

# VULNERABILIDADES NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: O PROBLEMA DA DESIGUALDADE DE GÊNERO\*

---

*Maria Celina Bodin de Moraes*

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ

Professora Associada do departamento de Direito da PUC-Rio

Doutora em Direito Civil

*“O homem não é racional, é cultural.”*

– D. HUME

SUMÁRIO: Introdução; 1. A mult milenar afirmação da superioridade do homem sobre a mulher; 2. Dignidade da pessoa humana e a convivência familiar; 3. A necessidade da lei e de outros mecanismos defensivos; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Ao contrário do que normalmente se pensa, só recentemente a violência se tornou um problema central da humanidade. Embora presente em toda a nossa história, e provavelmente indissociável da experiência humana, foi somente a partir da modernidade, com a elaboração e difusão de valores como liberdade e igualdade, que se firmou a noção de cidadania.<sup>1</sup> Dela decorre que nas sociedades democráticas, ao menos teoricamente, todos têm direitos humanos – assim denominados porque inerentes à condição humana – que lhes protegem contra coerções, maus-tratos e demais atos de desumanização.

Embora sejam frequentemente usados como termos sinônimos, há quem distinga os direitos humanos dos direitos fundamentais, considerando estes últimos como “os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado”. Seriam, pois, “direitos positivos de matriz constitucional”.<sup>2</sup> A principal consequência desta distinção é que os direitos fundamentais alcançam maior grau de efetivação, especialmente em face da existência

---

\* Agradeço aos Professores Renata Vilela e Carlos Konder pelas valiosas sugestões.

<sup>1</sup> V. J. M. DOMENACH. *La violencia e sus causas*. Paris: UNESCO, 1981. Segundo o autor, a partir desse momento, ações que antes eram percebidas como inevitáveis na ordem do mundo, e mesmo desejáveis, passaram a ser combatidas.

<sup>2</sup> Em busca de um consenso na definição terminológica, v. Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 33 e ss. onde expõe criticamente os critérios de Canotilho, Pérez Luño, Villalon, Habermas, dentre outros.

de instâncias dotadas de poder de fazer respeitar tais direitos. Ora, inserindo-se esta definição na perspectiva de um direito civil constitucionalizado, percebe-se imediatamente o seu impacto nas relações interpriadas, uma vez que os destinatários da Constituição são órgãos legislativos, judiciários, executivos bem como os membros todos do corpo social.

Nas questões de gênero, salta aos olhos o problema da violência doméstica e como ele passa a dizer respeito não mais apenas à instância privada da órbita familiar mas, também e especialmente, às instâncias públicas, dotadas de poder para resguardar os direitos fundamentais dos membros da família. Com efeito, estando os direitos fundamentais positivados, a eles necessariamente se contrapõem deveres jurídicos: no direito anterior a permissividade centrava-se no casamento (quando se cunhou o ditado: em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher); já no direito atual, isto é, na ordem constitucional de 1988, o fundamento jurídico da família mudou e passou a ser a solidariedade familiar (CF, arts. 226-230).

Neste aspecto, tratou a Constituição de consignar proteção especial à família fundada no casamento, mas igualmente tutelou a união estável entre homem e mulher como entidade familiar (art. 226), as mulheres, ao afirmar sua inofismável igualdade aos homens (arts. 5º, I, e 226, § 3º, além de outros grupos cuja vulnerabilidade parece notória: as crianças e os adolescentes, os portadores de deficiências (arts. 203, V, e 227, II), os idosos (arts. 203, V, e 230) e os índios (arts. 231 e 232).

O legislador ordinário, em cumprimento ao ditado constitucional (CF, arts. 227 e 230) buscou paulatinamente diminuir a vulnerabilidade intrafamiliar com relação às crianças, aos adolescentes e aos idosos (Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, e Estatuto do Idoso, de 2003). Mais recentemente, voltou-se para a proteção específica da vulnerabilidade de gênero e sancionou – com significativo atraso em relação aos demais ordenamentos da própria América Latina – a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, chamada Lei Maria da Penha, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”.

Todavia, por se destinar unicamente à proteção de mulheres, a lei gerou imediata controvérsia: a troca de que o legislador brasileiro previra tais direitos apenas para as mulheres? E logo se questionou em alto brado: onde está o princípio constitucional da igualdade? Como fica o princípio da dignidade humana? Em consequência da exclusividade, tanto em doutrina como na jurisprudência houve quem decretasse sua inconstitucionalidade, a ponto de negar-lhe aplicação no caso concreto.<sup>3</sup> A propósito, chegou-se a sustentar que “a lei traz regras diabólicas”,<sup>4</sup> e que teríamos saído

---

<sup>3</sup> O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público contra decisão do Juízo de 1º grau de Sete Lagoas que negou a vigência da Lei 11.340/2006. (TJMG. Ap. Criminal n. 1.0672.06.225215-6/001(1), Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, julg. em 10.06.2008).

