os cantos do País, até porque, de modo injustificado, não foi sequer imposta a sua criação ou definidos prazos para sua instalação. De pouco adiantou a recomendação do Conselho Nacional de Justiça aos Tribunais de Justiça para que procedam à implantação dos JVDFM.<sup>24</sup>

Juízes, promotores, defensores e servidores devem ser **capacitados** para atuar nesses juizados, que precisam contar com equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (LMP 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (LMP 34).

A opção de a ofendida propor ação de divórcio ou dissolução da união estável perante este juizados (LMP 14 A) é de todo descabida. Não há como impor que o juiz fixe alimentos ou estabeleça regime de convivência dos filhos. Certamente acarretaria um tal aumento de demandas que retardaria a apreciação dos pedidos de medida protetiva e levaria à prescrição das ações criminais. Cabe atentar que cada denúncia de violência doméstica pode gerar **duas demandas**: o expediente encaminhado pela autoridade

24. CNJ – Recomendação 09/2007.



policial para a adoção de medidas protetivas de urgência (LMP 12 III) e o inquérito policial (LMP 12 VII), os quais são enviados a juízo em momentos diferentes. Assim, mais coerente é o encaminhamento da vítima aos serviços de **assistência judiciária** para o ajuizamento das ações cíveis. Como preconiza a própria lei (LMP 9º III e 18 II).

Enquanto não ocorre a instalação dos juzados especializados, as demandas são encaminhadas às **varas criminais** (LMP 33), mesmo que a maioria das providências a serem tomadas seja no âmbito do Direito das Famílias. Como é garantido o direito de preferência (LMP 33 parágrafo único), indispensável é a imediata criação dos juzados especializados, pois nas varas criminais tramitam as ações de réu preso, o que coloca o juiz em delicada situação, por ter que decidir ao que dar prioridade.

Independentemente de conceder ou não a tutela de urgência, o magistrado deve designar **audiência de acolhimento e verificação**. Essa providência, ainda que não prevista na lei, dá segurança à vítima. Ao depois, os provimentos adotados envolvem questões de Direito das Famílias. A finalidade não é induzir a vítima a desistir da representação nem forçar a reconciliação do casal. Somente nos crimes de ação penal pública condicionada, pode a vítima renunciar à representação (LMP 16). Os delitos de lesão corporal não admitem retratação, sendo a ação penal **pública incondicionada**.<sup>25</sup>

Na audiência, presente o Ministério Público (LMP 25), tanto a vítima (LMP 27) como o agressor devem estar assistidos por advogado. Deve o juiz tentar solver consensualmente temas como a guarda dos filhos, o regime de convivência, a definição dos alimentos etc. O acordo homologado pelo juiz constitui **título executivo judicial** (CPC 515 II). A transação não significa renúncia à representação (LMP 16) e tampouco obstáculo ao prosseguimento do inquérito policial. Sem êxito a tentativa conciliatória, permanece hígido o decidido em sede liminar. Em qualquer hipótese deve a vítima, se não estiver acompanhada de procurador, ser encaminhada à Defensoria Pública.

Realizado ou não acordo, nada obstaculiza o andamento do inquérito policial, a ser distribuído ao mesmo juízo que apreciou o procedimento cautelar.

Não incidindo a Lei dos Juzados Especiais (Lei 9.099/1995 89), não há falar em suspensão condicional do processo,<sup>26</sup> composição de danos ou

25. STJ – Súmula 542: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

26. STJ – Súmula 536: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (72). Aliás, foi para dar ênfase a essa vedação que a lei acabou expressamente por vetar a aplicação de penas de pagamento de **cesta básica** ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa (LMP 17). Igualmente, não dá mais para o Ministério Público propor transação penal ou a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (76).

O último dispositivo da lei é dos mais salutares. Permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor aos chamados **grupos reflexivos de gênero** (LMP 45): o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. Além de inserida na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984 152 parágrafo único), é cabível a imposição de comparecimento como **medida protetiva** (LMP, 22 VI), cujo descumprimento leva à decretação da prisão preventiva. Mas para isso é necessário que tais espaços existam. Apesar de ser concorrente a competência da União, dos Estados e dos Municípios para a estruturação desses serviços, a serem prestados por profissionais das áreas psicossociais (LMP 35), sua implementação é difícil. Mais uma vez é chamada a sociedade para suprir as falhas do Estado. Necessário assim que universidades, organizações não governamentais, serviços voluntários se disponham a concretizar esta que é a mais eficaz arma para coibir a violência doméstica: gerar no agressor a consciência de que ele não é o proprietário da mulher, não pode dispor de seu corpo e muito menos de sua vida. Não pode comprometer impunemente sua integridade física, higidez psicológica e liberdade sexual.

