

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA BASAGLIA TEODORO

DA CASA PARA DENTRO:
Direito das Relações Domésticas

**SÃO PAULO
2018**

FERNANDA BASAGLIA TEODORO

DA CASA PARA DENTRO:

Direito das Relações Domésticas

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Escola de Direito de São Paulo, como exigência para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Osny da Silva Filho.

SÃO PAULO

2018

FERNANDA BASAGLIA TEODORO

DA CASA PARA DENTRO:

Direito das Relações Domésticas

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Escola de Direito de São Paulo, como exigência para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Osny da Silva Filho.

São Paulo, 23 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Osny da Silva Filho

Prof. José Garcez Ghirardi

Prof. Vivianne Ferreira Mese

AGRADECIMENTOS

Um dia ouvi dizer que na estrada da vida, caminhar sozinho é o mesmo que estar parado, porque só alcançamos verdadeiramente nossos objetivos com trocas, diálogos e companheirismo. E na jornada de construção deste trabalho, posso dizer que certamente não estive sozinha.

Agradeço à Fundação Getulio Vargas pelas oportunidades que me foram dadas durante minha formação acadêmica. Agradeço aos brilhantes professores que encontrei ao longo destes anos e que sempre me encorajaram a estudar assuntos desafiadores.

Agradeço às amigas especiais – Lê, Vic, Vi, Aninha e Ari – que perto ou longe sempre me deram tanto apoio. Agradeço aos meus pais Cesar e Ange, à irmã Gabi e ao meu amor Manu, pelas inúmeras conversas e palavras de incentivo nos dias que quis desistir. Sem vocês eu não estaria aqui!

Em especial, agradeço ao companheirismo do meu querido orientador, Osny, que me orientou neste trabalho com entusiasmo e atenção. Pela paciência e dedicação, meu muito obrigada!

RESUMO

O recorte espacial – da casa para dentro – tem sido negligenciado pelos juristas como campo de conhecimento. Por isso, este trabalho tem como argumento principal o reconhecimento da relevância da categoria “relações domésticas” para o estudo do Direito.

O primeiro objetivo deste trabalho é demonstrar como as categorias já previstas no ordenamento jurídico, tais como “privado” e “público”, “matrimonial” e “extramatrimonial”, não são totalizantes para compreender as interações sociais. Já o segundo objetivo é expor como a regulação da vida doméstica, ainda que indiretamente, influencia as interações que ocorrem da casa para dentro, atribuindo posições jurídicas ativas e passivas aos sujeitos que participam destas relações.

Com isso, pretende-se demonstrar a relevância da categoria “relações domésticas” e sua importância para uma melhor compreensão das dinâmicas sociais, elaboração de normas e resolução de conflitos no Direito.

Palavras-chave: Relações domésticas. Casa. Direito Privado. Direito Público. Situações jurídicas elementares.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. METODOLOGIA	3
2.1. O que são relações domésticas?	3
2.2. Sobre a pesquisa	5
2.3. Premissas	7
2.4. Método	11
3. RELAÇÕES DOMÉSTICAS: UM RAMO DO DIREITO PÚBLICO OU DO DIREITO PRIVADO?	13
4. RELAÇÕES DOMÉSTICAS E SUA REGULAÇÃO NO ÚLTIMO SÉCULO	19
4.1. Capacidade civil da mulher casada	20
4.2 Relações envolvendo crianças	23
4.3 Relações envolvendo idosos	26
4.4 Relações extramatrimoniais	27
5. RELAÇÕES DOMÉSTICAS E SUA REGULAÇÃO CONTEMPORÂNEA	30
5.1 Capacidade civil da mulher casada e relações de gênero	30
5.2 Relações envolvendo crianças	37
5.3 Relações envolvendo idosos	42
5.4 Relações extramatrimoniais	43
6. RELAÇÕES DOMÉSTICAS: UMA NOVA CATEGORIA DO DIREITO?	46
7. BIBLIOGRAFIA	49

DA CASA PARA DENTRO:

Direito das Relações Domésticas

1. INTRODUÇÃO

Delmiro Antunes Gonçalves, cidadão do Rio Grande do Sul, conviveu por muitos anos com sua sobrinha, Derlinda Antunes Gonçalves. Derlinda, mais jovem que seu tio, lhe auxiliava com os serviços da casa, sendo que os dois dividiam a moradia e compartilhavam refeições. Após a morte de Delmiro, Derlinda apresentou pedido ao Instituto Nacional do Seguro Social (“INSS”) para requerer o benefício previdenciário de seu tio, recebendo-o como dependente do *de cujus*¹.

O requerimento administrativo feito ao INSS foi negado com base na ausência de comprovação de dependência econômica de Derlinda em relação ao falecido tio. Observe que, neste caso, a dependência econômica da sobrinha de Delmiro não poderia ser presumida pelo fato de serem conviventes, em uma relação doméstica. Tal presunção, de acordo com a Lei 8.213/1991, só seria aplicável aos cônjuges e companheiros (de união estável).

Assim, ao recorrer ao Poder Judiciário, a estratégia de Derlinda foi a de comprovar que eram companheiros de uma união estável e não apenas conviventes domésticos².

Este caso chama atenção pela estranha situação gerada com a aplicação dos critérios legais de reconhecimento de dependência econômica: a necessidade de etiquetar uma relação doméstica entre tio e sobrinha como uma relação “conjugal”, a fim de justificar o acesso ao benefício previdenciário de Delmiro.

No processo judicial, foi reconhecida a união estável entre Derlinda e Delmiro com base em três grandes provas: (i) a certidão de óbito, na qual Derlinda, declarante do óbito, consta como “convivente”; (ii) cópia do processo de inventário deixada pelo *de cujus*, requerido pela sobrinha na qualidade de “companheira” e (iii) depoimento de duas testemunhas, as quais

¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional Federal da 4a Região. **Apelação / reexame necessário 0019095-57.2011.404.9999**. Relator: Jorge Antonio Maurique, 6a Turma. Julgado em 25/01/2012. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4781451&hash=2fc5a9a4116d5fc958c6532ff4ca1876> (acesso em 09/07/2018)

² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional Federal da 4a Região. **Apelação / reexame necessário 0019095-57.2011.404.9999**. Relator: Jorge Antonio Maurique, 6a Turma. Julgado em 25/01/2012. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4781451&hash=2fc5a9a4116d5fc958c6532ff4ca1876> (acesso em 09/07/2018)

alegaram que tio e sobrinha viveram “maritalmente” até a data do falecimento de Delmiro, com consequente deferimento de acesso ao benefício previdenciário³.

Ainda que os Delmiro e Derlinda não fossem um casal, poderiam trocar informalmente serviços domésticos decorrentes da coabitação. A relevância destas trocas, combinada com a convivência permanente e duradoura, não seria suficiente para identificar a dependência econômica de Derlinda em relação a seu tio?

Para além de uma análise de equidade dos critérios que embasam o recebimento da previdência social, a inquietação que moveu esta pesquisadora foi compreender se a categoria “relações domésticas” seria relevante para o estudo do Direito, capaz, inclusive, de se constituir como um ramo distinto do Direito Privado e do Direito Público.

Assim, para analisar a relevância da categoria, buscou-se entender (i) como as relações domésticas se enquadram entre os critérios de distinção do Privado e do Público; (ii) como as relações domésticas têm sido reguladas pelo Direito, ainda que indiretamente, desde o último século até o presente e (iii) quais as consequências jurídicas desta regulação para os sujeitos que integram tais interações. Em suma, é possível falar em um Direito das relações domésticas?

Para tratar destas perguntas, o trabalho será predominantemente teórico, e foi dividido em outras cinco partes. O Capítulo a seguir trata-se da metodologia escolhida, expondo as indagações que motivaram esta pesquisa, as premissas teóricas e os métodos eleitos para responder cada uma das perguntas elencadas. O Capítulo 3 destina-se a expor a discussão sobre a dicotomia entre Direito Privado e Público e o lugar que as relações domésticas ocupam nesta divisão. O Capítulo 4 busca demonstrar como as relações domésticas foram reguladas pelo Direito, ainda que indiretamente, no último século e as consequências de tal regulação; enquanto o Capítulo 5 destina-se a expor esta regulação na contemporaneidade, demonstrando os impactos das mudanças legislativas que ocorreram nos últimos anos. O Capítulo 6, por sua vez, propõe-se a compreender se a regulação da vida doméstica, diante da sua historicidade, constitui-se como categoria relevante para o estudo jurídico, concluindo a pesquisa.

³ A decisão de primeira instância deu procedência aos pleitos de Derlinda. Em razão do recurso de reexame necessário, o caso foi submetido à Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual também deu provimento à demanda da sobrinha.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação / reexame necessário 0019095-57.2011.404.9999**. Relator: Jorge Antonio Maurique, 6ª Turma. Julgado em 25/01/2012. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4781451&hash=2fc5a9a4116d5fc958c6532ff4ca1876> (acesso em 09/07/2018)

2. METODOLOGIA

2.1. O que são relações domésticas?

Antes mesmo de explicar as indagações que motivaram a pesquisa, é imprescindível que o seu objeto – as relações domésticas – esteja bem delimitado, com o intuito de evitar um descompasso entre as perspectivas do leitor e o escopo deste trabalho.

Definir o que são relações domésticas, porém, não é um trabalho fácil.

O ponto de partida para iniciar esta definição é um recorte espacial. As relações domésticas, sob a perspectiva desta pesquisadora, estão delimitadas pelo espaço em que acontecem: as casas⁴. Conforme explica Robert Ellickson, as casas – *households* – são espaços em que pessoas - familiares ou não – ocupam, criando um conjunto de regras, formais e informais, que governa as relações entre os coabitantes que normalmente ali vivem, dormem e dividem refeições. Espaços como moradias familiares ou até mesmo um kibutz poderiam ser considerados como “casas” em que relações domésticas ocorrem⁵.

Nesse sentido, é importante distinguir as relações domésticas de relações familiares, de relações de matrimônio e de relações de propriedade, as quais, as vezes se confundem com as relações domésticas mas não as delimitam.

O casamento, por exemplo, indica um tipo de relação jurídica que não está atrelada ao recorte espacial. Pessoas casadas tendem a habitar a mesma casa, mas não é a coabitação que define o estado civil dos casados⁶. O casamento pressupõe a manifestação da vontade das partes para concluir uma espécie de contrato civil que estabelece o matrimônio. Ao aceitar a proposta de casamento, as partes ficam submetidas a uma série de regras cogentes que não foram por elas

⁴ Importa destacar que, de fato, a casa não é o único espaço de intimidade em que as pessoas interagem e, muitas vezes, pode até nem ser um espaço de intimidade para aqueles que a frequentam. Nesse sentido, entendo que as relações domésticas podem abarcar outros aspectos que extrapolam o recorte espacial. Todavia, para os fins deste trabalho – o qual propõe um olhar do Direito a partir de uma nova categoria “doméstica”- buscou-se delimitar a pesquisa com o recorte espacial das casas, especialmente porque outras lentes de análise, tais como gênero, idade, relação matrimonial, familiar ou empregatícia, como se demonstrará a diante, são, via de regra, já discutidas pela academia e abordadas pela regulação jurídica de modo direto.

⁵ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 230.

⁶ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 230.

criadas, como, por exemplo, o regime de administração dos bens da família, a proibição da poligamia, o dever de prover alimentos, entre outros.

As relações familiares, por sua vez, estão relacionadas com laços biológicos e legais, mas não a regras de coabitação entre as partes. Membros da família não são obrigados a dividir a mesma casa⁷. A família, por exercer função relevante na sociedade – laços de paternidade, transmissão de patrimônio, educação da prole etc. – também está submetida a normas cogentes, tais como as de filiação, herança e alimentos.

Ademais, o ambiente doméstico deixou de ser apenas um espaço de convivência da família, posto que é comum, na contemporaneidade, que este seja integrado por membros de diferentes descendências. A título de exemplo, é possível citar as residências estudantis e casas de pessoas solteiras que se tornaram comuns, as quais têm características relevantes para analisar juridicamente o escopo das relações que ocorrem dentro da casa.

É importante frisar, ainda, que as relações domésticas também estão, muitas vezes, dissociadas das relações de propriedade, uma vez que abrangem situações que transcendem a titularidade de coisas. A tomada de decisão da casa para dentro pode ou não ser feita por quem é titular do imóvel, podendo tal decisão afetar o comportamento de todos os membros que o habitam.

A vida doméstica, portanto, pode ou não englobar relações de matrimônio, família e propriedade. E, sob a perspectiva de Ellickson, por serem distintas destas relações, as interações domésticas tendem a ser estruturadas sob regras informais, criadas pelos membros da casa para organizar a vida íntima, de modo a reduzir os custos de transação de tais relações⁸.

O escopo deste trabalho, como será demonstrado a seguir, não visa explorar as relações domésticas sob uma perspectiva econômica, mas sim sob uma lente jurídica que busca entender a dinâmica destas interações.

⁷ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 231.

⁸ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 233.

2.2. Sobre a pesquisa

Quando nos perguntamos se existe alguma situação que não é regulada pelo Direito, José Rodrigo Rodrigues nos responde, categoricamente, em suas lições introdutórias ao Direito Privado, com um breve “sim e não”⁹. Segundo o autor, o sim refere-se ao fato de que “sim, o Direito não regula diretamente todas as coisas”¹⁰ e o não refere-se à proteção conferida às situações não reguladas pelo Direito para que permaneçam juridicamente nesta condição. Esta proteção pela negativa tem o intuito de não legitimar as intervenções do Direito – e consequentemente do Estado – sobre certos atos e assuntos. Por isso, tradicionalmente nas lições de Direito Privado, logo aprendemos o *mantra* de que tudo aquilo que não é proibido pela lei é permitido, simplesmente porque não há normas sobre certas situações¹¹.

Rodrigues continua sua explicação elencando uma série de situações para as quais o Direito oferece regras, como o casamento e as relações familiares, mas as contrapõem com outras para as quais o Direito não apresenta normas, como as relações de amizade e de namoro¹². Por exemplo, quando um casal decide terminar a relação matrimonial, é necessário recorrer a procedimentos jurídicos e burocráticos, ou até mesmo a um tribunal, para encerrá-la. Já quando amigos decidem terminar uma amizade, não é preciso, nem juridicamente possível, recorrer a um tribunal¹³, visto que esta matéria não é codificada pelo Direito e está, em princípio, protegida de intervenções jurídicas indevidas.