<sup>4</sup> Notícia publicada no site Consultor Jurídico relata entrevista concedida pelo juiz Edílson Rumbelsperge Rodrigues, de Sete Lagoas em Minas Gerais, que negou a vigência da lei em sua comarca, que abrange oito municípios da região metropolitana de Belo Horizonte, com cerca de 250 mil habitantes, ao argumento de que

“da ditadura do masculino para a ditadura de um feminino estereotipado. Um feminino que nega tudo o que é feminino”.<sup>5</sup>

## 1. A MULTIMILENAR AFIRMAÇÃO DA SUPERIORIDADE DO HOMEM SOBRE A MULHER

Os direitos das mulheres sempre estiveram muito atrasados em relação aos direitos conquistados pelos homens. A princípio, negava-se até mesmo que a mulher pudesse ter direitos. Assim, por exemplo, o fator fundamental para a superação da condição de subordinação à ordem patriarcal, o exercício do direito de propriedade foi quase totalmente impossibilitado às mulheres casadas desde tempos imemoriais até 1962.<sup>6</sup>

Com exceção do instituto do morgadio,<sup>7</sup> destinado unicamente à nobreza, as Ordenações mantiveram a tradição romana de, morto o marido, reservar à mulher a posse de metade dos bens do casal o que possibilitava à viúva assumir a chefia da família, embora sob supervisão. À ela cabia o direito de administrar os bens dos filhos sob duas condições: que fosse nomeada tutora pelo juiz de órfãos e que um fiador se responsabilizasse pelo patrimônio da família.<sup>8</sup> Da metade que pertencera ao marido, um terço podia livremente ser disposto, por testamento, pelo falecido. O restante era dividido entre os filhos, sem discriminação entre varões e mulheres.<sup>9</sup> Na ausência de descendentes, ascendentes, ou parentes do marido dispostos em linha de sucessão até o décimo grau, a mulher podia até tornar-se herdeira universal dos bens do marido, pela reunião das duas partes. Significa dizer: a titularidade da propriedade podia lhe pertencer, mas para o exercício de seu direito, do direito de que era titular, era imprescindível a tutela masculina.

As mulheres brasileiras só obtiveram capacidade política em 1934 e capacidade civil plena em 1962. Antes disso, estavam sob a potestade do marido e a força do poder marital era equiparada à do pátrio poder. Com efeito, eram-lhes vedados os direitos de trabalhar, viajar ou contratar sem a necessária autorização de seu marido. Além disso, o Código Civil (1916) previa, dentre outras situações de inferioridade,

---

“é um conjunto de regras diabólicas” e portanto inconstitucional. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2007-out-21/lei\\_maria\\_penha\\_traz\\_regras\\_diabolicas\\_juiz](http://www.conjur.com.br/2007-out-21/lei_maria_penha_traz_regras_diabolicas_juiz)>. Acesso em 21 out. 2008.

<sup>5</sup> Rômulo de Andrade MOREIRA. Violência doméstica: A lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2007-ago-24/lei\\_maria\\_penha\\_inconstitucionalidades](http://www.conjur.com.br/2007-ago-24/lei_maria_penha_inconstitucionalidades).

<sup>6</sup> O Estatuto da Mulher Casada foi considerado o primeiro passo significativo no Brasil em relação à libertação do direitos fundamentais das mulheres. Hildete Pereira de MELO e Teresa Cristina Novaes MARQUES. A partilha da riqueza na ordem patriarcal. As autoras analisam o acesso das mulheres livres à riqueza por intermédio da herança, tanto no ordenamento jurídico como na vida cotidiana. Disponível em: [www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101222.pdf](http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101222.pdf). Acesso em 20.06.2009.

<sup>7</sup> O morgadio, criado pelas Ordenações Manuelinas (1521), baseava-se no direito de primogenitura, em virtude do qual cabia ao primeiro filho homem herdar todo o patrimônio paterno. Pôr fim a tal direito, verdadeiro pilar do *Ancièn Régime*, foi um dos objetivos centrais do *Code Napoléon*. O morgadio permaneceu em vigor no Brasil até a década de 1820.

<sup>8</sup> *Código Philipino ou Ordenações do Reino*. Livro IV, Título 107: “porque a Nós pertence prover, que ninguém use mal do que tem, querendo suprir a fraqueza do entender das mulheres viúvas, que depois da morte de seus maridos desbaratam o que têm”.

<sup>9</sup> Maria Beatriz Nizza da SILVA. Mulheres e patrimônio familiar no Brasil no fim do período colonial. In: *Acervo*, Revista do Arquivo Nacional, v. 9, número 01/02, janeiro/dezembro de 1996.

a possibilidade de anulação do casamento pelo marido por defloramento anterior por ele ignorado,<sup>10</sup> a possibilidade de deserdação da herança paterna por “desonestidade da filha”<sup>11</sup> e até mesmo o ônus de produzir uma inominável prova negativa, qual seja, a de não ter tido possibilidade de manter relações sexuais com qualquer outro parceiro que não aquele que se pretendia investigar, como “condição para a ação” de reconhecimento de paternidade.<sup>12</sup>

Não apenas no âmbito da família ou do Direito, mas na própria cultura e no imaginário social se revela aimensidão dos preconceitos contra a mulher. A reputação da figura feminina mostrou-se a pior possível, ao longo dos séculos, entre filósofos, homens de letras e pensadores, teatrólogos, poetas e escritores, enfim os formadores de opinião, com raras e honrosas exceções.

A começar por um dos maiores filósofos de todos os tempos, Aristóteles, cujas formulações ainda hoje nos parecem atuais, o qual escreveu sobre a mulher na obra *Política*: “O macho é por natureza, superior, a mulher, inferior, um comanda, a outra é comandada porque sendo as virtudes equanimente distribuídas nele há a coragem da deliberação, nela a da subordinação”. Antes de Aristóteles, Demócrito de Abdera afirmara que “ser governado por uma mulher é, para o homem, a suprema violência”.<sup>13</sup> E ainda Eurípedes, no *Hipólito*, segundo o qual “a mulher é o pior dos males”.