Importante o papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça que incansavelmente tem baixado resoluções, provimentos, portarias e fazendo recomendações.<sup>27</sup>

## LEITURA COMPLEMENTAR

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

MENDES, Maria Goretti Soares. *O direito de não ser mãe*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

27. CNJ - Resolução 342/2020.  
CNJ - Resolução 346 /2020.  
CNJ - Resolução 342/2020.

# 16

## DIREITO DO IDOSO

**Sumário:** **16.1.** Tentativa conceitual – **16.2.** Doutrina da proteção integral – **16.3.** Estatuto do Idoso – **16.4.** Idoso na Justiça – **16.5.** Alimentos – **16.6.** Direito de casar – **16.7.** Adoção – **16.8.** Alienação parental e abandono afetivo – **16.9.** Tutela e curatela – Leitura complementar.

*Referências legais:* CR 230; CC 1.641 II e 1.736 II; CPC 53 III e 1.048 I; Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso – EI); Lei 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso); CP 244, 171 § 4.º; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – LMP) 13.

### 16.1. TENTATIVA CONCEITUAL

A palavra *velho* é considerada politicamente incorreta e dispõe de conteúdo ofensivo. Daí o uso do vocábulo *idoso*, que também guarda conotação pejorativa. Por isso, há uma série de expressões que tentam suavizar a identificação das pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior etc. Até parece que usar palavras vai fazer alguns anos desaparecerem. É quase como a expressão usada com relação aos automóveis. Não mais se usa *carro usado* e sim *seminovo*, ainda que o carro seja o mesmo!

Sempre foi alvo de questionamentos com que idade, afinal, alguém se torna um idoso. Com o advento do **Estatuto do Idoso** essa dúvida se dissipou. É *idoso* quem tem idade igual ou superior a **60 anos** (EI 1.º). Aliás, cabe lembrar que o envelhecimento se tornou um **direito personalíssimo!** (EI 8.º).

### 16.2. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama o direito à *segurança na velhice* (XXV 1). A Constituição da República, modo expres-

so, veda discriminação em razão da idade (CR 3.º IV). Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar ao idoso participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhe o direito à vida (CR 230). O preceito não se refere apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas.<sup>1</sup>

Assegurada **assistência social** à velhice, independentemente de contribuição securitária, é garantido ao idoso um **salário mínimo** de benefício mensal, quando comprovado não possuir ele ou sua família condições de prover a própria manutenção (CR 203 V e Lei 8.742/1993 20). Determinada a adoção de **políticas de amparo** aos idosos, devem os programas ser executados, preferentemente, em seus lares (CR 230 § 1.º). Também é deferido, aos maiores de 65 anos, transporte gratuito nos coletivos urbanos.

A doutrina da proteção ao idoso, de nítido caráter **assistencialista**, é mais uma tentativa do Estado de desonerar-se de seu dever de proteger seus cidadãos. Como adverte Alice Birchal, outra não pode ser a postura estatal, pois o acanhado e lastimável sistema de previdência social, completamente desestruturado e injusto, não permite solução diferente, senão repassar à família e à sociedade o encargo de cuidar dos seus ascendentes.<sup>2</sup>

### 16.3. ESTATUTO DO IDOSO

Para cumprir os desígnios do comando constitucional, o Estatuto do Idoso, em 118 artigos, consagra uma série infindável de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Porém, os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados ainda mais significativos. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata (CR 5.º § 1.º).

O Estatuto se constitui em um **microssistema** e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado. Deve ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso.

Crianças e idosos encontram-se em polos opostos do ciclo existencial, mas ambos, ainda que por motivos diversos, são merecedores de tutela especial. Da mesma forma como existe lei protetiva da criança e do adolescente, também há lei para o idoso. Ambos, avós e netos, recebem proteção diferenciada. E essa proteção não dispensa criterioso exame da

1. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 127.

2. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no Direito de Família:..., 54.

situação contextual em que se inserem seus protagonistas.<sup>3</sup> Os respectivos estatutos (ECA 98 e EI 43) identificam as mesmas situações que colocam crianças e idosos em **situação de risco**:

I – ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – falta, omissão ou abuso da família, pais, responsáveis, curador ou entidade de atendimento; e

III – sua conduta ou condição pessoal. Assim, como a criança, o idoso também é protegido constitucionalmente.