A grande indagação, portanto, que motivou esta pesquisa está relacionada com a possibilidade de identificar se, e como, o Direito regula (ou não regula) as relações domésticas.

Ao observar juridicamente as interações que ocorrem dentro da casa, verificou-se que essas são moldadas, ainda que indiretamente, por normas integrantes do Direito Privado e do

⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flávia Portella. **Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 57.

¹⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flávia Portella. **Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58.

¹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flávia Portella. **Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58.
Constituição Federal de 1988. “Art. 5º, inciso II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flávia Portella. **Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58.

¹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flávia Portella. **Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58.

Direito Público que, na verdade, regulam outros tipos de relações – como as de família, de matrimônio, de gênero, de idade, as extramatrimoniais, entre outras.

Nesse sentido, este trabalho tem como problema central averiguar *se as relações domésticas, diante da historicidade da regulação oferecida pelo Direito, se apresentam como uma categoria relevante para o estudo jurídico, capaz de constituírem um novo ramo, distinto do Direito Privado e do Direito Público.*

Para tratar deste problema central o trabalho será predominantemente teórico, visando responder três principais perguntas.

A primeira delas é compreender *como a categoria das relações domésticas se enquadra diante da distinção entre Direito Público e Direito Privado.* Aqui, pretende-se demonstrar como a divisão entre Privado e Público não é totalizante para abarcar as relações multifacetadas que podem ser constituídas da casa para dentro.

A segunda pergunta é entender *como as relações domésticas têm sido reguladas pelo Direito, desde o último século até a contemporaneidade.* E por fim, busca-se analisar *quais as consequências jurídicas desta regulação para os sujeitos que integram as interações do lar.*

Pretende-se compreender, com essas duas últimas perguntas, se o Direito tem respondido de modo diferente às situações da vida social quando leva em consideração a categoria “relações domésticas” para impor suas normas. Em suma, é possível falar em um Direito das relações domésticas?

É importante destacar que o presente trabalho não tem uma finalidade prescritiva, mas sim analítica. Isto é, não se busca responder, diretamente, se o Direito deve regular de um modo ou de outro a vida doméstica, mas sim analisar como ocorre a interação entre ordenamento jurídico e relações da casa para dentro, atentando-se as consequências jurídicas geradas.

Por fim, como se demonstrará a seguir, esta pesquisa também não foi elaborada com fins estatísticos. Nesse sentido, pretende-se responder as perguntas elencadas à luz do universo de análise bibliográfica e empírica selecionado, contribuindo para o repertório de conhecimento que dialoga com este trabalho, e permitindo que este possa ser complementado pela comunidade acadêmica.

2.3. Premissas

Duas premissas que foram levadas em consideração para análise teórica desta pesquisa.

A primeira delas, sob uma perspectiva interna do Direito, diz respeito ao estudo das situações jurídicas subjetivas ocupadas pelos sujeitos integrantes das relações que ocorrem da casa para dentro.

Explica Giuseppe Lumia que a “situação jurídica subjetiva é a posição que todo sujeito ocupa no contexto da relação jurídica: ela se estabelece normalmente entre dois sujeitos, dos quais um tem o dever de comportar-se de um certo modo e o outro tem o poder em relação ao primeiro para que ele se comporte daquele modo”¹⁴.

Nesse sentido, para o autor, as situações jurídicas que impõem obrigações ao sujeito são denominadas, dentro de uma relação, posições jurídicas passivas, enquanto as situações que atribuem poderes ao sujeito são denominadas posições jurídicas ativas. Tais posições serão originadas a partir das normas de comportamento e das normas de competência previstas no ordenamento jurídico¹⁵.

Quando pensamos que aos pais é imposto o dever de fornecer alimentos aos seus filhos, entende-se que lhes foi imposta uma norma de conduta positiva, imputando-lhe o dever de desempenhar certa ação para a realização do interesse de outro sujeito (filhos). Assim, nessa relação, observa-se que os pais têm uma obrigação com relação aos filhos, enquanto os filhos são titulares de uma pretensão diante dos pais, isto é, podem pretender legitimamente dos genitores o adimplemento de sua obrigação¹⁶.

¹⁴ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 104-105.

¹⁵ Normas de comportamento têm como objeto imediato uma conduta. Por exemplo, uma norma que proíbe a circulação de um veículo em certa área urbana prescreve um comportamento a um sujeito. Já as normas de competência têm o seu objeto constituído a partir de outras normas. Por exemplo, a norma que designa o órgão responsável para delimitar as áreas em que veículos podem ou não circular é uma norma de competência. LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 105.

¹⁶ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 105-106.

Estabelece-se, portanto, uma relação de correlação entre pretensão e obrigação, na medida em que a pretensão de um sujeito (posição jurídica ativa) corresponde a obrigação de outro sujeito (posição jurídica passiva)¹⁷.

Da mesma forma, quando não há norma de conduta imposta a um sujeito, pode-se dizer que a este é atribuída uma faculdade, permitindo o seu comportamento de acordo com a sua vontade. Nesse sentido, a ausência de obrigação corresponde à faculdade de comportamento. A ausência de obrigação, por consequência, também implica na ausência de pretensão de um sujeito sobre outro, visto que não há norma de conduta imposta para exigir certa ação. Por exemplo, o proprietário de um apartamento tem a faculdade de utilizá-lo ou não, enquanto nenhum outro sujeito tem a pretensão de exigir que o utilize¹⁸.

Já quando pensamos em normas de competência, que atribuem a um sujeito a possibilidade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, diz-se que este sujeito tem poder, enquanto os que estão submetidos a esse poder ocupam uma posição de sujeição. Por exemplo, um outorgante tem poderes para criar e extinguir uma relação jurídica com seu mandatário, que estará sujeito aos limites do exercício conferido pelo mandato¹⁹.

Assim como há correlação entre obrigação e pretensão, poder e sujeição também se relacionam, visto que o poder de um sujeito (posição jurídica ativa) corresponde à sujeição de outro sujeito (posição jurídica passiva)²⁰.

Nesta mesma linha de raciocínio, é possível compreender que a ausência de poder de um sujeito sobre outro, implica na imunidade deste último, o qual não está obrigado a submeter-se à vontade do primeiro. Por exemplo, o proprietário de um imóvel não está sujeito aos efeitos de um ato de disposição realizado por um terceiro que não tem poderes para transacionar tal bem. Assim, o proprietário do imóvel está imune em relação a esta transação, visto que o terceiro não tem poder para criar/extinguir as relações jurídicas de propriedade referentes a este bem²¹.

¹⁷ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 105-106.

¹⁸ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 106-107.

¹⁹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 106-107.

²⁰ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 106-107.

²¹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 106-107.

Essas situações jurídicas – obrigação/preensão; faculdade/ausência de preensão; poder/sujeição e ausência de poder/imunidade – chamadas por Lumia de elementares, podem ter várias combinações que ensejam relações jurídicas complexas. Essas posições elementares serão utilizadas para analisar como o Direito, ao regular ou não regular a vida doméstica, ainda que indiretamente, acabou gerando tais posições para os sujeitos que participam das interações dentro da casa.

A segunda premissa, sob uma perspectiva externa do Direito, por sua vez, diz respeito ao modo como as relações dentro da casa são instituídas, de acordo com o raciocínio exposto por Ellickson no artigo “Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth”.

Conforme explica o autor, o modo como essas relações serão instituídas depende de uma série de fatores, dentre eles, os direitos liberais de propriedade (que incluem, além do domínio, o direito de acumular capital, de controlar o próprio corpo e o trabalho), de contratar e de entrar/sair de relações, sejam estas domésticas ou não²².

Em relação ao direito de propriedade, Ellickson explica que o proprietário detém o poder de excluir os demais de seu lar, controlando quais pessoas habitam e frequentam este espaço²³. Nessa linha de raciocínio, Ellickson também explica que quem detém a propriedade do imóvel tem maior poder de barganha para assumir posições jurídicas ativas nas relações “obrigacionais” que se instituem dentro da casa. Assim, o proprietário pode exigir, por exemplo, em troca da possibilidade de hospedagem, serviços domésticos executados pelos demais ocupantes²⁴.

No que tange ao direito de entrar e sair da casa e, consequentemente, de terminar as relações domésticas, o autor explica que, não obstante o proprietário tenha o poder de excluir os demais de sua casa, pouco pode este fazer para forçar uma pessoa a ficar ali dentro. Segundo uma perspectiva jurídica liberal, em respeito ao princípio da autodeterminação, o ordenamento jurídico deveria garantir às pessoas direitos unilaterais robustos para sair de um relacionamento doméstico²⁵.

Ellickson exemplifica: se uma empregada doméstica, que trabalha na casa em troca de

²² ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 238-239.

²³ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 238.

²⁴ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 239-240.

²⁵ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 240-241.

hospedagem e salário²⁶, decide sair desta relação, pouco pode seu empregador fazer para forçá-la a ficar. Ainda que empregada e empregador tivessem, neste caso, um contrato que não foi respeitado, o máximo que o empregador poderia requerer de uma corte seria indenização por desrespeito ao pactuado.

Já em relação a liberdade de contratar, Ellickson explica que as relações domésticas poderão ser estruturadas de uma maneira ou de outra, a depender do quanto o regime jurídico permitir que as pessoas possam moldar suas próprias regras e confiar que tais regras serão respeitadas pelas partes de um contrato²⁷.

Para o autor, a vida íntima é organizada por meio de um sistema de trocas: alguns oferecem a propriedade (habitação), outros serviços, outros companhia, e assim por diante. Esse sistema de trocas tende a ser feito informalmente – “*beyond the shadow of private law*”²⁸ – por simples manifestações orais (ou tácitas) que declaram a vontade de constituir uma obrigação, sem supervisão legal e com baixos custos de transação.

A ausência do Direito na vida doméstica, para Ellickson, representaria uma vantagem aos indivíduos, os quais estariam livres das normas cogentes para regular sua vida íntima do modo como entendem ser necessário para o seu bem estar²⁹. E mais: porque esses “contratos” não podem ser executados judicialmente, as partes seriam forçadas a encontrar um acordo para resolver disputas, ou, no pior cenário, livres para mudar de ambiente doméstico.

Todavia, essa liberdade para mudar de ambiente doméstico não é absoluta, visto que depende das condições socioeconômicas de um coabitante para retirar-se da casa. Como será demonstrado ao longo do trabalho, em que pese os “contratos domésticos” não possam, em tese, ser executados judicialmente, podem ser percebidos pelo Poder Judiciário como de valor econômico para atribuir um dever de indenização entre as partes, especialmente no caso de morte ou separação, a fim de compensar eventuais desigualdades ocasionadas pela convivência permanente de coabitantes.

²⁶ Destaca-se que nos termos da Lei Complementar 150/2015, a qual regula o trabalho doméstico no Brasil, não há vedação para que o empregado doméstico habite na casa em que presta serviço, assegurados os limites da jornada de trabalho e sendo vedado ao empregador realizar descontos no salário em razão do fornecimento moradia, vestuário e alimentação.

²⁷ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 244.

²⁸ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 328.

²⁹ ELLICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006, p. 328.

Ambas premissas constituem o arcabouço que será utilizado para analisar (i) como o Direito regula, ainda que indiretamente, a vida doméstica e (ii) quais as consequências de tal regulação.

2.4. Método

Tendo como ponto de partida, portanto, as premissas acima explicitadas, dois principais métodos foram escolhidos para responder as perguntas de pesquisa: pesquisa bibliográfica (e consequente revisão de literatura) e empiria pervasiva, os quais foram utilizados para elaborar os outros quatro capítulos deste trabalho.

O capítulo a seguir tem como objetivo demonstrar como as divisões entre Direito Público e Direito Privado não são totalizantes. Pretende-se discutir como as relações domésticas podem constituir objeto de regulação tanto de um quanto de outro ramo de estudo, assim como também podem não estar abarcadas por esses grupos de estudo jurídico.

Para tanto, o método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, apresentando-se e articulando textos que abordam a divisão entre Direito Público e Direito Privado. Os textos utilizados foram selecionados a partir de plataformas de artigos *online*, como o Hein-online e Biblioteca Digital da FGV Direito SP, relacionando-os com duas grandes principais obras que introduzem a discussão pretendida pelo capítulo: *Three Globalizations of law and legal thought*, de Duncan Kennedy e *A grande dicotomia: público/privado*, de Noberto Bobbio.

Os capítulo 4 e 5, por sua vez, têm o objetivo de analisar como o Direito regulava, no último século, e regula, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, as relações domésticas. Nesse sentido, considerando que não há, na atualidade, um ramo de “Direito das relações domésticas”, para entender como a interferência do ordenamento jurídico se deu nessa esfera, foi necessário elencar alguns temas que têm conexão com as interações que ocorrem da casa para dentro.

Os temas escolhidos foram: casamento, capacidade civil da mulher casada, família, relações envolvendo crianças e idosos, e relações extramatrimoniais. Estes temas foram elencados não com o intuito de exaurir as possíveis interações do Direito com a vida doméstica, mas sim com a finalidade de demonstrar como o ordenamento jurídico tem, por meio de sua regulação, gerado relações jurídicas e atribuído posições passivas e ativas a certos sujeitos dentro da casa.

Por isso, os métodos utilizados para elaborar estes capítulos foram a pesquisa bibliográfica e a empiria pervasiva³⁰. No que tange à pesquisa bibliográfica, foram utilizados manuais de Direito que tratassem dos temas acima elencados, além de artigos selecionados a partir de plataformas *online* que pudessem enriquecer o processo de revisão de literatura. Já no que tange à empiria pervasiva, foram analisados julgados e legislações sobre os referidos temas, com o intuito de ilustrar, com casos concretos, os pontos abordados pelos textos teóricos.

Por fim, o capítulo 6 tem como objetivo responder a principal pergunta desta pesquisa, retomando, portanto, a discussão apresentada entre Direito Público e Privado, as situações jurídicas subjetivas elementares e a análise das relações domésticas proposta por Ellickson, com o intuito de verificar se quando o Direito regula, ou deixa de regular, a vida doméstica, apresenta uma atuação relevante para o estudo jurídico.