No Brasil, país essencialmente católico, o exemplo de feminilidade veio diretamente da Virgem Maria. Como foi observado, ao longo de toda a narrativa evangélica, “Nossa Senhora”, como a chamamos, nada “faz”: ela *obedece, padece, espera e chora* diante do inevitável. Até hoje são consideradas como virtudes femininas: a paciência, a emotividade, a abstinência e a resignação.<sup>14</sup>

Talvez tenha sido o que Freud não podia mesmo entender: sendo dotada apenas de virtudes negativas, de quem nada “faz”, o que poderia querer uma mulher?<sup>15</sup> Ela, naquele momento histórico no início do séc. XX, nada quer: não quer poder, sucesso, a realização profissional, ela não tem interesses próprios além de criar os filhos de ambos porque tem medo de não servir para ser, ao menos, mulher. A teoria da inveja do pênis e da falta constitutiva corporal é uma boa explicação: a mulher pouco ou nada quer, ela está a serviço, este é o seu principal papel social: estar a serviço de um homem.

O fator biológico de que o homem é superior à mulher foi o principal argumento utilizado em toda a história da humanidade para justificar os poderes marital e patriarcal. Hoje ele nos parece medonho em sua ignorância e brutalidade e diversos

---

<sup>10</sup> CC 1916, art. 178, § 1º c/c art. 219, IV.

<sup>11</sup> CC 1916, art. 1744.

<sup>12</sup> CC 1916, art. 363, cujo rol era considerado taxativo. Até 2002 alguns civilistas ainda sustentavam que o art. 233 do Código Civil de 1916 mantinha-se em vigor, atribuindo-se ao marido a “chefia da sociedade conjugal”, não obstante o exposto teor do art. 226 da CF acerca da igualdade dos cônjuges.

<sup>13</sup> Fragmento 111 dos ditos de Demócrito.

<sup>14</sup> O. de CARVALHO. *Símbolos e mitos no filme “O Silêncio dos Inocentes”*. Rio de Janeiro, Instituto de Artes Liberais/Stella Caymmi Editora, 1992.

<sup>15</sup> “Nunca fui capaz de responder à grande pergunta: o que uma mulher quer?” Carta a Marie Bonaparte, como citado em *Sigmund Freud: Life and Work (1955) por Ernest Jones*, vol. 2, Pt. 2, Pt. 3, Ch. 3, Ch. 16.

são os países que legislam e executam políticas em prol da igualdade total de gênero. No entanto, ainda é assim na maior parte do mundo, em maior ou menor grau. As hipóteses são tantas que bastará lembrar os exemplos mais clamorosos: as burcas afegãs que cada vez mais passeiam por Paris, contra a vontade do presidente francês,<sup>16</sup> a proibição de falar com homens nos países árabes, a cliterodectomia em países africanos, a obrigatoriedade de andar sempre alguns passos atrás do marido na Índia e no Japão etc.

Hoje, no Brasil, estamos muito distantes de discriminações como essas. Reconhece-se amplamente a plena capacidade de direitos das mulheres, em paridade com a que é atribuída aos homens. De fato, entre as diversas conquistas operadas pela Constituição de 1988 quanto à proteção existencial de homens e às mulheres, está a de que eles devem viver em absoluta igualdade de condições tanto na vida social como naquela familiar (art. 5º, I e 226 § 3º CF), demonstrando que os direitos fundamentais de ambos, ao menos formalmente, estão muito bem tutelados no direito de família brasileiro.

A resistência à lei, ainda que não tenha justificativa, tem explicação. Na realidade, como vimos, até 1988 – portanto há pouco mais de 20 anos – os direitos concedidos à mulher, e especialmente à mulher casada, expressavam, literalmente, sua condição de inferioridade na sociedade conjugal e o status de ser superior do homem. Como na Grécia antiga, o melhor destino a que podia almejar uma mulher era passar da esfera de poder do pai-patrão para a do marido-dono.

Há muito tempo, portanto, as mulheres denunciam a sua condição de vítima da violência familiar, tendo o fenômeno do espancamento de esposas e de agressões praticadas por companheiros adquirido maior visibilidade ao cenário público a partir da criação e instalação dos conselhos dos direitos da mulher e das delegacias de defesa da mulher.<sup>17</sup> Para muitas delas, é reconhecido que o risco é maior de serem agredidas em sua própria casa – pelo pai de seus filhos ou companheiro – que o de sofrer alguma violência fora do âmbito familiar. Dessa violência, é possível observar que a vivência cultural da família ainda está marcada por uma estrutura hierárquica que se manifesta pela distribuição desigual do poder entre os seus membros.

---

<sup>16</sup> O presidente francês Nicolas Sarkozy afirmou, em junho de 2009, que as burcas, véus que cobrem todo o corpo da mulher, incluindo o rosto, não têm lugar na França: “A burca não é um símbolo religioso, é um símbolo de subjugação, da submissão da mulher. O assunto da burca não é religioso, é uma questão de liberdade e da dignidade da mulher. Eu quero dizer solenemente que ela não é bem-vinda em nosso território” discursou Sarkozy em sessão conjunta das duas casas do Parlamento. No dia seguinte, o Parlamento francês anunciou a criação de uma comissão para estudar o uso de burca na França. A comissão de 32 membros, dos principais partidos políticos da França, realizará audiências que podem resultar na proibição do uso de burca em público. O trabalho da comissão deve ser concluído em seis meses.” Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,franca-cria-comissao-para-avaliar-uso-da-burca,391935,0.htm> >. Acesso em 2 jul.2009.