Além de serem indicados os direitos dos idosos, o Estatuto identifica os obrigados a dar-lhes efetividade (EI 3.º *caput*): a **família**, a **comunidade**, a **sociedade** e o **poder público**.

Além de elencar as garantias prioritárias, também o Estatuto veda qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão (EI 4.º). Gera a **responsabilidade** de pessoas físicas e jurídicas que não observarem as regras de proteção ao idoso (EI 5.º). Fora isso, são assegurados alguns benefícios de ordem econômica: prioridade para aquisição de moradia própria (EI 38); descontos em atividades culturais e de lazer (EI 23); bem como isenção e redução de tarifas nos transportes coletivos públicos (CR 230 § 2.º e EI 39). Igualmente, é garantido direito à educação, cultura e lazer (EI 20); à profissionalização (EI 28) e ao trabalho (EI 26). Quanto à saúde, é deferida atenção integral (EI 15 a 19).

A Constituição prioriza o acolhimento do idoso em seu próprio lar (CR 230 § 1.º), sendo-lhe assegurado direito à **moradia digna** (EI 37), no seio de sua família natural ou substituta. Para identificar esses conceitos é necessário recorrer ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que define **família natural** como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (ECA 25). Traz o conceito de família extensa ou ampliada (ECA 25 parágrafo único): o parente com o qual existe um vínculo de afetividade e convivência. Já a **família substituta** nasce da situação de guarda, tutela ou adoção (ECA 28). Encontrando-se o idoso em situação de risco social, cabe seu acolhimento por adulto ou núcleo familiar (EI 36), instituto que equivale à **guarda**.<sup>4</sup> Em vez de tutela, cabe a **curatela**, não havendo qualquer impedimento para que ocorra a **adoção**, instituto que se aplica ao idoso.<sup>5</sup> Assim, é garantido à pessoa idosa o direito à **convivência familiar**

3. Maria Aracy Menezes da Costa, Os limites da obrigação alimentar dos avós, 233.

4. Oswaldo Peregrina Rodrigues, A pessoa idosa e sua convivência em família, 409.

5. Idem, Estatuto do Idoso:..., 778.

e comunitária, mesma prerrogativa de que gozam crianças e adolescentes (CR 227 e ECA 19 ss.).<sup>6</sup>

Nos **programas habitacionais**, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, sendo-lhe reservados 3% das unidades habitacionais, que devem preferentemente situar-se no pavimento térreo (EI 38).

#### 16.4. IDOSO NA JUSTIÇA

O Estatuto somente sugere – não impõe – a criação de **varas especializadas** e exclusivas ao idoso (EI 70).

O conteúdo abrangente do princípio da proteção integral, que impõe à família garantir, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos do idoso, confere **legitimidade** a todos os parentes para representá-lo e defendê-lo em juízo.

Os processos gozam de **prioridade na tramitação** (EI 71 e CPC 1.048 I). Mesmo com o falecimento da parte, prossegue a prioridade em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente (CPC 1.048 § 3.º).

Visando a facilitar acesso à Justiça, é assegurado ao idoso **foro privilegiado** – direito de demandar no juízo do seu domicílio (CPC 53 III e EI 80). Como se trata de competência **territorial**, inconveniente a definição da competência como **absoluta**. Deve ser permitido ao idoso abrir mão dessa prerrogativa. A expressão legal não consegue afetar a natureza da regra de competência, sob pena de sua intenção protetora ter efeito contrário, podendo desatender aos seus interesses. Nada pode impedir que alguém, por ter mais de 60 anos, não tenha o direito de propor a ação no domicílio do réu.

O Código de Processo Civil empresta duplo efeito a todos os **recursos**: devolutivo e suspensivo (CPC 1.012 e 1.013). Mas, em se tratando de ação

---

6. Regulamentação de visita de idoso. Direito de convivência familiar. 1 - O direito à convivência e participação na vida familiar está amparado pela Constituição da República em seu art. 230 e pelo Estatuto Idoso em seus artigos 3º e 10º, sendo dever do Estado, por meio de políticas públicas e da correta prestação jurisdicional, a garantia de sua efetivação. 2 - Inexistindo prova que fundamente de modo contrário, deve ser tutelado o direito do idoso à convivência familiar, independentemente da aferição de sua capacidade para a prática dos atos da vida civil e da consequente responsabilidade sobre a administração de seu patrimônio e inanças, em observância ao princípio do melhor interesse do idoso. (TJMG - AI 10000210159463001 MG, 3ª C. Cív., Relator Jair Varão, j. 17/06/2021).