³⁰ Conforme explica Lynn M. LoPucki, o empirismo não se iguala à estatística. Segundo o autor, o empirismo é a observação da realidade e pode ser pervasivo na medida em que as afirmações de fatos e suposições em estudos jurídicos devem ser justificadas por referência às melhores evidências disponíveis, incluindo a observação anedótica. Para LoPucki, o melhor empirismo não é o empirismo que emprega a metodologia mais sofisticada, mas sim aquele que gera altos níveis de descoberta e descrições úteis para o pesquisador e seu leitor. Nesse sentido, a empiria pervasiva serve os objetivos do presente trabalho pois não se fundamenta em uma metodologia sofisticada e exaustiva com fins estatísticos, mas sim na busca de observações da realidade que ajudem a fundamentar as suposições teóricas desta pesquisadora.

LOPUCKI, Lynn M. **Disciplining Legal Scholarship**. Tulane Law Review, Vol. 90, n. 1, Novembro 2015.

3. RELAÇÕES DOMÉSTICAS: UM RAMO DO DIREITO PÚBLICO OU DO DIREITO PRIVADO?

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro negou provimento ao Recurso Extraordinário 888.815/RS, consolidando a tese de que o ensino domiciliar não pode ser considerado legal. O processo começou com um Mandado de Segurança, ajuizado pelos pais de uma menina de 11 anos, após a Secretaria da Educação do Município de Canela negar o pedido de educação domiciliar – *homeschooling* – para a filha, recomendando que a matriculassem na rede regular de ensino³¹. Diante das negativas do Poder Judiciário, o caso chegou pela via recursal ao Supremo Tribunal Federal em 2015.

Para justificar o não provimento ao recurso, a maioria dos ministros entendeu que, para que a opção pelo ensino em casa fosse válida, deveria estar prevista em lei. Dentre outros argumentos levantados, destaca-se a função social exercida pela escola no que tange à promoção do convívio com as diferenças, em contraponto à autonomia e à liberdade dos pais para decidir, junto ao planejamento familiar, como querem educar seus filhos³².

Casos como esse, envolvendo relações domésticas, direito de família, direitos da criança e direito à educação colocam em cheque a divisão dicotômica entre Direito Público e Privado. Afinal, regulamentar o *homeschooling* seria matéria afeta a qual desses dois ramos?

Considerando que o presente trabalho tem como problema central averiguar se há uma categoria de “relações domésticas” relevante para o estudo jurídico, inicia-se aqui a discussão buscando compreender como essa possível categoria se enquadraria – ou não – dentre os contornos assumidos pela dicotomia do Direito Público e Direito Privado.

Talvez a divisão entre Público e Privado seja uma das dicotomias mais antigas e polêmicas do estudo do Direito. Não é incomum que logo no início dos estudos jurídicos sejam apresentados aos alunos critérios para definir esses dois campos de atuação do Direito que, em tese, são distintos e apresentam objetivos diferentes de regulação. Vários estudiosos se dedicaram a demonstrar por que a concepção de Direito Público e Privado é relevante, indicando

³¹ _____. **Supremo considera ilegal a opção pelo ensino domiciliar, fora da escola.** Folha de São Paulo, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2018/09/supremo-considera-ilegal-a-opcao-pelo-ensino-domiciliar-fora-da-escola.shtml>> (acesso em 10/10/2018)

³² _____. **Supremo considera ilegal a opção pelo ensino domiciliar, fora da escola.** Folha de São Paulo, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2018/09/supremo-considera-ilegal-a-opcao-pelo-ensino-domiciliar-fora-da-escola.shtml>> (acesso em 10/10/2018)

que, para cada um desses ramos, há uma série de premissas que orientam o raciocínio jurídico e a resolução de conflitos³³.

Por exemplo, quando um Estado decide, unilateralmente, desapropriar um imóvel, exerce o poder público de autoridade, de forma que os efeitos jurídicos desse ato são diferentes das consequências jurídicas decorrentes de uma possível compra e venda, entre particulares, deste mesmo imóvel³⁴. Assim, identificar quais atos são regulados pelo Direito Público e quais são regulados pelo Direito Privado seria, para muitos juristas, indispensável no estudo do Direito.

Partindo então da premissa que separar quais atos são regulados por cada um desses ramos é relevante para o estudo jurídico, devemos nos perguntar quais critérios se põem a auxiliar o operador do Direito nesta separação. Segundo Bobbio, tal separação pode ser feita com base em outras dicotomias tradicionais recorrentes nas ciências sociais, tais como “sociedade de iguais e de desiguais”; “lei e contrato” e “justiça distributiva e comutativa”³⁵.

Sob a ideia de “sociedade de iguais e desiguais”, explica Bobbio que o Estado é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, enquanto a esfera privada seria marcada pela relação entre iguais³⁶. Neste ponto, explica André Luiz Freire que o Direito Público seria aquele aplicável nas relações em que há presença de poder público e exercício de autoridade. Sob esse parâmetro, o Estado não atua em posição de igualdade com os indivíduos, podendo inclusive alterar a posição jurídica de terceiros sem o seu consentimento. Já quando as relações forem orientadas por igualdade entre pares, entende-se que o Direito aplicável seria o Privado³⁷.

No que tange à ideia de “justiça comutativa e distributiva”, Bobbio explica que a justiça comutativa é aquela que preside as trocas e, portanto, o Direito Privado estaria destinado a organizar aquelas trocas de igual valor. Por exemplo, em um contrato comercial, seria justo o

³³ FREIRE, André Luiz. **Direito público e direito privado**, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/133/edicao-1/direito-publico-e-direito-privado>> (acesso em 31/01/2018)

³⁴ FREIRE, André Luiz. **Direito público e direito privado**, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/133/edicao-1/direito-publico-e-direito-privado>> (acesso em 31/01/2018)

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 15-20.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 15-17.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 138.

preço que corresponde ao valor da coisa comprada. A justiça distributiva, por sua vez, é aquela que se inspira na autoridade pública e na distribuição de obrigações, atribuindo a cada um o que lhe cabe com base em critérios que mudam de acordo com situações objetivas, a fim de preservar o “todo”. A justiça distributiva, como parte do Direito Público, serviria, portanto, para regular a sociedade de desiguais, como o Estado³⁸.

Nesta perspectiva, as relações domésticas poderiam ser classificadas, em princípio, como integrantes do Direito Privado, pressupondo-se, porém, que dentro da casa há uma relação de igualdade entre conviventes. Todavia, como será demonstrado adiante, vários fatores acarretam na desigualdade entre os sujeitos das relações domésticas, tais como o gênero, a titularidade da propriedade e o poder de barganha econômico. Tratando-se, então, de uma sociedade de desiguais, em que um sujeito pode alterar a posição jurídica dos demais sem o seu consentimento, seria a vida doméstica parte do Direito Público?

Já sob a ideia de “lei e contrato”, Bobbio expõe que o critério de distinção entre os dois ramos seria o modo com o qual cada um passa a existir como conjunto de regras. O Direito Público, por ser imposto pela autoridade política, assume a forma da lei, enquanto o Direito Privado propõe suas regras por meio de acordos bilaterais cuja força vinculatória não depende, em princípio, da regulamentação pública³⁹.

Nesta perspectiva, a vida doméstica seria marcada por “contratos”, em que apenas as trocas informais e promessas regulariam as interações dentro da casa. Todavia, mais recentemente, verifica-se que a lei (Estado) tem imposto obrigações aos conviventes, como o dever de cuidado com crianças e idosos, colocando em cheque, inclusive, a força vinculativa de certos “contratos” domésticos.

O próprio Bobbio, ao expor essas teorias, adverte que a dicotomia deve ser acolhida com cautela, uma vez que a coincidência entre uma e outra jamais é perfeita. A família, por exemplo, na visão do autor, seria por excelência um instituto do Direito Privado, mas ao mesmo tempo, seria uma sociedade de desiguais regida pela justiça distributiva⁴⁰.

Bobbio explica que, historicamente, os dois ramos passam por um processo de

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 19-20.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 17-19.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 17-19.

“inversão”, ensejando os movimentos de publicização do privado e de privatização do público. Para o autor, o primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade, representado pelo Estado que engloba progressivamente a sociedade civil⁴¹. Já o segundo reflete o processo de formação de grandes grupos privados que se apoiam ao aparato estatal para alcançar os próprios objetivos⁴².

Nesta linha de raciocínio, Duncan Kennedy, ao explicar a evolução do Direito e sua globalização em três grandes períodos, traz a tona a perspectiva de que aquilo que deveria recair sob o Privado ou sob o Público mudou ao longo do tempo⁴³.

A inconsistência dos critérios de divisão entre Privado e Público fica evidente, por exemplo, quando o autor expõe os princípios que orientaram o primeiro movimento da globalização jurídica, chamado “Classical Legal Thought”, datado de 1850 até aproximadamente 1914.

O Classical Legal Thought tinha como ideal jurídico as liberdades individuais, a igualdade formal entre sujeitos e o exercício da vontade, tendo como seu centro de pensamento jurídico o Direito Privado⁴⁴. Por outro lado, o Direito Público seria “menos científico”, mais político e moral, voltando-se ao Direito criminal, administrativo e constitucional.

Todavia, Kennedy explica que o primeiro movimento da globalização jurídica voltou-se às relações domésticas governando-as por meio da hierarquia patriarcal, separando o “Direito de família” do “Direito obrigacional”⁴⁵.

Ainda que o Direito de família integrasse o Direito Privado, as relações familiares e domésticas eram reguladas pela moral e pela política – como o Direito Público – pelo que a “vontade do Estado”, representada pelo poder patriarcal, não a vontade das partes, fixava aos

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 27.

⁴² BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 27.

⁴³ KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. *In*: TRUBECK, David M. e SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 21.

⁴⁴ KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. *In*: TRUBECK, David M. e SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 31-33.

⁴⁵ KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. *In*: TRUBECK, David M. e SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 31

sujeitos seus direitos e obrigações⁴⁶. De modo diametralmente oposto, as relações obrigacionais, voltadas aos negócios e à economia, pertenciam à seara de não intervenção do Estado, sendo o exercício da vontade a principal fonte de criação de direitos e obrigações para as partes⁴⁷.

Observa-se, porém, que nenhuma das discussões acima expostas propõe um recorte espacial para delimitar quais atos seriam regulados pelo Direito Público e quais pelo Direito Privado. Quando pensamos na categoria das relações domésticas é difícil estabelecer um parâmetro que determine o regime de incidência jurídica.

À primeira vista, as relações domésticas parecem recair sobre o domínio Privado, visto que, nessas relações, prevaleceria a igualdade entre indivíduos e a autonomia privada para decidir, livremente, quais direitos e obrigações as partes desejam contrair. Nesse sentido, para muitos juristas, a regulação da vida doméstica deveria ser operada de modo similar ao *laissez faire* do mercado: a intervenção estatal nas relações privadas seria justificada pela presença de falhas e ineficiências⁴⁸.

Por outro lado, também seria possível argumentar que aquilo que conhecemos como regulado pelo Direito Privado são apenas às relações da sociedade civil que se opõem às relações públicas encabeçadas pelo Estado, mas que não necessariamente coincidem com as relações do ambiente doméstico.

Assim, o Privado teria uma dimensão pública, na medida em que recebe regulação do Direito – como as relações de família, matrimônio, contratos, propriedade, entre outros – enquanto as relações verdadeiramente íntimas teriam sido negligenciadas pela regulação jurídica⁴⁹. A simples escolha do Estado em proteger (ou não proteger) direitos e defender certas posições jurídicas já seria uma escolha de caráter político que, normalmente, beneficia um ator em detrimento de outro e, portanto, afeta a dinâmica das relações sociais⁵⁰.

⁴⁶ KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBECK, David M. e SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 31

⁴⁷ KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBECK, David M. e SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 31

⁴⁸ OLSEN, Frances E., **The myth of state intervention in the family**. University of Michigan Journal of Law Reform, v. 18, 1984-1985, p. 836.

⁴⁹ SILVA, André Luiz, VENTURA, Raissa Wihby e KRITSCH, RAQUEL. **O gênero do público: críticas feministas ao liberalismo e seus desdobramentos**. Londrina: Mediações, v. 14, n. 2, p. 52-82, Jul/Dez 2009.

⁵⁰ OLSEN, Frances E., **The myth of state intervention in the family**. University of Michigan Journal of Law Reform, v. 18, 1984-1985, p. 836-837.

Já sob uma terceira perspectiva, as relações domésticas também poderiam ser matéria afeta ao Direito Público, visto que ao Estado teria sido atribuída a função de preservar o convívio social, inclusive dentro da casa. Por isso, o Estado estaria legitimado a, por exemplo, proibir certas condutas, como a poligamia e a violência de gênero.

Seria, portanto, a dicotomia entre Direito Público e Privado totalizante para compreender a dinâmica da regulação destinada às relações domésticas?

4. RELAÇÕES DOMÉSTICAS E SUA REGULAÇÃO NO ÚLTIMO SÉCULO

O presente capítulo tem a finalidade de compreender como se deu a regulação do ambiente doméstico no último século e quais foram as consequências jurídicas de tal regulação, considerando as situações jurídicas subjetivas elementares de Lumia e a análise teórica proposta por Ellickson.

Conforme mencionado anteriormente, como não havia – e não há - um ramo de “Direito das relações domésticas”, foram elencados os seguintes temas – que guardam conexão com as interações dentro da casa – para entender como a interferência do ordenamento jurídico se deu nessa esfera: família, capacidade civil da mulher casada, relações envolvendo crianças e idosos, e relações extramatrimoniais. Estes assuntos foram analisados de acordo com a literatura, legislações e julgados referentes ao último século.

Buscou-se analisar se as situações que permeiam vida íntima, da casa para dentro, por não serem reguladas ao longo da história jurídica, assumiram posição de imunidade das intervenções estatais, ou se, por outro lado, tais relações receberam um olhar do Direito, sendo controladas e moldadas por diferentes tipos de regras.

Como se demonstrará adiante, nos casos em que havia controle estatal, o Direito poderia ser um instrumento de proibição de certos comportamentos e interações dentro da casa. Muitas vezes, essas proibições eram matéria de interesse público, visto que justificadas sob o argumento de que refletiam as aspirações filosóficas, políticas e morais de uma comunidade⁵¹ em determinado período de tempo.

O Direito, em outros casos de controle estatal, também servia para legitimar uma figura doméstica – normalmente o homem, pai, marido – que se sub-rogava no lugar do Estado e exercia o monopólio de poder naquele ambiente, controlando a vida doméstica e afastando-a do domínio público.