<sup>17</sup> Embora a violência doméstica não seja um ato exclusivo do homem, convém apontar a observação de Marlise Vinagre SILVA: “Embora a violência esteja presente na relação, não sendo um fenômeno de um único vetor, mas sim um fenômeno de mão-dupla, as práticas de violência, sobretudo de violência física, da mulher em relação ao homem não são muito comuns. Quando estas ocorrem, geralmente, a situação de tensão na relação já está num nível insuportável ou ela agride seu companheiro para se defender”. (*Violência contra a mulher: quem mete a colher?* São Paulo: Cortez, 1992, p. 73).

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter introduzido mudanças significativas no modelo de família, impondo normas isonômicas e antidiscriminatórias, nota-se que, culturalmente, o poder físico, econômico, psicológico, social e, sobretudo, emocional continua centrado na figura do homem. Isso denota, mais uma vez, que o avanço legislativo não é suficiente para a transformação da sociedade. Assim sendo, não obstante a promulgação da lei Maria da Penha, a violência familiar praticada contra a mulher continua a representar um dos principais obstáculos para o implemento da igualdade imposta pela Constituição Federal (arts. 5º, I e 226, § 5º) e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.<sup>18</sup>

A Convenção de Belém do Pará, em seu art. 1º, define violência contra a mulher como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico<sup>19</sup> à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada, expressando, dessa forma, que essa violência afeta a mulher em todas as suas esferas de vida: família, escola, trabalho e comunidade. São exemplos comuns dessa violência o abuso sexual, maus-tratos, aborto provocado pelas agressões, lesão corporal, constrangimento ilegal e cárcere privado. Como se pode notar, todas essas condutas constituem atos ilícitos igualmente causadores de dano moral.

Com efeito, a violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico é capaz de lesar, simultaneamente, vários bens jurídicos protegidos, como a dignidade da sua pessoa, o respeito à sua vida, integridade física, mental e moral, sua liberdade e segurança pessoal, além de impedir e anular o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 5º, Convenção de Belém do Pará). Devendo ser compreendida integralmente como ser e sujeito de direito, pela violência a condição de pessoa da mulher fica reduzida a um *minus*, de modo a concluir que “todas as formas de violência contra as mulheres constituem uma violação a seus direitos humanos”.<sup>20</sup>

## **2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

O Direito trata com prioridade, hoje, da tutela da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, todavia, não tem como subsistir sem a observância dos direitos

---

<sup>18</sup> Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pelas Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984; Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher – ONU, de 20 de dezembro de 1993; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também denominada de Convenção de Belém do Pará), aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Além desses, outros importantes documentos são: A Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994 (onde a noção de direitos sexuais e reprodutivos ganhou espaço) e a Declaração de Pequim firmada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995).

<sup>19</sup> Sílvia PIMENTEL e Valéria PANDJIARJIAN. *Percepções das mulheres em relação ao direito e à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996, p. 30 e ss. As autoras destacam as duas principais formas de violência praticadas contra a mulher: “(...) toda a agressão física é ao mesmo tempo uma agressão psicológica à mulher, pois fere a sua auto-estima, o que lhe acarreta graves conseqüências (...) Já a mais sutil e, portanto, a menos percebida forma de violência talvez seja a psicológica, que pode ser denominada simbólica. Atua na vítima de forma, às vezes, sorrateira, expressando a relação autoritária de poder, implicando com freqüência em frustrações, traumas e inibições, bem como reprodução deste tipo de comportamento por parte daqueles que a ela se submetem.

<sup>20</sup> Art. 7º da Declaração dos Direitos Humanos desde uma Perspectiva de Gênero - Documento nº E/CN.4/1998/NGO/3 da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas - Genebra).

humanos, garantidos por tribunais independentes, nem tampouco pode, claramente, prescindir das liberdades básicas. Dentre estas é preciso não esquecer a *liberdade contra o medo*, como recomendou Franklin Roosevelt. Liberdade do medo em relação aos constrangimentos do presente, decorrentes de nossas próprias escolhas de vida, ou seja, da discriminação; liberdade do medo quanto às incertezas diante do futuro, isto é, de uma demissão injustificada. Na realidade, a partir de determinado momento, não há mais sequer medo, deu-se já a anulação da personalidade – a autocensura e o automatismo, geralmente inconscientes, funcionam como os principais mecanismos de defesa, de proteção contra a violência, a opressão, o aniquilamento.<sup>21</sup>

Assim, a assimilação do conceito de homem ao de pessoa – isto é, o ser humano, pelo simples fato de sê-lo, ser por isso dotado de personalidade jurídica – é uma assimilação recente na história das civilizações, sendo este o mais fundamental dos sentidos atribuíveis à consagração jurídica da dignidade da pessoa humana. Um novo fundamento axiológico, que atribua unidade valorativa ao direito civil em harmonia com as novas representações sociais do indivíduo, de sua liberdade e autonomia. Na busca desse novo núcleo unificante do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o *locos* e, sobretudo, o *valor* da pessoa humana na ordem civil.<sup>22</sup>

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana, não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas<sup>23</sup> de outrora o seu fundamento axiológico.

É num tal contexto de transição e incerteza que se torna fundamental ampliar o espaço atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana: seria esse o princípio capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática a esse ramo do Direito? Instaurar o primado da pessoa humana é o principal objetivo do direito civil, sob o comando da Constituição de 1988. O respeito à pessoa humana, única em sua dignidade, mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta talvez o único princípio de coerência possível de uma democracia humanista que – se espera – venha um dia a ter alcance universal e, eis a utopia, a ele seja consagrada plena, absoluta, completa efetividade.

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade da pessoa humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial

---

<sup>21</sup> E. GASPARI, *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 232.

<sup>22</sup> É o convite feito, já há tempos, por P. PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997: “Para o civilista, apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa (...)”.

<sup>23</sup> Sob este ponto de vista, o legislador de 2002 pouco se afastou da letra do Código de 1916.

proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.

Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

Este é o projeto solidarista, inscrito nos princípios constitucionais fundamentais, que começa lentamente a ser realizado, seja por meio de normas que, direta e indiretamente, afrontam tais desigualdades, seja agora, também, através da destinação de recursos especificamente para tal fim.

Por outro lado, a incerteza trouxe um grande benefício, benefício este que, em perspectiva histórica, parece ter nascido mesmo no nosso século, o século das incertezas: o benefício se chama solidariedade – pela primeira vez na história da humanidade, o desenvolvimento tecnológico alcançou tal nível que parece possível a completa autodestruição de nossa espécie, de nosso planeta. Por outro lado, nos permitiu sentir que estamos todos no mesmo barco. Este sentimento, o senso de igual dignidade para todas as pessoas, é novo, não existiu no passado. Um sentimento criador de uma nova consciência moral, de uma nova ética.

Somente no nosso século os direitos das crianças, das mulheres, das minorias raciais foram tornados efetivos, o racismo e a intolerância com os nossos semelhantes passaram a ser realmente mal vistos, considerados comportamentos socialmente considerados maus.

É neste movimento que deve ser enfrentado, de modo geral, o problema da violência nas relações familiares, pois ele se constitui em um dos mais graves problemas de saúde pública e de violação de direitos humanos neste país. Neste sentido, a expressão “violência familiar” faz referência aos casos de violência ocorridos de modo geral no contexto vivencial da família. Assim abrange tanto as situações que envolvem os cônjuges (violência conjugal) e os companheiros, bem como as agressões que ocorrem entre os ascendentes e descendentes, com destaque à agressão às crianças e adolescentes que se apresentem na condição de filhos e enteados.

De fato, acusada ao longo de parte do séc. XX de ser uma instituição em crise, decadente e destinada a desaparecer,<sup>24</sup> a família, nos últimos decênios, transformou-se, passando a responder a muitas das aspirações individuais presentes no mundo ocidental.<sup>25</sup> A ideia de ambiente familiar experimental, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo se tornado um anseio comum de vida, com o desejo

---

<sup>24</sup> V., por todos, David COOPER, *A morte da família*. São Paulo: Martins Fontes, 1986 [1974].

<sup>25</sup> Com efeito, a afirmativa parece ser verdadeira em relação a todos os países ocidentais.



generalizado de fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco.<sup>26</sup> Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder.<sup>27</sup>

Embora a modernidade tenha nascido sob a promessa de uma esfera privada como espaço de satisfação e de cuidados emocionais, esta só começou realmente a ser cumprida recentemente, quando o modelo tradicional foi posto por terra. Assim, por exemplo, na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, o poder marital desapareceu,<sup>28</sup> tendo havido, em seguida e em consequência, a supressão da figura do chefe da família. Além disso, do ponto de vista estrutural, diversos fenômenos sócio-demográficos contribuíram para a alteração radical da vida familiar. Quanto ao casamento, por exemplo, numerosos foram os casais que passaram a coabitar, independentemente de qualquer vínculo formal; tantos outros se divorciaram,<sup>29</sup> inúmeras as crianças nascidas de pais não casados, e que, até recentemente, seriam consideradas ilegítimas. Concomitantemente, mais mulheres começaram a trabalhar fora e a compartilhar os encargos econômicos da família. Para tanto, adiaram o início da vida conjugal em prol de uma trajetória profissional, passando a ter filhos cada vez mais tarde, quando já dotadas de alguma independência financeira.<sup>30</sup>

Este processo foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar. Tal modelo vem sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de “democrático”<sup>31</sup>, correspondente, em termos históricos, a uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e a liberdade.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> Segundo Elizabeth ROUDINESCO. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 198: “A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”.

<sup>27</sup> Tal era o modelo de família, concebido pela sociedade burguesa, que se consolidara desde meados do séc. XIX, fundado no casamento indissolúvel, vivido e propagado pela camada social que conduziu a passagem histórica da sociedade agrária à sociedade industrial. A família burguesa, hoje chamada de tradicional, tinha sua estabilidade garantida pela legislação civil e pelo exercício de um rígido controle social. Como se sabe, ambos os fatores alteraram-se profundamente no último quartel do séc. XX.

<sup>28</sup> O poder marital no Brasil só acabou em 1988, com a promulgação da Constituição, que estabeleceu no art. 226, § 5º, a igualdade entre os cônjuges, embora alguns autores tenham insistido em mantê-lo vivo sob o argumento de que a Constituição não havia revogado o art. 233 do Código Civil de 1916.

<sup>29</sup> Para uma análise da rotinização das separações nas classes médias brasileiras, v. Gilberto VELHO. *Nobres e Anjos*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

<sup>30</sup> Evidentemente, o texto se refere às camadas médias da população, às quais, com efeito, se aplicam, com generalidade, as disposições dos códigos civis.

<sup>31</sup> V., por todos, Anthony GIDDENS. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2000 e *A transformação da intimidade. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Unesp, 1992.