Tanto a imunidade jurídica quanto a regulação Estatal acabaram por atribuir a certos sujeitos posições jurídicas passivas ou ativas dentro da casa, gerando, muitas vezes, situações de desigualdade no que tange à vida íntima, conforme será demonstrado a seguir.

⁵¹ “A legislature that prohibits unmarried cohabitation, or homosexual relations, or other disapproved forms of intimate association does so primarily to promote a certain view of morality, and to protect the sensibilities of those who share that view.”

KARST, Kenneth L. **Freedom of intimate association**, The Yale Law Journal. Vol. 89, No. 4, Mar., 1980, p. 689.

4.1. Capacidade civil da mulher casada

Explica Maria Berenice Dias que a família é uma construção cultural que, com o passar do tempo e em razão do intervencionismo estatal, tomou contornos jurídicos⁵². O núcleo familiar e o ambiente doméstico – local em que, por excelência, se desdobram as relações familiares – dispunham de perfil hierarquizado e patriarcal⁵³. Esse perfil implicou na concepção de família, conforme estabelecido no Código Civil brasileiro de 1916, unicamente pelo matrimônio, impedindo a sua dissolução e trazendo qualificações discriminatórias aos vínculos extramatrimoniais⁵⁴. O Direito de família, nessa época, colocava grande ênfase no papel do “homem, marido, pai”, atribuindo-o a responsabilidade de reger as relações dentro da casa.

A natureza hierarquizada e patriarcal da regulação oferecida pelo Direito trouxe diversas implicações para o âmbito doméstico em relação à mulher, a sua capacidade e aos desdobramento das relações dentro da casa. A mulher, ao se casar, perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente incapaz⁵⁵ (art. 6º, inciso II, Código Civil de 1916). Quando do casamento, a mulher era colocada ao lado dos menores, dos pródigos e dos silvícolas, pessoas que, para época, eram consideradas relativamente incapazes para exercer certos atos por falta de necessário discernimento⁵⁶.

A falta de discernimento atribuída a mulher após o matrimônio, conforme explica a doutrina, se deve ao poder marital do homem. O poder marital implicava na deslocação de certos direitos da pessoa da mulher para a pessoa do marido⁵⁷, como por exemplo a escolha do domicílio, a administração dos bens da família, a possibilidade de litigar em juízo, contrair obrigações e até mesmo a capacidade de exercer profissão (artigos 233 e 242 do Código Civil de 1916). Nesse sentido, o poder marital roubava a faculdade da mulher de se autogovernar,

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

⁵⁶ RAO, Vicente. **Da capacidade civil da mulher casada**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1922, p. 13.

⁵⁷ RAO, Vicente. **Da capacidade civil da mulher casada**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1922, p. 20.

colocando-a sob a direção do marido⁵⁸.

Retomando o argumento de Ellickson, sobre a relação do direito de propriedade e o modo como as relações dentro da casa são instituídas, observa-se que a escolha do domicílio, a capacidade de fixar residência e de administrá-la cabiam exclusivamente ao marido (art. 233, inciso III do Código Civil de 1916), indicando que a relação estabelecida entre cônjuges no ambiente doméstico era de poder e submissão, especialmente porque o homem detinha os direitos de propriedade da família.

Ainda que formalmente a habitação era também de propriedade da mulher, como o marido era o titular com capacidade de administrá-la, haveria a possibilidade de submeter a mulher às suas escolhas, com maior poder de barganha para assumir posição jurídica ativa nas relações obrigacionais do lar. Em situações de discordância, o homem poderia excluí-la do espaço doméstico e/ou controlar o seu uso e gozo. Por isso, talvez, a mulher, tradicionalmente, assumia neste ambiente a posição jurídica passiva das obrigações, devendo executar todas as atividades da casa: cozinhar, limpar, cuidar dos filhos, e zelar pela manutenção da unidade familiar.

Essa situação de desigualdade entre mulher e marido dentro da casa se agravava pelo fato do ordenamento jurídico não permitir que a esposa exercesse profissão sem a autorização do marido. Nesse sentido, a “única” contribuição da mulher para o ambiente doméstico seria por meio dos serviços “informais” prestados, e não pela acumulação de capital decorrente do trabalho externo⁵⁹. A falta do direito de propriedade, de poder econômico e de capacidade civil a colocava, portanto, em situação de submissão aos desejos do poder marital.

Este cenário poderia acarretar na submissão da mulher inclusive à violência e aos maus tratos. Todavia, a falta de capacidade civil da mulher também implicava em falta de capacidade postulatória, especialmente porque não lhe era conferida a faculdade de litigar em juízo sem a autorização do marido para a maior parte dos assuntos. Nesse sentido, ainda que o Direito estivesse “presente” na vida doméstica para indicar o poder do marido no controle das relações íntimas, essas situações estavam afastadas do olhar do Estado.

⁵⁸ RAO, Vicente. **Da capacidade civil da mulher casada**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1922, p. 20.

Destaca-se que o autor, nesta obra, se mostra como grande crítico da submissão da mulher ao poder marital, defendendo que à mulher deveria ser atribuída plena capacidade para realizar os atos da vida civil.

⁵⁹ SILVA, André Luiz, VENTURA, Raissa Wihby e KRITSCH, RAQUEL. **O gênero do público: críticas feministas ao liberalismo e seus desdobramentos**. Londrina: Mediações, v. 14, n. 2, p. 52-82, Jul/Dez 2009, p. 60.

Somente em casos excetuados pela lei, nos artigos 248 e 251 do antigo Código Civil, poderia a mulher propor ação judicial sem a anuência do esposo. Dentre estes casos, destacam-se os temas envolvendo o patrimônio da família (anulação de doações e fianças dos bens imóveis, administração de bens do casal quando o marido não o pudesse fazer), o cuidado dos filhos, anulação do casamento e alimentos devidos após a separação. Em nenhuma dessas exceções há previsão expressa que permitiria a mulher trazer à atenção do Estado ilicitudes praticadas no ambiente doméstico, que poderiam acarretar no dever do marido de indenizá-la.

Cumprе destacar a imensa dificuldade de uma esposa efetivar o seu direito de acesso à justiça naquela época. As barreiras socioeconômicas - por exemplo a dificuldade de contratar um advogado sem ter capacidade civil para celebrar um negócio jurídico – e processuais – como a dificuldade de levantar provas para convencer a magistratura também patriarcal – eram tamanhas que, ainda que seja possível encontrar ilustrações de uma ação judicial indenizatória promovida pela mulher contra o marido, esses casos seriam a exceção e não a regra, no último século.

Até 1997⁶⁰, o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei 3.689/1941) dispunha que a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo se estivesse dele separada ou se a queixa fosse contra ele⁶¹. Não obstante houvesse previsão legal para que a mulher apresentasse ao Estado queixa contra seu marido, não havia previsão específica para os crimes cometidos no ambiente doméstico, devendo a mulher enquadrar a situação fática aos tipos já previstos, como os ilícitos contra a dignidade sexual, contra a liberdade individual, contra a pessoa, entre outros.

Relata a doutrina sobre a dificuldade de tipificar os atos de violência doméstica com os crimes já previstos no Código Penal, visto que a situação de submissão da mulher era considerada “normalidade”. Ademais, comumente se entendia que se marido e mulher tinham desentendimentos, não caberia ao Estado resolvê-los, visto que certos conflitos eram considerados inerentes à relação conjugal. Nesse contexto, prevalecia a velha máxima: “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”⁶².

⁶⁰ Poucos são os julgados que aceitavam, antes de 1997, a possibilidade da mulher apresentar queixa sem o consentimento do marido, após o advento do Estatuto da Mulher casada de 1962. Exemplo: Ação Penal 288013493, julgada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul em 1988.

⁶¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Reforma do Código de Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 36, Out - Dez / 2001, p. 132 – 189.

⁶² KATO, Shelma Lombardi. **Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 71, 2008, p. 266 – 296.

Observa-se, portanto, que na prática, a mulher teria muita dificuldade de exigir do marido um determinado tipo de comportamento no ambiente doméstico e/ou indenização pelos danos sofridos – ausência de obrigação dele e consequente ausência de pretensão dela - tendo em vista o monopólio de poder exercido por seu companheiro dentro da casa, com autorização jurídica, de modo a afastar estas interações do controle público.

4.2 Relações envolvendo crianças

A história, ao menos no Brasil, demonstra que crianças e adolescentes, dentro do espaço doméstico, também receberam pouca atenção do Direito. Havia discussões legislativas apenas para a elaboração de políticas públicas para lidar com os acontecimentos da infância que ocorriam fora do âmbito doméstico e familiar. Por exemplo, as primeiras legislações do Brasil Império que faziam menção ao menores eram em torno da ideia de recolhimento das crianças órfãs e abandonadas⁶³, as quais não podiam ficar expostas à rua. Já na República, tais legislações passaram também incluir certa preocupação com a regulamentação do ensino primário e com políticas públicas que buscassem a redução da criminalidade infantil⁶⁴. Por volta de 1927, com o primeiro Código de Menores, crianças e adolescentes passaram a receber tratamento diferenciado no que tange ao discernimento, à culpabilidade, à responsabilidade e ao dever do Estado de oferecer assistência quando considerados delinquentes e/ou abandonados por suas famílias⁶⁵.

Todas essas discussões legislativas utilizavam o Direito para regular a vida da criança e do adolescente no espaço público – rua, escola - e não dentro da casa. Havia uma presunção, portanto, de que no ambiente doméstico e familiar, por estarem amparadas pelo pátrio poder, as crianças não precisariam de um “cuidado” especial do Direito.

Importante destacar que as crianças e adolescentes só se tornavam plenamente capazes para atos da vida civil quando atingissem a maioridade de 21 anos (art. 9 do Código Civil de

⁶³ RIZZINI, Irene. Crianças menores - do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (Orgs.) **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência a infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995, p. 105.

⁶⁴ RIZZINI, Irene. Crianças menores - do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (Orgs.) **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência a infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995, p. 105-113.

⁶⁵ SILVA, Anemilia Carnellosso. **A Lei da Palmada, PL 7.672/2010 e a intervenção no poder familiar de pais e responsáveis**. Revista de Direito da Infância e da Juventude, vol. 4, Jul - Dez / 2014, p. 223 – 247.

1916). Alternativamente, poderia haver a emancipação, ocorrendo uma das hipóteses autorizadoras estabelecidas em lei. Dentre tais hipóteses, destaca-se a emancipação por meio da autorização dos pais e por meio do casamento. A emancipação em razão do casamento era regulada pelo Código Civil de 1916 nos artigos 185, 186, 187 e 188. Dispunham tais artigos que para o casamento de menores de vinte e um anos, era necessário o consentimento dos pais. Todavia, caso a denegação deste consentimento fosse injusta, poderia haver decisão judicial autorizadora. Após a celebração do casamento, os cônjuges tornavam-se emancipados e, portanto, capazes de praticar atos da vida civil.

Assim, até atingirem a maioridade ou se emanciparem, crianças e adolescentes estavam sujeitos ao pátrio poder. Explica a doutrina que, historicamente, o pátrio poder, quanto à pessoa dos filhos, era instituído sob uma ótica de faculdade dos pais na relação de paternidade, e não sob uma perspectiva de encargos que o pai deveria observar para a “boa criação” dos filhos⁶⁶. O pátrio poder, assim como gerava oportunidades de submissão da mulher ao marido, também poderia acarretar em tratamento desigual para os menores dentro da casa.

Conforme se depreende dos artigo 395 do Código de 1916, a perda do pátrio poder ocorreria apenas em excetuadas circunstâncias, por determinação judicial, quando houvesse o castigo imoderado dos filhos, o abandono e/ou atos contrários à moral e aos bons costumes.

Quanto aos atos contrários à moral e aos bons costumes, observa-se que a identificação de tais práticas dependia (e dependem, até hoje) da interpretação do juiz, em contraponto com as condutas consideradas lícitas pelo Direito, para determinar, no caso concreto, quais atos seriam incompatíveis com o poder pátrio ou que configurariam abuso de autoridade.

Já em relação ao castigo imoderado, explica Maria Berenice Dias que “a vedação ao castigo imoderado revela, no mínimo, tolerância para o castigo moderado”⁶⁷, o qual, ainda que comedido, poderia configurar a prática de violência física e psicológica.

Um exemplo de que o pátrio poder era exercido de modo a afastar, na maior parte dos casos, o olhar (e uma consequente intervenção) do Estado para as relações entre pais e filhos, dentro da casa, é o entendimento da jurisprudência do século XX: não cometia crime o pai que, ao castigar o filho, o fazia com moderação e por justa causa. A justa causa, portanto, seria uma

⁶⁶ RAO, Vicente. **Da capacidade civil da mulher casada**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1922, p. 37.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 436.

situação fática que autorizaria o pai a exercer seu poder de autoridade na criação do filho, autorizando-o a empregar até mesmo a força física como ferramenta de “correção doméstica”. Ademais, ainda que fossem encontradas lesões leves decorrentes desta violência, se houvesse prova da moderação do castigo, não haveria ilícito cometido⁶⁸.

Nesse sentido, as normas de conduta e de competência atribuídas para as relações entre pais e filhos dentro da casa poderiam implicar (i) na pretensão dos adultos de exigirem certo comportamento dos menores, podendo inclusive utilizar a violência “moderada” para impor este comportamento, e (ii) na imunidade daquele que exercia o pátrio poder dentro da casa em relação a normas externas, visto que apenas a ele era conferida o poder de “ditar regras” naquele ambiente.

Da mesma forma, não era conferida às crianças a pretensão de exigir dos pais, por exemplo, indenização em razão dos danos sofridos pelo castigo moderado ou uma mudança de comportamento. Também é possível notar que os menores, por não gozarem de plena capacidade para realizar atos da vida civil, não poderiam simplesmente sair de uma relação e mudar de moradia, caso descontentes com a estruturação das “obrigações domésticas”. Como dependiam – e dependem – de autorização judicial para tanto, a liberdade descrita por Ellickson de “entrar/sair” fica prejudicada, restando as crianças como ocupantes de posições passivas na relações jurídicas domésticas.