<sup>32</sup> Segundo Frank PITTMAN, *Man Enough: Fathers, Sons and the Search for Masculinity*, New York: G. P. Putnam’s Sons, 1993, p. 6: “*Family life in Western society since the Old Testament has been a struggle to maintain patriarchy, male domination, and double standards in the face of a natural drift towards monogamous bonding.*”

No entanto, não são poucos os desafios que ainda se colocam no âmbito da construção de uma família juridicamente democrática. Um dos principais refere-se à igualdade dos cônjuges e a desigualdade concreta da mulher no âmbito das relações conjugais.

### **3. A NECESSIDADE DA LEI E DE OUTROS MECANISMOS DEFENSIVOS**

A igualdade de gênero é condição essencial da democratização de qualquer instituição, sendo necessário pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações. Os números são assustadores e, certamente, a solução do problema perpassa pela sua difusão e pela reflexão intelectual acerca de suas causas atuais. Sabe-se que a violência doméstica representa em nosso país um problema de graves proporções, configurando-se como uma questão de saúde pública já que se apresenta como uma das principais ameaças à saúde das mulheres. Os números variam, mas as pesquisas apontam que o lugar mais perigoso para uma mulher é, justamente, dentro de casa. Recentemente, a Organização Mundial de Saúde divulgou estudo indicando que cerca de 30% das mulheres entrevistadas, provenientes de lugares tão distintos quanto a cidade de São Paulo e a Zona da Mata pernambucana, afirmaram já ter sido vítimas de violência conjugal.<sup>33</sup>

A OMS realizou em dez países, inclusive no Brasil, entre 2000 e 2003, uma pesquisa intitulada “A Saúde das Mulheres e a Violência Doméstica”. Os resultados foram divulgados em novembro de 2005 e foram considerados preocupantes. Entre 15% das mulheres ouvidas no Japão e 71% na Etiópia foram vítimas alguma vez na vida de violência física ou sexual por parte de seu parceiro, ou dos dois tipos. O relator especial da ONU sobre a violência contra a mulher, Yakin Ertürk, disse que “o estudo questiona a idéia de que o lar é o local de mais segurança, ao demonstrar que é justamente onde as mulheres são mais expostas à violência”. A OMS enumerou 15 recomendações concretas para mudar uma situação que considera “muito espalhada” e “profundamente enraizada”, apesar de oculta na maioria das vezes. Entre as recomendações estão medidas como a promoção da igualdade sexual, o aumento da segurança nos colégios, a tomada de posição por parte de líderes religiosos e autoridades civis e a inclusão de medidas contra a violência de gênero nos programas existentes de prevenção da Aids.<sup>34</sup>

Um dos maiores obstáculos ao combate da violência conjugal era a falta de uma lei específica para enfrentar o problema que é também cultural, com a notória e quase ufanista associação entre masculinidade e violência. O enfrentamento do problema da violência doméstica, no Brasil, sofreu em 1995 um grave retrocesso com a submissão da lesão corporal culposa à ação pública condicionada (art. 88 da L. 9.099/95), dependendo, portanto, de representação da ofendida a ação penal relativa aos crimes, tornando-se notória a dificuldade que tal mudança, na prática, ensejou. Assim, ficou evidenciado que o legislador nacional havia relaxado no combate à violência doméstica contra a mulher, considerando-a como situação de menor potencial lesivo não obstante

---

<sup>33</sup> Disponível em <<http://www.midiaindependente.org/pt/red/2004/11/295417.shtml>>. Acesso em 15 jul. 2008.

<sup>34</sup> Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultnot/afp/ult613u181.jhtm>>. Acesso em 25 nov. 2005. Acesso em 13 jul. 2007.

os fatos da realidade se contrapusessem veementemente a esta conclusão.

Em doutrina, criticou-se contundentemente tal opção legislativa: “com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou-se a ‘surra doméstica’ com a transformação do delito de lesões corporais de ação penal pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite agora, o ‘duelo nos limites das lesões’, eis que não interfere na contenda entre as pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se, que eu não tenho nada com isso. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada ‘teoria do bem jurídico’, própria do modelo liberal individualista de Direito”.<sup>35</sup>

A concretização do projeto constitucional requer um desenvolvimento que seja marcado pela efetiva tutela da dignidade da pessoa e da realização de seus valores existenciais. Mas, para alguns segmentos da sociedade, à igualdade jurídica corresponde uma desigualdade fática. Um exemplo dessa afirmação pode ser dado pela situação da mulher que, culturalmente, sempre esteve socialmente marginalizada na sociedade, encontrando-se, ainda na atualidade, na base da pirâmide da exclusão social no Brasil. O motivo reside no fato que nem a ditadura nem a democracia viabilizaram um ambiente político que pudesse promover uma efetiva inserção das mulheres na sociedade. Nem houve preocupação em eliminar os efeitos da exclusão social historicamente vivido pelas mulheres. Esse é um problema que, por vários aspectos, independe de classe social ou de educação. Na Itália, por exemplo, país considerado de primeiro mundo, a mulher ainda não pode transmitir o próprio sobrenome aos filhos e, apesar da disciplina sobre relações pessoais no casamento ter mitigado a questão, ainda tem que se apresentar socialmente com o sobrenome do marido.

Dentre todas estas hipóteses, a Lei Maria da Penha, em que pese as imperfeições que a lei possa conter – e que certamente contém – desempenha papel fundamental ao reconhecer expressamente a gravidade da violência doméstica em quaisquer casos em que haja vínculo afetivo entre a vítima e o agressor, independentemente do sexo, e por isso também em um relacionamento homossexual, e prescindindo da coabitação. Foi um passo muito importante para se resgatar a cidadania plena da mulher em uma sociedade, ainda e apesar de tudo, fundamentalmente machista.