Até o advento do Código Civil de 2002, os filhos concebidos fora do casamento não eram legítimos, e por isso, não gozavam dos mesmos direitos que os decorrentes do matrimônio, especialmente no que tange os alimentos e a sucessão. Dispunha o art. 359 do antigo Código que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderia residir no lar da família sem o consentimento do outro cônjuge. Também previa o art. 358 que os filhos incestuosos e adúlteros não poderiam ser reconhecidos, de modo que seriam sempre ilegítimos.

Observa-se que essa regulação quanto à constituição das relações de parentesco afetava diretamente quem poderia frequentar o ambiente doméstico. Filhos não reconhecidos ou ilegítimos poderiam ser facilmente excluídos da convivência íntima ou submetidos à situações degradantes dentro da casa.

Julgados do século XX demonstram que, caso os pais fossem obrigados a dar alimentos

⁶⁸ PIMENTEL, Francisco Mendes e PINTO, Estevão L. de Magalhães. Correção Doméstica. In: **Revista Forense**, vol. 23, 1915, p. 240-241.

ao filho adulterino, deveriam submeter a apreciação do juiz a possibilidade de “dar-lhe em casa hospedagem e sustento”. Para a jurisprudência pátria, até então, a possibilidade de oferecer “abrigo” ao filho adulterino – ao invés de pagar pensão - como forma de cumprir o dever de alimentos (art. 403 do Código Civil de 1916), não era um direito dos pais, mas sim uma medida que estava sujeita a apreciação do magistrado⁶⁹. Consequentemente, a decisão judicial determinaria quem poderia participar da convivência íntima da família.

4.3 Relações envolvendo idosos

Um outro sujeito que também integra as relações domésticas e que não recebeu, historicamente, um olhar do Direito, é a pessoa idosa. Até o ano de 1993, com o advento da Lei 8.648/1993, que introduziu o parágrafo único ao art. 399 do Código Civil de 1916, não havia previsão expressa em nosso ordenamento jurídico pátrio de que o princípio da solidariedade familiar, no que tange à obrigação de fornecer alimentos, também implicava no dever de sustento dos idosos da família⁷⁰. Tampouco as legislações da época falavam sobre maus tratos ao idoso, sobre o abandono familiar e sobre o dever de cuidado imposto aos seus coabitantes.

A primeira legislação expressiva que versava sobre direitos do idoso no Brasil foi a Lei 8.842/1994, a qual instituiu a Política Nacional do Idoso. A partir deste momento, passou-se a olhar para os mais velhos como pessoas que precisariam de atendimentos especiais do Estado, em razão das dificuldades naturais que advêm da velhice e da exclusão social decorrente de uma sociedade regida pela produtividade⁷¹.

A Política Nacional do Idoso, porém, estabeleceu diretrizes para assegurar a dignidade e a igualdade aos mais velhos que instituíam deveres para a sociedade e para o Estado no que

⁶⁹ PIMENTEL, Francisco Mendes e PINTO, Estevão L. de Magalhães. Reconhecimento de filho adulterino. In: **Revista Forense**, vol. 28, 1917, p. 328-331.

⁷⁰ O art. 399 do Código Civil de 1916 tinha a seguinte redação:

Art. 399. São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, sem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam, pode fornecer-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Parágrafo único. No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas. (Incluído pela Lei nº 8.648, de 1993).

⁷¹ OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **O Processo Histórico do Estatuto do Idoso e a Inserção Pedagógica na Universidade Aberta**. Revista Histedbr On-line, Campinas, n. 28, p. 278-286, dez. 2007.

tange ao tratamento dos idosos no espaço público, mas não dentro da casa. Dentre tais diretrizes, destaca-se a priorização do atendimento ao idoso em prestações de serviços, a participação na formulação de políticas públicas, a divulgação de informações sobre o envelhecimento, a capacitação de profissionais nas áreas de geriatria e gerontologia, entre outros.

Pouco se falava sobre o tratamento do idoso no ambiente doméstico, passando despercebida pelos olhos do Estado quando se tratava de situações que ocorriam dentro da casa. O idoso, portanto, teria dificuldade de ocupar uma posição jurídica ativa nas relações domésticas, sem a pretensão de exigir de seus coabitantes determinado comportamento e/ou o pagamento de indenização e alimentos.

Assim como a mulher casada enfrentava diversas dificuldades para levar relatos de ilicitudes ao Poder Judiciário, os idosos também encontravam (e encontram, até hoje) barreiras socioeconômicas altíssimas. Tanto isso é verdade que, recentemente, o Ministério Público foi considerado um legitimado extraordinário para propor ações judiciais que envolvam direitos do idoso (art. 74 do Estatuto do Idoso), conforme será exposto no capítulo a seguir.

4.4 Relações extramatrimoniais

No Brasil, apenas a família constituída por meio do casamento era considerada legítima (art. 229 do Código Civil de 1916). E o casamento, neste caso, só poderia ser realizado entre homem e mulher, respeitados os impedimentos do artigo 183 (ascendentes com descendentes, irmãos, cônjuge adúltero, viúvos enquanto não fizer inventário dos bens do casal, etc.). Consequentemente, o ambiente doméstico, por ser o local de excelência das relações familiares, era fortemente marcado por essa família legítima – casal e filhos oriundos do casamento⁷².

Nesse sentido, várias das outras interações que ocorriam dentro da casa, em que o sujeitos não integravam a “família legítima”, foram denominadas ao longo da história jurídica como “relações extramatrimoniais”. Em sentido diametralmente oposto às justificativas que permeiam

⁷² Segundo o IBGE, em 1992, aproximadamente 60% das famílias brasileiras eram compostas por casais com filhos, sendo que o pai/marido era a pessoa de referência na família em 78% dos casos. Em 2009, aproximadamente 47% das famílias brasileiras eram compostas por casais com filhos.

IBGE, Pessoas de referência da família, por sexo, *In Séries Estatísticas e Séries Históricas, tipos de famílias e domicílios*, 1992-1999.

Disponível em: < <https://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED303&t=tipos-familia>>. (acesso em 08/07/2018)

a ideia de que o Estado não deveria ditar como as situações de intimidade deveriam ser, em proteção à dignidade humana e a autonomia do homem, as relações extramatrimoniais foram, muitas vezes, coibidas pela regulação jurídica.

As uniões, surgidas sem o selo do casamento, eram identificadas como concubinato. A ausência de legitimidade para este tipo de união acabou por gerar situações de desigualdade, especialmente quando havia rompimento das relações pela morte ou separação, que impulsionaram demandas perante o Poder Judiciário, para que se transmitisse aos conviventes, ao menos, os efeitos patrimoniais do casamento⁷³.

Por exemplo, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos após a separação em forma camuflada de indenização por serviços domésticos, sob o fundamento da inadmissibilidade do enriquecimento ilícito do homem que teria se aproveitado dos serviços de cama e mesa por ela prestados⁷⁴.

Kenneth L. Karst, em seu texto “Freedom of intimate association” explica que, em sua visão, a liberdade para a associação íntima não é absoluta, visto que os interesses estatais podem incentivar em maior ou menor medida certos tipos de relações⁷⁵. Havia, no século passado, grande influência do Estado para proibir vínculos homoafetivos, a prática de certos atos sexuais e a poligamia (a qual é vedada, na maior parte dos países ocidentais, até hoje).

Nos Estados Unidos, por exemplo, a constituição da família e a determinação de quem poderia viver dentro da casa foi objeto de política pública para o planejamento urbano. O autor Priya S. Gupta, em seu artigo “Governing a single Family House”, demonstra como o governo americano moldou a sua regulação para a criação dos subúrbios americanos e a valorização da “*american dream house*”, proibindo em diversos bairros a coabitação de pessoas não biologicamente relacionadas, ou limitando o número de habitantes da residência⁷⁶.

Em relação aos atos sexuais, também há diversos exemplos de proibição e punição por meio do Direito. Um deles é o caso *Lawrence vs. Texas* julgado pela Suprema Corte americana

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 167-168.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 167-168.

⁷⁵ KARST, Kenneth L. **Freedom of intimate association**, The Yale Law Journal. Vol. 89, No. 4, Mar., 1980, pp. 624-692.

⁷⁶ GUPTA, Priya S. **Governing a single Family House: a brief legal history**. University of Hawaii Law Review, Vol. 37, 2015.

apenas em 2011, em que foi determinada a inconstitucionalidade⁷⁷ de uma lei do Estado do Texas de 30 anos que considerava a prática de sexo anal e oral com pessoas do mesmo sexo, ainda que consensual e em ambiente privado, um crime. Conforme se depreende da decisão proferida, a corte entendeu que o Estado não poderia controlar a vida privada dos cidadãos – homossexuais ou não – e transformar seus atos em crimes⁷⁸.

Diante do exposto, é possível inferir que o Direito não se comportou de forma padronizada nos últimos anos que tange as relações domésticas. De uma lado, há a ideia de que a intimidade é um campo que não deveria receber regulação estatal, e tudo aquilo que não é proibido pela lei, é permitido. Do outro, há também demonstrações de que o Direito foi utilizado para ditar como a vida doméstica deveria ser, proibindo ou até punindo certos atos. Seja pela regulação ou pela ausência dela, observa-se que a vida doméstica foi marcada por forte desigualdade.

O desequilíbrio gerado levou a novas reivindicações da sociedade civil, de modo que o Direito passou a responder, recentemente, com novas legislações e políticas públicas, a essas situações. Essas novas respostas serão tratadas no capítulo a seguir.

⁷⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flávia Portella. **Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.

⁷⁸ CAZINAN, Fernando. **Suprema Corte dos EUA libera sodomia**, Folha de São Paulo, 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2706200301.htm>> (acesso em 08/07/2018)

5. RELAÇÕES DOMÉSTICAS E SUA REGULAÇÃO CONTEMPORÂNEA

Com intuito de ilustrar como o Direito tem respondido, recentemente, às situações de desigualdade geradas no ambiente doméstico, esse capítulo irá abordar como os aspectos da vida íntima anteriormente discutidos – família, casamento, mulher casada, crianças, idosos, vínculos extramatrimoniais – são regulados, desde aproximadamente a década de 60 até hoje, pelo Estado. Pretende-se demonstrar como a introdução de novas regras no ordenamento jurídico, sobre os aspectos acima mencionados, implicam, direta ou indiretamente, em normas de comportamento para as interações que ocorrem da casa para dentro.

O Direito de família, em primeiro lugar, evoluiu drasticamente nas últimas décadas. Atualmente, há um reconhecimento que o perfil das famílias – e consequentemente, das casas – brasileiras não é mais o mesmo. Segundo o IBGE, desde 2009, menos da metade dos domicílios eram habitados por casais com filhos, sendo que em 2015, aproximadamente 41% das famílias tinham a mulher como pessoa de referência⁷⁹.

Passou-se a reconhecer no ordenamento jurídico os mais diversos tipos de família – monoparental, pluriparental, paralela, ampliada, entre outros – indicando que as relações no ambiente doméstico podem variar dentre um grande espectro de interações⁸⁰, sem prevalência da natureza hierarquizada e patriarcal que antes o regia.

Essa mudança na concepção do ambiente doméstico se deve a uma série de mudanças legislativas que implicaram em (i) um novo olhar do Estado para aquilo que deve ser proibido ou permitido no ambiente doméstico, (ii) com consequente afastamento ou proximidade da vida do lar em relação ao domínio público. Essas mudanças serão exploradas a seguir.

5.1 Capacidade civil da mulher casada e relações de gênero

Em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), foi devolvida à esposa a plena capacidade, a qual voltou a ser considerada capaz para praticar atos da vida civil.

⁷⁹ IBGE, Pessoas de referência da família, por sexo, *In Séries Estatísticas e Séries Históricas, tipos de famílias e domicílios*, 1992-1999. Disponível em:

< <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED303&t=tipos-familia>>. (acesso em 08/07/2018)

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43-56.

A mulher passou a ser vista como colaboradora do marido na administração da família⁸¹, ainda que com ressalvas para exercer sua liberdade no ambiente íntimo. Por exemplo, persistiu a redação do artigo 233 Código Civil de 1916, o qual alocava ao marido o dever de representar legalmente a família, escolher seu domicílio e prover-lhe sustento. Foi apenas facultado a esposa recorrer ao Poder Judiciário se a deliberação de escolha do domicílio lhe fosse prejudicial.

Com relação ao trabalho, a mulher passou a poder exercê-lo sem autorização marital, representando um grande avanço no caminho da sua independência econômica. A esposa também voltou a poder celebrar negócios jurídicos sem a supervisão do marido, excetuando-se apenas aqueles atos que comprometessem o patrimônio e/ou imóveis da sociedade conjugal (art. 242 do Código Civil de 1916, redação dada pela Lei 4.121/62).

Em 1977, foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), a qual reconheceu a possibilidade de dissolução do casamento, conferindo, inclusive à mulher, a possibilidade de propor ação de separação judicial ou de divórcio (art. 248, inciso VIII do Código Civil de 1916, redação dada pela Lei 6.515/77). Ainda que a Lei do Divórcio tenha sido alvo de críticas ao longo da história, trouxe alguns reconhecimentos no que tange à mulher⁸², especialmente em relação à possibilidade de facultar sobre a adoção dos nomes do marido no momento da comunhão (art. 240, parágrafo único do Código Civil de 1916, redação dada pela Lei 6.515/77). Outro avanço foi em relação à mudança do regime de bens do casal: no silêncio dos nubentes, o regime passou a ser o da comunhão parcial de bens e não a comunhão universal⁸³.

Com a Constituição Federal de 1988, passou-se a reconhecer maior igualdade entre homem e mulher no ambiente doméstico, pactuando-se, no artigo 226, §5º da Carta Magna que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O Código Civil de 2002 reforçou tal norma, eliminando a maior parte das disposições da lei civil que diferenciavam as obrigações do marido e da esposa em relação à família, ressaltando os deveres comuns do marido e da esposa com a comunhão (art. 1.566 do Código Civil de 2002). Ambos os cônjuges devem escolher qual será o domicílio da família,

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

assim como ambos são obrigados a concorrer, com seu patrimônio, para o sustento da família⁸⁴.

Legitimando a lei, portanto, que a mulher pudesse ter algum poder econômico na sociedade e também dentro da casa, permitiu-se que a esposa começasse a ter maior poder de barganha para concorrer com seu marido por posições jurídicas ativas nas relações íntimas, assim como preservar seu domicílio e administrá-lo.