Em especial, a nova lei veio restabelecer a situação anterior, não mais considerando a violência doméstica como de “de pequeno potencial ofensivo a lesão corporal leve e a lesão culposa”, sujeitando-a, pois, à ação incondicionada, proposta pelo MP.<sup>36</sup> Além de outras novidades, cria Juizados Especiais para os julgamentos de

---

<sup>35</sup> Lenio L. STRECK citado por Letícia MASSULA e Mônica de MELO, “Balanço sobre esforços e atividades dirigidas a erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe”, Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, CLADEM/UNIFEM, 2003. Disponível em <http://www.cladem.org/portugues/regionais/Violenciadegenero/Projeto/brasil.asp>. Acesso em 22 nov. 2005.

<sup>36</sup> Aliás, o ordenamento penal brasileiro dera um passo atrás no que se refere à proteção da mulher ao regulamentar a lesão corporal culposa como crime de ação pública condicionada, com base na Lei 9.099/95.

tais casos, os chamados “Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM)”, com competência cível e criminal.

Mas é lógico que somente a lei não basta para resolver esse grave problema social.<sup>37</sup> É necessária uma mudança de postura e de mentalidade em relação a isso. Porque, se o princípio democrático impõe uma efetivação total da dignidade humana que as modernas Constituições elegeram como valor máximo do sistema normativo, corolário lógico é a ilegitimidade daquelas formações sociais que não permitem a realização plena da pessoa e que pretendem se subtrair ao controle social. Justo portanto afirmar que um ordenamento fundado no respeito da pessoa humana, não pode admitir a democracia nas ruas e o totalitarismo na vida privada.

Fato é que apesar de aplaudida, a lei está sendo objeto de muitas críticas, principalmente no sentido da sua inconstitucionalidade por violação ao princípio de igualdade. Parece haver um engano de fundo nessas críticas: a lei justamente espelha a concretização de tal princípio através da promoção da igualdade substancial entre os gêneros, ao buscar aquele princípio que de forma mais completa realiza o ditado constitucional da dignidade da pessoa humana.

Esquece-se que a dignidade humana constitui o princípio sobre o qual se baseia o ordenamento brasileiro, representando um valor normativo de relevância primordial. Valor esse que deve ser harmonizado com os princípios de solidariedade e de igualdade, uma vez que são esses princípios que permitem reforçar e garantir os direitos sociais. O respeito pela dignidade não impõe somente a tutela da igualdade, mas exige principalmente que seja concretizada a igualdade substancial, espécie em uma sociedade marcada cada vez mais por interesses econômicos.

Em contrapartida, o Código Penal de 1890 admitia o adultério do homem, somente o penalizando no caso de concubinato teúdo e manteúdo e até 1942 penalizava-se com mais rigor o adultério cometido pela esposa, sendo expressa a lei penal nesse sentido, ante a possibilidade de introduzir prole espúria no casamento. Dignidade penal e necessidade da pena: Função do legislador: a violência doméstica é o berço, o alimento e o incentivo de uma sociedade violenta.

Dos princípios constitucionais decorre que não pode encontrar espaço, no nosso ordenamento (e, tendencialmente, na vida social), a discriminação fundada sob qualquer pretexto, sobretudo se relativa à esfera da sexualidade (atributo da pessoa humana), sexualidade essa considerada como identidade (sexo atribuído no nascimento – homens e mulheres), ou considerada como orientação ou inclinação (propensão sexual dirigida a pessoas pertencentes ao sexo oposto ou ao mesmo sexo).

Assim, não sendo de se admitir, a não ser excepcionalmente, a ingerência do Estado na vida privada do indivíduo, deve-se concluir pela tutela da privacidade de cada um, também no nível da sexualidade, tanto como identidade quanto como orientação, não sendo suficiente a indiferença no que tange a esta esfera.

---

<sup>37</sup> O ministro Gilmar Mendes salientou que, em casos de violência doméstica contra mulheres, a Justiça deve “calçar as sandálias da humildade e consultar pessoas que são vítimas e profissionais de outras áreas. Nossas decisões, muitas vezes, têm eficácia limitada”. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-30/numero-processos-violencia-domestica-passou-150-mil>>. Acesso em 30 maio 2009.

Contudo, com violência não há que se falar em democracia, sendo sua ausência uma condição *sine qua non* para a democratização das relações familiares. Em primeiro lugar, portanto, como aspecto primordial a ser salientado, cumpre envidar todos os esforços para diminuir o quanto possível a violência física e sexual no âmbito familiar.

Ressalte-se a particular odiosidade da violência doméstica: ela é equiparável somente à tortura. A propósito, Antonio Cassese, magistrado e jurista italiano, presidente do comitê do Conselho da Europa para a prevenção da tortura, define a tortura como sendo “qualquer forma de coerção ou violência, seja mental ou física, contra uma pessoa, para extrair confissão, informação ou para humilhar, punir ou intimidar a pessoa”.<sup>38</sup> Nos casos de tortura, o tratamento desumano é sempre deliberado: uma pessoa se comporta em relação à outra de um modo tal que maltrata corpo e alma, e que ofende o sentido de dignidade da outra pessoa. Quem tortura tem a intenção de humilhar e degradar um ser humano a ponto de torná-lo “coisa”. É fácil notar, conclui Luciano Maia, que esta concepção serve bem à situação em que o autor é o marido, namorado ou amante da vítima.<sup>39</sup>

## CONCLUSÃO

Nenhum espaço pode ser aberto para a violência física e moral. No fundo, ela é apenas uma liberdade (real ou suposta) que se opõe e pretende submeter outros. O enfrentamento desta violência deve ser comparado à luta pelo abolicionismo. O país pouco mudou em sua mentalidade machista, violenta, oportunista e imediatista.