Em que pese tenham ocorrido mudanças na legislação, a fim de garantir a igualdade material entre marido e esposa no ambiente doméstico, por uma série de razões socioeconômicas, as mulheres ainda sofriam (e sofrem) com diversos tipos de preconceito e comumente eram colocadas em situação de submissão.

Essa desigualdade não passou despercebida pelos olhos do Estado, o qual tem endereçado esse tipo de problema em políticas públicas diversas. Por exemplo, o programa Minha Casa Minha Vida, introduzido pelo Governo brasileiro como forma de assistência social à moradia, instituiu disposições⁸⁵ que dizem respeito ao direito de propriedade e repercutem diretamente no ambiente doméstico.

Neste programa, o registro da casa entregue pelo Governo fica no nome da mulher. Assim, caso haja separação dos cônjuges/companheiros, a mulher tem a possibilidade de permanecer na habitação e administrá-la. Ademais, como já mencionado pela proposta de análise de Ellickson, espera-se que a proprietária, por ser titular do domínio, terá maior poder de barganha para ocupar as posições jurídicas ativas nas interações domésticas.

Um outro avanço legislativo diz respeito à possibilidade da mulher ajuizar ações, de caráter cível ou criminal, contra o marido e/ou companheiro com quem vive, especialmente nos casos de maus tratos. Como já mencionado anteriormente, havia enorme dificuldade de tipificar um ilícito doméstico nos crimes já previstos no Código Penal. Nesse sentido, corroborando com o dispositivo constitucional que reconheceu a obrigação do Estado de criar mecanismos para

⁸⁴ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina B. e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**, Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008, p. 44.

⁸⁵ BRASIL. **Lei 11.977 de julho de 2009, Institui o Programa Minha Casa Minha Vida**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm> (acesso em 09/08/2018)

Art. 35. Os contratos e registros efetivados no âmbito do PMCMV serão formalizados, preferencialmente, **em nome da mulher**.

Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, **será registrado em nome da mulher ou a ela transferido**, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS.

coibir a violência no âmbito das relações familiares⁸⁶, houve o início de uma série de inovações legislativas para tratar deste assunto, especialmente após 1988.

A primeira mudança legislativa nesse aspecto foi a introdução da Lei 9.099/1995, a qual instituiu os juizados especiais. A ideia principal era reformar a política criminal para os crimes de menor potencial ofensivo, garantindo a celeridade processual e a reparação da vítima. Os casos de violência doméstica, portanto, passaram a ser enquadrados como tipos de menor potencial ofensivo, o que acabou banalizando a gravidade deste tipo de ilícito, “resolvendo-o” com o pagamento de cestas básicas pelo infrator⁸⁷.

Em seguida, no ano de 2004, foram introduzidos dois novos parágrafos ao artigo 129 do Código Penal, o qual tipifica o crime de lesões corporais. Com essa nova mudança, carregada pela Lei 10.886/2004, aumentou-se a pena do crime nos casos em que a lesão era praticada contra ascendente, irmão, cônjuge ou companheiro, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade⁸⁸.

Em 2006 foi instituída a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher⁸⁹. Para os efeitos da lei, “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (art. 5º da Lei 11.340/2006).

Além do recorte de gênero, a lei estabelece um recorte espacial bem amplo, definindo o ambiente doméstico como “espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”. Ressalta-se também que para os efeitos da lei, será considerado crime aqueles atos praticados em “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (art. 5º, incisos I e III da Lei 11.340/2006).

Um outro grande fator que foi observado pela Lei Maria da Penha foi que, para os fins da lei, as relações pessoais estabelecidas independem de orientação sexual, de modo a englobar,

⁸⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 226, § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁸⁷ FERREIRA, Ivete Senise. A violência contra a mulher. In: DIAS, Josefina Maria de Santana (Org). **A mulher e o Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 26-27.

⁸⁸ FERREIRA, Ivete Senise. A violência contra a mulher. In: DIAS, Josefina Maria de Santana (Org). **A mulher e o Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 27.

⁸⁹ FERREIRA, Ivete Senise. A violência contra a mulher. In: DIAS, Josefina Maria de Santana (Org). **A mulher e o Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 27.

neste “guarda-chuva” protetivo, as pessoas *LGBT* que, comumente, sofrem abusos e preconceito no ambiente público e doméstico (art. 5º, parágrafo único da Lei 11.340/2006).

A Lei 11.340/2006 também estabeleceu a possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência, conforme disposto nos artigos 18 e seguintes do diploma. Essas medidas visam proteger, imediatamente, a integridade física e o patrimônio da ofendida e de seus dependentes, conforme o caso. Tais medidas se dividem em dois grandes grupos: aquelas que obrigam o agressor e aquelas destinadas à ofendida. Em ambos os grupos há a possibilidade de afastamento do lar (art. 22, inciso II e art. 23, inciso III da Lei 13.430/2006, respectivamente), implicando na retirada do agressor e/ou da mulher do ambiente doméstico. Dentre as medidas aplicada apenas ao agressor, destacam-se as restrições de frequentar espaços de convívio com a ofendida, de visitar os menores dependentes e a obrigação de pagar alimentos.

Para além do ambiente doméstico, a Lei 11.340/2006 também estabeleceu regras para o espaço público, instituindo políticas de assistência para mulheres vítimas de violência, procedimentos e espaços específicos para atender suas demandas no âmbito jurídico – como as varas especializadas para a violência doméstica – além de uma equipe de atendimento multidisciplinar para desenvolver trabalhos de orientação e prevenção voltados para a ofendida, o agressor e os familiares.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha buscou, além de tentar corrigir distorções históricas de acesso à justiça e realização dos direitos da mulher⁹⁰, oferecer suporte para a esposa ou companheira que se encontra em posição de submissão no ambiente doméstico, encorajando-a a enfrentar as barreiras socioeconômicas que advêm da desigualdade de gênero, e levar aos olhos do Poder Judiciário as ocorrências de maus tratos vivenciadas, requerendo meios para que essas ocorrências cessem⁹¹.

⁹⁰ “...De acordo com os discursos favoráveis à nova legislação, sua formulação teve como propósito corrigir enormes distorções históricas no acesso à justiça e na realização dos direitos pelas mulheres. Neste sentido, poder-se-ia tratá-la como uma espécie de ação afirmativa que toma a diferença como princípio para atingir a igualdade jurídica.”

_____. **Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 70, jan./fev. 2008, p. 328.

⁹¹ “... a definição de violência contra a mulher que é enunciada de forma ampla e inscrita num sistema de proteção dos direitos humanos; a previsão de um conjunto de medidas de proteção que reiteram a compreensão de que a violência contra as mulheres não pode ser tratada isoladamente como um problema de justiça criminal e a incorporação de medidas de caráter preventivo e de educação como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social do comportamento violento e a discriminação baseada no gênero”.

_____. **Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 70, jan./fev. 2008, p. 322.

Um importante aspecto da Lei Maria da Penha é como foram atribuídas responsabilidades ao Ministério Público. Como é sabido, o Ministério Público não é uma instituição pertencente ao Poder Judiciário, mas é essencial à função jurisdicional do Estado: a esse órgão cabe exercer a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal de 1988).

Assim, por ser responsável pela defesa de direitos individuais indisponíveis e pela defesa da ordem jurídica, comumente lhe é atribuída a responsabilidade de promover a ação penal pública. A ação penal pública pode ser incondicionada – sem a anuência da vítima – e condicionada à representação do ofendido (art. 100 do Código Penal).

As disposições do artigo 12, inciso I, e artigo 16 da Lei 11.340/2006 levavam a compreender que o trâmite processual para os crimes de violência doméstica seguiriam as regras da lei geral (Código Penal), no que tange ao cabimento de ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação. Todavia, em 2012, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/2012, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que nos casos de lesão corporal, praticados contra a mulher no ambiente doméstico, independentemente da extensão da lesão gerada, é cabível apenas a ação penal incondicionada⁹², dando plenos poderes ao Ministério Público para promovê-la.

Para além das discussões sobre as vantagens e desvantagens desta interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, é possível observar que a natureza incondicionada da ação penal para os casos de violência doméstica fortalece a ideia de regulação estatal no ambiente íntimo, visto que, independentemente da vontade das partes, haverá processo criminal quando certas normas forem descumpridas.

A evolução da aplicação da Lei Maria da Penha para os casos de violência doméstica também levou a uniformização da jurisprudência e da doutrina, firmando-se o entendimento de que para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, que estejam casados, que o sujeito ativo seja um homem, ou que o sujeito passivo se restrinja às esposas ou companheiras. Para Maria Berenice Dias, também as mães, avós, filhas, irmãs ou qualquer outra pessoa que mantém vínculo familiar com o agressor pode integrar o polo

⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424**. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Min. Rel.: Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>> (acesso em 11/08/2018)

passivo da ação delituosa⁹³.

Na jurisprudência pátria, essa interpretação se verifica em julgados como o Habeas Corpus 0800148-75.2014.8.02.0900, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, no qual foi verificada a possibilidade de aplicação da Lei 11.340/2006 no caso de violência doméstica praticada pela filha contra mãe, evidenciada a vulnerabilidade da vítima e o vínculo afetivo entre as partes:

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Lesão corporal praticada por filha contra a mãe no âmbito da unidade doméstica. Arguição da inaplicabilidade da Lei Maria da Penha. **Legislador pretende coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher independentemente do gênero do agressor. Basta a existência de vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. Não acolhimento. Vulnerabilidade da vítima. Relação doméstica evidenciada. Incidência da legislação protetiva especial.** Ordem denegada, nesse particular. Pleito de sustação dos efeitos da decisão que aplicou as medidas protetivas questionadas. Inexistência de violação ou ameaça ao direito da paciente à liberdade. Ausência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta via estreita. Impossibilidade de utilização do writ como mera alternativa ao recurso cabível. Inadequação da via eleita. Parcial conhecimento, nesse aspecto, ordem denegada. Unanimidade.

(ALAGOAS. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 0800148-75.2014.8.02.0900**. Impetrantes/Defensores: Fábio Passos de Abreu e João Fiorillo de Souza. Paciente: Salomé Jerônimo da Silva Paiva. Des. Rel.: João Luiz Azevedo Lessa, julgado em 2 de abril de 2014, grifou-se).

Por fim, também foi firmado o entendimento, em julgamento de Recurso Especial Repetitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça, de que nos casos de violência doméstica, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, independentemente de instrução probatória e desde que haja pedido expresso da parte⁹⁴. Consignou-se, assim, que em se tratando de violência nos termos da Lei Maria da Penha, o dano moral decorre da prática delituosa contra à vida, à segurança, à honra e à imagem da mulher, não necessitando a vítima comprovar que o agressor agiu com má-fé e que ela sofreu abalo psíquico e emocional para conseguir a reparação indenizatória⁹⁵.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**, 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.675.874/MS**, submetido ao rito dos repetitivos. Min. Rel.: Rogerio Cruz, julgado em 28 de fevereiro de 2018.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.675.874/MS**, submetido ao rito dos repetitivos. Min. Rel.: Rogerio Cruz, julgado em 28 de fevereiro de 2018.

5.2 Relações envolvendo crianças

A evolução legislativa também mostrou que as relações domésticas envolvendo crianças e adolescentes passaram a ser reguladas sob uma ótica mais intervencionista. Conforme já mencionado, foi apenas no fim da década de 50 que a legislação passou a reconhecer os menores como pessoas que precisariam de cuidados especiais, especialmente no que tange às relações íntimas. Em 1959 foi aprovada a Declaração dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral da ONU, a qual contrastava drasticamente com a legislação brasileira até então vigente⁹⁶, impulsionando as reformas legislativas que aconteceram em seguida.

Em 1979 foi introduzido o novo Código de Menores (Lei 6.697/79), dispondo sobre os menores em “situação irregular”, que poderiam ser definidos, em síntese, como aqueles privados das condições essenciais de subsistência, por ação ou omissão dos pais ou por falta de recursos da família; aqueles vítimas de maus tratos e castigos imoderados; aqueles em perigo moral, por encontrar-se em ambiente contrário aos bons costumes e aqueles com desvio de conduta, autores de infrações penais (art. 2º da Lei 6.697/79).

O referido Código também estipulou medidas sancionadoras aplicadas aos pais, podendo estes inclusive perderem o pátrio poder sobre os filhos (artigos 42, 44 e ss. da Lei 6.697/79). Nesse sentido, pela primeira vez na legislação pátria passou-se a criar “obrigações” para reger o comportamento dos pais e dos filhos dentro da casa, sancionando-se as condutas que violavam as disposições do Código e, portanto, indicando que o pátrio poder não seria uma faculdade, mas sim uma série de direitos e deveres.

Já na década de 80, com o advento da Constituição Federal de 1988, reconheceu-se o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à alimentação, à saúde, à cultura, entre outros, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão⁹⁷.

⁹⁶ RIZZINI, Irene. Crianças menores - do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (Orgs.) **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995, p. 149.

⁹⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), vigente até hoje, revogando o Código de Menores de 1979. O referido Estatuto foi resultado da nova política de proteção integral⁹⁸ da criança e do adolescente pactuada pela Constituição Federal de 1988, impondo a atuação do Estado e da família ações reparativas – quando já houve infringência de direitos – e ações preventivas, a fim de evitar violações e assegurar o melhor interesse dos menores⁹⁹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu os direitos fundamentais dos menores, destacando-se o direito à saúde, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, à educação e ao lazer. A Lei 8.069/1990 também dispôs que é dever de todos prevenir a ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, em consonância com o artigo 226, §8º da Carta Magna.

Com intuito de coibir as práticas de maus tratos contra crianças, a Lei 8.069/1990 também modificou a redação do artigo 136 do Código Penal, indicando que o crime ali tipificado – “expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade (...) para fim de educação (...) quer privando-a de cuidados indispensáveis (...) quer abusando de meios de correção ou disciplina” - seria punido com pena de até um terço maior se o ilícito fosse praticado contra pessoa menor de 14 anos¹⁰⁰.

Sob a égide do Código Civil de 2002 e com a introdução da Lei 12.010/2009, mudou-se a terminologia de “pátrio poder” para “poder familiar”, indicando que a relação entre pais e filhos não é mais pautada na imposição de autoridade, mas sim na valorização de um relacionamento que leva em consideração o afeto e o diálogo no processo educativo¹⁰¹.

⁹⁸ “A doutrina da proteção integral reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos em peculiar condição de desenvolvimento físico, psíquico, moral, espiritual e social e estabelece um sistema de proteção contra crueldade, opressão, exploração e todo tipo de violência dirigida à criança e ao adolescente, cujo sistema é da responsabilidade da família, da sociedade e do Estado”.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Uma reflexão em torno da violência doméstica contra a criança e o adolescente diante dos aspectos controversos e lacunosos da Lei 13.010/2014, de 26.06.2014 - Lei da Palmada**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev., 2016, vol. 964, p. 377-405.

⁹⁹ FIRMO, Maria de Fátima Carrada Firmo. **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 31.

¹⁰⁰ Código Penal. Maus-tratos. Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. (...)

§3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

¹⁰¹ SILVA, Anemilia Carnelosso. **A Lei da Palmada, PL 7.672/2010 e a intervenção no poder familiar de pais e responsáveis**. Revista de Direito da Infância e da Juventude, Jul - Dez / 2014, vol. 4, p. 223 – 247.

Uma das mudanças mais significativas no que tange às relações íntimas foi a introdução da chamada Lei da Palmada (Lei 13.010/2014) no ordenamento jurídico pátrio, alterando diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a sua inviolabilidade física, psíquica e moral. Até o advento da Lei 13.010/2014, entendia-se que o exercício do poder familiar sempre seria no melhor interesse da criança, de modo que, mesmo que houvesse questionamento sobre os métodos escolhidos para “educar” os filhos, as atitudes dos pais estariam imunes de “revisão”, desde que comprovado que os pais estariam lhe proporcionando o mínimo esperado em relação ao vestuário, à alimentação, entre outros¹⁰².

Com a Lei da Palmada, passou-se a definir certos parâmetros para a educação de crianças e adolescentes no ambiente doméstico, proibindo o castigo físico (uso da força física que resulte em lesão e/ou sofrimento físico) e o tratamento degradante (que provoque a humilhação e/ou que ridicularize o menor), prevendo inclusive sanções para os integrantes da “família ampliada” e agentes públicos que utilizem esses meios como formas de correção do menor (artigos 18-A e 18-B da Lei 8.069/1990, redação dada pela Lei 13.010/2014)¹⁰³.

Em um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo de 2015, em sede apelação criminal, foi confirmada a condenação de uma mãe que, com o intuito de corrigir o filho, lhe aplicou duas chineladas, deixando marcas vermelhas em suas costas que foram notadas por agentes escolares nos dias seguintes da lesão. Nesse caso, não se discute se o castigo da mãe foi moderado ou imoderado, nos termos do artigo 1.638 do Código Civil, mas sim como sua conduta era punível em razão da Lei da Palmada e não poderia ser justificada com a finalidade de correção doméstica:

Afora isso, atualmente, com a publicação da chamada Lei da Palmada (Lei Federal n. 13.010, de 26 de junho de 2014), que entrou em vigor posteriormente aos fatos, **a legislação passou a coibir qualquer conduta agressiva por parte dos pais em relação a seus filhos**. Deste modo, evidente que as agressões descritas na denúncia não podem ser consideradas atípicas ou exercício regular de direito, **porquanto a legislação veda a utilização de castigos físicos ou tratamento cruel na educação de criança e de adolescente**. As chineladas aplicadas pelo réu provocaram na vítima lesões corporais de natureza leve, o que torna a sua conduta ilícita e punível.

¹⁰² SILVA, Anemilia Carnellosso. **A Lei da Palmada, PL 7.672/2010 e a intervenção no poder familiar de pais e responsáveis**. Revista de Direito da Infância e da Juventude, Jul - Dez / 2014, vol. 4, p. 223 – 247.

¹⁰³ Importante destacar que, em que pese a Lei da Palmada tenha introduzido a ideia de educação não violenta dos filhos, o artigo 1.638 do Código Civil de 2002 continua com a disposição “castigo imoderado” para definir hipóteses de perda do poder familiar).

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 0003082-79.2014.8.26.0218**. Apelante: Valdir Sebastiao Felix. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Des.: Euvaldo Chaib, julgado em 24 de novembro de 2015, p. 5-6, grifou-se).

Também foi incluída na redação do Estatuto da Criança e do Adolescente o artigo 70-A, o qual estabeleceu a responsabilidade dos entes federativos de promover campanhas socioeducativas a fim de difundir formas não violentas de educação dos menores, demonstrando o interesse do Estado de “sugerir” como o relacionamento no ambiente doméstico deveria ser estruturado. Observa-se, com os dispositivos introduzidos pela Lei da Palmada, que o Estado moderno “entende ser legitimado a interferir na seara familiar, com intuito de defender os infantes que ali vivem”¹⁰⁴, fiscalizando o exercício do poder familiar.

Assim como na Lei Maria da Penha, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de aplicação de medidas protetivas. Tais medidas podem ser direcionadas ao próprio menor, em razão de sua conduta (art. 98, inciso III da Lei 8.069/1990) – como o encaminhamento à programas de auxílio e orientação); e também podem ser direcionadas aos pais ou responsáveis, por omissão ou abuso no exercício do poder familiar (art. 98, inciso II da Lei 8.069/1990) – como a obrigação de matricular os filhos em escola, o encaminhamento à programas de orientação, e até mesmo a perda da guarda (art. 129 da Lei 8.069/1990). O artigo 130 deste mesmo diploma legal estabelece que, caso seja verificada a ocorrência de maus tratos, opressão ou abuso sexual, o agressor poderá ser afastado da moradia comum, por decisão judicial, mudando, portanto, a dinâmica do ambiente doméstico em que a violência se instaurou.

A Lei 10.741/2003 alterou a redação do artigo 244 do Código Penal para tipificar o crime de “abandono material”, o qual é definido como a ausência de subsistência (por exemplo, o não pagamento da pensão alimentícia judicialmente fixada), sem justa causa, do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, variando a pena em detenção de um a quatro anos, acrescida de multa. Nesta mesma linha de raciocínio, prevê o artigo 1.638 do Código Civil de 2002, em seu inciso II, que perderá o poder familiar o pai ou mãe que deixar o filho em abandono, reiterando a obrigação dos pais de prover o sustento dos filhos – sustento esse que pode ou não ocorrer por meio da convivência no ambiente doméstico.

¹⁰⁴ SILVA, Anemilia Carnellosso. **A Lei da Palmada, PL 7.672/2010 e a intervenção no poder familiar de pais e responsáveis**. Revista de Direito da Infância e da Juventude, Jul - Dez / 2014, vol. 4, p. 223 – 247.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também estabeleceu regras sobre a atuação do Ministério Público em processos administrativos e judiciais envolvendo os temas de que trata a lei (art. 201 da Lei 8.069/1990), com o objetivo de assegurar o melhor interesse do menor e o cumprimento do diploma legal, atuando inclusive nos processos que não for parte, podendo requerer diligências e interpor recursos. Dentre as atribuições do Ministério Público, destaca-se a possibilidade de iniciar o procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar, demonstrando a legitimidade de um representante do Estado para “fiscalizar” o exercício deste poder e remetê-lo aos olhos do magistrado no caso de abuso, dando publicidade às relações íntimas.

Cabe mencionar, também, que ocorreram mudanças no que tange o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento¹⁰⁵. Não há mais previsão no Código Civil de 2002 dos “filhos adulterinos”, equiparando os direitos dos filhos reconhecidos com os de filiação “legítima”, nos termos do artigo 1.596 da lei civil. Persiste, porém, a disposição do artigo 1.611 do Código Civil de 2002, a qual estabelece que o “filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”, restringindo o seu acesso ao ambiente doméstico.

Um outro avanço legislativo que tem impacto na dinâmica das relações domésticas foi a introdução da “guarda unilateral ou compartilhada” no artigo 1.583 do Código Civil (redação dada pela Lei 11.698/2008). A guarda compartilhada possibilita que, no caso de separação ou divórcio, os filhos podem conviver tanto com o pai quanto com a mãe, de modo que há responsabilidade conjunta dos genitores no exercício do poder familiar. Com essa nova possibilidade, a função tradicionalmente associada a figura materna – de ficar em casa e cuidar dos filhos – acabou dividida, alterando as relações íntimas e os papéis ocupados por cada membro da família. Tanto isso é verdade que, como mencionado anteriormente, em 2015, aproximadamente 41% das famílias tinham a mulher como pessoa de referência em suas casas¹⁰⁶, indicando que a figura materna não está mais só associada ao trabalho doméstico.

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina B. e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**, Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008, p. 42.

¹⁰⁶ IBGE, Pessoas de referência da família, por sexo, In **Séries Estatísticas e Séries Históricas, tipos de famílias e domicílios**, 1992-1999. Disponível em:
< <https://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED303&t=tipos-familia>>. (acesso em 08/07/2018)

5.3 Relações envolvendo idosos

As relações íntimas também começaram a receber regulação no que tange ao tratamento do idoso, o qual, assim como outros sujeitos mais vulneráveis, passou a receber atenção diferenciada do Estado. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se o dever do Estado e da família em cuidar dos mais velhos¹⁰⁷. Por exemplo, foi assegurada aos idosos a possibilidade de recorrer à assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social, nos termos do artigo 203, inciso I da Constituição brasileira.

Ainda, dispõe o artigo 229 da Carta Magna que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, reforçando a responsabilidade dos parentes de prover cuidado aos idosos, seja oferecendo moradia e alimentação, seja por meio do pagamento de pensão. Importante destacar que o parágrafo 1º do artigo 230 da Constituição estabelece que os programas de amparo aos mais velhos devem ser executados preferencialmente em seus lares, indicando a vontade do legislador de desestimular a hospitalização, asilamento e outras formas do idoso do ambiente doméstico¹⁰⁸.

Nesta linha de raciocínio, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), em seu artigo 37, estabelece que o idoso tem direito a moradia digna, no seio da sua família, ou desacompanhado de seus familiares, se assim desejar. Verifica-se, portanto, que, de um lado, há uma faculdade do idoso em escolher se gostaria de compartilhar o ambiente doméstico com seus familiares, enquanto, do outro lado, há uma obrigação (decorrente de lei ou de decisão judicial) aos seus parentes de oferecer moradia.

O Estatuto do Idoso, assim como outras legislações já mencionadas ao longo desse capítulo, também prevê a possibilidade de aplicação de medidas protetivas ao idoso, sempre que houver (i) ação ou omissão da sociedade ou do Estado; (ii) omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento e (iii) em razão da sua conduta pessoal (art. 43 da Lei 10.741/2003). Assim, caso seja verificado, por exemplo, omissão ou abuso da família, nas situações de convivência doméstica, poderá ser o idoso encaminhado à abrigo em entidade ou abrigo

¹⁰⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹⁰⁸ AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao Direito do Idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 116.

temporário, com fins de proteger sua integridade física e psíquica (art. 45, inciso V e VI da Lei 10.741/2003).

Ainda que indiretamente, tais normas implicam em normas de comportamento para aqueles que compartilham o lar com o idoso, em especial seus familiares ou cuidadores, os quais podem ser fiscalizados pelo Estado. Tal fiscalização é atribuída também ao Ministério Público, o qual tem a função de, entre outras, instaurar inquérito civil, promover e acompanhar ações de alimentos e acompanhar, obrigatoriamente, todos os processos envolvendo os direitos dos idosos, mesmo quando não for parte (art. 74, incisos I e II e art. 75 da Lei 10.741/2003).

O dever de amparo dos familiares às pessoas mais velhas também encontrou respaldo no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.694, o qual indica que os parentes podem pedir, uns aos outros, os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social¹⁰⁹. Corroborando com esse dever, foi reformado, em 2003, pelo Estatuto do Idoso, o artigo 244 do Código Penal, o qual impõe pena de até quatro anos para aqueles que deixarem, sem justa causa, de prover subsistência ao ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia.

O Estatuto do Idoso também impôs sanções e tipificou como crimes outras atitudes no que dizem respeito ao tratamento aos mais velhos, regulando, ainda que indiretamente, a dinâmica que as relações domésticas podem ter quando envolverem idosos. Por exemplo, constitui crime expor a perigo a integridade e a saúde do idoso, submetendo-o a condições degradantes ou privando-o de cuidados indispensáveis (art. 99 da Lei 10.741/2003). Também constitui crime o abandono de idosos em hospitais, entidades de longa permanência, ou congêneres (art. 98 da Lei 10.741/2003), indicando que os familiares ou responsáveis não podem, ao bel prazer, privar idosos da convivência doméstica.

5.4 Relações extramatrimoniais

Se por um lado, a vida íntima passou a ser mais regulada, com o intuito de corrigir as desigualdades geradas pela ausência do Poder Público, outras situações domésticas deixaram de

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina B. e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**, Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008, p. 41.

ser proibidas, aceitando-se algumas formas de constituição familiar. Algumas das relações domésticas que antes eram identificadas como “ilegítimas”, por serem extramatrimoniais, passaram a receber reconhecimento de legitimidade perante o Estado.

A união estável, por exemplo, passou a ser reconhecida pela Constituição Federal de 1988 (art. 226, §3º)¹¹⁰, bem como pela introdução da legislação infraconstitucional, com as leis 8.971/1994 e 9.278/1996, e, por último, com o novo Código Civil em 2002, quando foi efetivamente regulada para garantir igualdade de direitos às pessoas que tinham convivência estável e com característica de união familiar, sem o casamento.

Já no que tange às relações homoafetivas, no Brasil, até o julgamento da ADI 4277 e a ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, não havia reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo¹¹¹. Apenas com o advento da Resolução 175/2013, do Conselho Nacional de Justiça, houve efetiva regulação sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, obrigando todos os cartórios do país a celebrarem o matrimônio homoafetivo.

Outras contradições, todavia, ainda persistem em nosso ordenamento jurídico. Por exemplo, o artigo 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 7º, estabelece que o planejamento familiar deve ser livre decisão do casal, sendo vedado ao Estado e às instituições privadas impor formas coercitivas que restrinjam o livre exercício deste direito¹¹². Contrapõe-se a esse ponto, porém, o evidente interesse do Estado de promover a monogamia, tipificando, inclusive como crime o “duplo casamento”, nos termos do artigo 235 do Código Penal¹¹³.