Daí ser oportuno traçar um breve quadro de comparação com a sociedade escravocrata nacional. Como se sabe, carregamos a vergonhosa mancha de ter sido o último país a acabar com a escravidão. Com efeito, o processo da abolição no Brasil foi “ambíguo e lento” porque, segundo José Murilo de Carvalho “a sociedade estava marcada por valores de hierarquia, de desigualdade; marcada pela ausência dos valores de liberdade e de participação; marcada pela ausência da cidadania.”<sup>40</sup>

Esclarece o historiador: “Era uma sociedade em que a escravidão como prática, senão como valor, era amplamente aceita. Possuíam escravos não só os barões do açúcar e do café. Possuíam-nos também os pequenos fazendeiros de Minas Gerais, os pequenos comerciantes e burocratas das cidades, os padres seculares e as ordens religiosas. Mais ainda: possuíam-nos os libertos. Negros e mulatos que escapavam da escravidão compravam seu próprio escravo se para tal dispusessem de recursos. A penetração do escravismo ia ainda mais fundo: há casos registrados de escravos que possuíam escravos. O escravismo penetrava na própria cabeça escrava. Se é certo que ninguém no Brasil queria ser escravo, é também certo que muitos aceitavam a idéia de possuir escravo”.<sup>41</sup>

A comparação com os escravos não é um acaso. Segundo dados recentes, as mulheres do mundo são a maioria da população (51%), trabalham 60% das horas

---

<sup>38</sup> Luciano Mariz Maia. A tortura no Brasil: a banalidade do mal. In: R. Pinto Lyra (Org.). *Direitos humanos. Os desafios do século XXI*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 165 e ss.

<sup>39</sup> Idem, ibidem.

<sup>40</sup> Disponível em <brasiliavirtual.info/tudo.../abolicionismo-no-brasil>. Acesso em 21.03.2009.

<sup>41</sup> Idem, ibidem.

trabalhadas, recebem 10% da renda e são proprietárias de 1% dos bens mundiais.<sup>42</sup>

Joaquim Nabuco, no Abolicionista, sustenta a tese de que no Brasil cidadania e escravidão enlaçavam-se estreitamente: “a maioria dos cidadãos brasileiros era de mestiços políticos, nos quais se combatem duas naturezas opostas: a do senhor de nascimento e a do escravo domesticado”. Assim, aqui até o ar que se respirava era servil. A mais importante consequência dessa concepção era que a abolição legal constituía apenas o primeiro passo da campanha abolicionista. O senhor e o escravo continuariam a coexistir dentro do cidadão brasileiro e a abolição dessa convivência, isto é, da escravidão interna, era tarefa para anos de esforço no sentido de reformar o caráter, o civismo, a religião, o Estado.<sup>43</sup>

O mesmo se pode dizer da violência doméstica uma vez que a mulher ocupa justamente o lugar que um dia foi do escravo. E o marido se comporta, também aqui, como uma mistura de protetor e agressor, de Dr. Jekyll e Mr. Hyde, assumindo ora uma, ora outra personalidade. E assim como os “escravos dos engenhos nordestinos não só não se revoltavam contra sua condição como revelavam gratidão ao senhor a quem tudo davam. Eles perdoavam a dívida do senhor, anistiando assim os países que se construíram com base escravidão”<sup>44</sup> também as mulheres, embora atingidas em cheio em sua dignidade (e, portanto, sua liberdade, sua igualdade, sua integridade física e psíquica e a solidariedade familiar), normalmente sequer pedem reparação por dano moral (talvez seja esse o único caso em que as ações são raras...), sendo a impunidade, ao menos antes da promulgação dessa lei, uma certeza e, conseqüentemente, um modelo de comportamento.

De fato, com o agravante de sua frequência altíssima, a violência doméstica é um crime que não só atinge a vítima, mas todos ao seu redor, principalmente as crianças, que tem ali um exemplo consolidado de desigualdade, de degradação, de coisificação, fazendo a mulher, o homem, os filhos, e a vizinhança toda reconstatarem, a cada vez que ocorre, a inferioridade de um gênero e a superioridade do outro. Do ponto de vista social é, a um só tempo, o berço e o combustível da violência em que estamos afundando.

A lei Maria da Penha é extremamente bem-vinda e terá, espera-se, um valoroso efeito pedagógico para a sociedade brasileira. No entanto, como se sabe, a criminalização das condutas não é uma solução e a longo prazo normalmente agrava os problemas que pretendia resolver. Deseja-se, assim, que faça como os bons hóspedes: que tenha uma curta estadia.

---

<sup>42</sup> Disponível em <[www.pacs.org.br/.../20090107072922\\_printedserisesemeandoc2VtZWFuZG8xMC5wZGY=.pdf](http://www.pacs.org.br/.../20090107072922_printedserisesemeandoc2VtZWFuZG8xMC5wZGY=.pdf)>. Acesso em 22 mar. 2009.

<sup>43</sup> José Murilo de CARVALHO, *Saudade de escravo*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2 de abril de 2000.

<sup>44</sup> Idem, *ibidem*.