Por fim, ainda sobre a composição de arranjos domésticos não familiares, vale destacar a importância dos “contratos” ali celebrados. Alguns autores, como Brian Bix, defendem que

¹¹⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 226, §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹¹¹ Notícias STF, **Supremo reconhece união homoafetiva**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> (acesso em 08/07/2018).

¹¹² Constituição Federal de 1988. Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹¹³ Código Penal. Bigamia: Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

contratos íntimos deveriam ser passíveis de execução judicial, sob o argumento de que se a autonomia privada pudesse ser exercida com o respaldo jurídico – isto é, com a possibilidade de execução forçada – haveria encorajamento para a formação de arranjos domésticos mais diversos, visto que o a constatação de um direito não dependeria do reconhecimento estatal de um determinado status (esposa, pais, filhos), mas sim da posição contratual ocupada¹¹⁴.

Neste ponto, pouco mudou desde o último século. As obrigações decorrentes da vida íntima ainda não recebem status de “negócio jurídico” nos termos do Código Civil. Via de regra os serviços prestados no âmbito doméstico ainda se mostram sem valor expressivo para receberem “pagamento” em troca perante a lei, o que dificulta a sua execução.

Por exemplo, em um estudo de julgados envolvendo direito de propriedade de esposas em casos de separação do marido/companheiro, em países de *common law*, identificou-se que, para as cortes, o “pagamento” feito pelo homem em troca da “obediência da mulher e sua prestação de serviços domésticos” seria a proteção econômica oferecida. Segundo este estudo, os serviços domésticos não demonstrariam a intenção da mulher de adquirir a propriedade e tampouco teriam, para as cortes, valor econômico suficiente para justificar a divisão da habitação conjugal, quando o título da propriedade estivesse em nome do homem¹¹⁵.

Diante deste novo panorama de regras e da evolução legislativa aqui discutida, é possível dizer que a regulação doméstica constitui-se como uma categoria relevante para o estudo jurídico?

¹¹⁴ BIX, Brian. **Agreements in American Family Law**. 4 INT’L. J. JURIS. FAM. 115, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3223900>> (acesso em 18/08/2018)

¹¹⁵ GALLOWAY, Kate. **The Influence of the Sexual Contract on the Law's Distribution of Property in Intimate Relationships**, *Feminists@law*, volume 8, n. 1, 2018.

Disponível em: <<http://journals.kent.ac.uk/index.php/feministsatlaw/article/view/594>> (acesso em 18/08/2018).

Importante destacar que a exceção a julgados como os analisados neste artigo, no Brasil, seriam os casos de separação de casais casados no regime de comunhão total ou parcial de bens, em que os bens da vida conjugal – decorrentes do matrimônio ou união estável - se presumem comuns e, por isso, devem ser divididos igualmente entre as partes.

6. RELAÇÕES DOMÉSTICAS: UMA NOVA CATEGORIA DO DIREITO?

O presente trabalho tinha como problema central averiguar *se as relações domésticas, diante da historicidade da regulação oferecida pelo Direito, se apresentam como uma categoria relevante para o estudo jurídico, capaz de constituírem um novo ramo, distinto do Direito Privado e do Direito Público.*

Diante do estudo feito, foi possível compreender que as relações domésticas constituem uma categoria relevante para o estudo jurídico, por três principais razões.

Em primeiro lugar, o estudo das relações domésticas permitiu compreender como o Direito, por meio da regulação indireta ou direta, pode atribuir aos sujeitos posições jurídicas passivas ou ativas nas interações que ocorrem da casa para dentro. Tomar a consciência de que a regulação estatal pode ter esta consequência é relevante para a elaboração de normas, para a resolução de conflitos e para uma melhor compreensão das dinâmicas sociais.

Por exemplo, quando o Direito, especialmente no último século, legitimava uma figura doméstica – normalmente o homem, pai, marido – para se sub-rogar no lugar do Estado e exercer o monopólio de poder naquele ambiente, autorizava o controle da vida doméstica por essa pessoa, afastando tais relações do domínio público.

Retomando as situações jurídicas elementares de Lumia, é possível compreender que essa figura patriarcal era legitimada pelo ordenamento jurídico na medida em que lhe era atribuída a pretensão de exigir certo comportamento daqueles ao seu redor: tal figura ditava, no plano fático, as regras dentro da casa. Os demais – mulheres, crianças e até mesmo idosos – ocupavam a posição passiva, devendo obedecer as normas que lhe fossem impostas. Essa relação entre a figura patriarcal e os demais, portanto, era marcada por forte desigualdade.

Nesta mesma linha de raciocínio, a segunda razão que embasa a relevância da categoria doméstica para o estudo jurídico é a possibilidade de compreender que, ao longo dos anos, aqueles sujeitos que apenas ocupavam posições passivas nas relações dentro da casa passaram, mais recentemente, a ocupar posições ativas.

Por exemplo, a ascensão do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso e da Lei Maria da Penha implicaram na imposição de normas de condutas aos sujeitos que integram as interações domésticas, inclusive àqueles que, como a figura patriarcal, normalmente não eram alvo de atribuição de obrigações.

Condutas como o castigo físico em crianças, o abandono material dos mais velhos e a violência de gênero são, hoje, passíveis de sanções. Nesse sentido, o desrespeito a essas leis dá lugar à pretensão dos prejudicados (posição jurídica ativa), os quais podem recorrer ao Estado para demandar que o autor do ilícito altere seu comportamento e/ou indenize os danos causados.

Ainda, verificou-se que o ordenamento jurídico também atribuiu funções de fiscalização da vida doméstica ao Estado e a seus órgãos especiais, como o Ministério Público. Esse poder de fiscalização se mostra relevante, visto que, mesmo nos casos em que os sujeitos prejudicados estejam em posição social mais vulnerável (como crianças e idosos, que muitas vezes não dispõem de recursos e capacidade para litigar em juízo), poderá haver procedimento jurídico para defesa de seus direitos individuais.

Em terceiro lugar, o estudo das relações domésticas também permitiu verificar que novas formas de interações ocorrem dentro da casa, extrapolando as tradicionais de relações de família e matrimônio que antes eram características deste ambiente. Neste ponto, é importante perceber que as relações “extramatrimoniais” se justificam também pela relação doméstica estabelecida entre as partes envolvidas.

Retomando o caso exposto na introdução deste trabalho, sobre a união estável declarada entre tio e sobrinha, é possível observar que, para enquadrar determinadas interações que ocorrem no plano fático aos moldes daquilo que já é previsto pelo ordenamento jurídico, acabamos observando várias das relações domésticas por lentes limitadas.

Reconhecer que as trocas informais que ocorrem da casa para dentro têm relevância é um primeiro passo para atribuir consequências jurídicas (por exemplo, o direito de obter pensão por dependência do convivente) às relações domésticas. Talvez, no caso da introdução, o reconhecimento das trocas feitas por tio e sobrinha, combinado com a convivência duradoura, poderia ser suficiente conferir à sobrinha o direito de receber o benefício previdenciário pleiteado, sem a necessidade de classificar a relação entre as partes como “matrimonial ou extramatrimonial”.

O reconhecimento da existência de relações domésticas e de sua relevância econômica e jurídica pode impactar na maneira como interpretamos e aplicamos as categorias do Direito, como por exemplo as noções de pretensão, obrigação, poder e sujeição expostas por Lumia.

Em que pese as relações domésticas representem uma categoria relevante para o estudo jurídico, não foi possível concluir que as relações domésticas podem ser consideradas como

ramo distinto do Direito Privado e do Direito Público. Ao observar a regulação destinada ao ambiente doméstico, não foi possível identificar uma racionalidade comum que orienta a atuação do Direito nessa esfera.

Por um lado, a vida doméstica parece recair sobre o domínio do Direito Privado, visto que cada vez mais prevalece, nessas relações, a igualdade entre indivíduos e a autonomia privada para decidir, livremente, quais direitos e obrigações as partes desejam contrair. Por exemplo, o artigo 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 7º, estabelece que o planejamento familiar deve ser livre decisão do casal, sendo vedado ao Estado e às instituições privadas impor formas coercitivas que restrinjam o livre exercício deste direito¹¹⁶.

Por outro lado, porém, a vida doméstica também parece recair sobre o Direito Público, uma vez que certas condutas são proibidas pelo ordenamento jurídico e, para que sejam fiscalizadas e punidas, são levadas ao domínio público. Por exemplo, a competência do Ministério Público para fiscalizar a violência de gênero e os maus tratos contra menores e idosos, podendo inclusive ajuizar ações em nome dos prejudicados, independentemente de sua vontade, confere às relações privadas um caráter público de atuação.

Mesmo que não haja uma racionalidade comum que orienta a regulação da vida doméstica, podendo constituí-la como ramo de estudo jurídico distinto do Direito Privado e do Direito Público, ainda assim é possível afirmar que tal dicotomia não é totalizante para compreender o mundo.

Mais do que classificar determinados atos ou relações como integrantes de um ramo ou de outro, o estudo das relações domésticas traz, com o recorte espacial de análise, uma nova lente de estudo para as interações sociais, que permite compreender, com maior grau de sofisticação, quais as consequências da regulação jurídica para os sujeitos que participam dessas relações, da casa para dentro.

¹¹⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

7. BIBLIOGRAFIA

_____. **Supremo considera ilegal a opção pelo ensino domiciliar, fora da escola.** Folha de São Paulo, 12 de setembro de 2018. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2018/09/supremo-considera-ilegal-a-opcao-pelo-ensino-domiciliar-fora-da-escola.shtml>> (acesso em 10/10/2018)

_____. **Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 70, jan./fev. 2008, p. 321-360.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 0800148-75.2014.8.02.0900.** Impetrantes/Defensores: Fábio Passos de Abreu e João Fiorillo de Souza. Paciente: Salomé Jerônimo da Silva Paiva. Des. Rel.: João Luiz Azevedo Lessa, julgado em 2 de abril de 2014.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Uma reflexão em torno da violência doméstica contra a criança e o adolescente diante dos aspectos controvertidos e lacunosos da Lei 13.010/2014, de 26.06.2014 - Lei da Palmada.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev., 2016, vol. 964, p. 377-405.

AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao Direito do Idoso.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.675.874/MS**, submetido ao rito dos repetitivos. Min. Rel.: Rogerio Cruz, julgado em 28 de fevereiro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424.** Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Min. Rel.: Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em:
< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>> (acesso em 11/08/2018).

BIX, Brian. **Agreements in American Family Law**. 4 INT'L. J. JURIS. FAM. 115, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3223900>> (acesso em 18/08/2018)

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 10a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

CAZINAN, Fernando. **Suprema Corte dos EUA libera sodomia**, Folha de São Paulo, 2003. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2706200301.htm>> (acesso em 08/07/2018)

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**, 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ELICKSON, R. C, **Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth**, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 402, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FERREIRA, Ivete Senise. A violência contra a mulher. *In*: DIAS, Josefina Maria de Santana (Org). **A mulher e o Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada Firmo. **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREIRE, André Luiz. **Direito público e direito privado**, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/133/edicao-1/direito-publico-e-direito-privado>>
(acesso em 31/01/2018)

GALLOWAY, Kate. **The Influence of the Sexual Contract on the Law's Distribution of Property in Intimate Relationships**, *Feminists@law*, volume 8, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://journals.kent.ac.uk/index.php/feministsatlaw/article/view/594>> (acesso em 18/08/2018).

GUPTA, Priya S. **Governing a single Family House: a brief legal history**. University of Hawai'i Law Review, Vol. 37, 2015.

IBGE, Pessoas de referência da família, por sexo, *In Séries Estatísticas e Séries Históricas, tipos de famílias e domicílios*, 1992-1999. Disponível em: <<https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED303&t=tipos-familia>>. (acesso em 08/07/2018)

KARST, Kenneth L. **Freedom of intimate association**, The Yale Law Journal. Vol. 89, No. 4, Mar., 1980, pp. 624-692.

KATO, Shelma Lombardi. **Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 71, 2008, p. 266 – 296.

KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. *In*: TRUBECK, David M. e SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development**. New York: Cambridge University Press, 2006.

LOPUCKI, Lynn M. **Disciplining Legal Scholarship**. Tulane Law Review, Vol. 90, n. 1, Novembro 2015.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Reforma do Código de Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 36, Out - Dez / 2001, p. 132 – 189.

Notícias STF, **Supremo reconhece união homoafetiva**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> (acesso em 08/07/2018).

OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **O Processo Histórico do Estatuto do Idoso e a Inserção Pedagógica na Universidade Aberta**. Revista Histedbr On-line, Campinas, n. 28, p. 278-286, dez. 2007.

OLSEN, Frances E., **The myth of state intervention in the family**. University of Michigan Journal of Law Reform, v. 18, 1984-1985.

PIMENTEL, Francisco Mendes e PINTO, Estevão L. de Magalhães. Correção Doméstica. *In*: **Revista Forense**, vol. 23, 1915, p. 240-241.

PIMENTEL, Francisco Mendes e PINTO, Estevão L. de Magalhães. Reconhecimento de filho adulterino. *In*: **Revista Forense**, vol. 28, 1917, p. 328-331.

RAO, Vicente. **Da capacidade civil da mulher casada**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1922.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional Federal da 4a Região. **Apelação / reexame necessário 0019095-57.2011.404.9999**. Relator: Jorge Antonio Maurique, 6a Turma. Julgado em 25/01/2012. Disponível em:

<https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4781451&hash=2fc5a9a4116d5fc958c6532ff4ca1876> (acesso em 09/07/2018)

RIZZINI, Irene. Crianças menores - do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. *In*: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (Orgs.) **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência a infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. *In*: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). **Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 0003082-79.2014.8.26.0218**. Apelante: Valdir Sebastiao Felix. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Des.: Euvaldo Chaib, julgado em 24 de novembro de 2015.

SILVA, André Luiz, VENTURA, Raissa Wihby e KRITSCH, RAQUEL. **O gênero do público: críticas feministas ao liberalismo e seus desdobramentos**. Londrina: Mediações, v. 14, n. 2, p. 52-82, Jul/Dez 2009.

SILVA, Anemilia Carnellosso. **A Lei da Palmada, PL 7.672/2010 e a intervenção no poder familiar de pais e responsáveis**. Revista de Direito da Infância e da Juventude, vol. 4, Jul - Dez / 2014 , p. 223 – 247.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. *In* TEIXEIRA, Ana Carolina B. e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**, Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008.